

LODOVICA DE STEFANO

**CONTRARRE CON L'IMPRESA:  
PROFILI SOGGETTIVI ED OGGETTIVI**



## CAPITOLO I

### PARTE PRIMA

# COMMERCIO E DIRITTO COMMERCIALE:

## ANTEFATTI STORICI

1. PREMESSA. ....	1
2. LA SOCIETÀ FEUDALE E LA RINASCITA DEL COMMERCIO. ....	3
3. IL DIRITTO COMMERCIALE ALLE ORIGINI.....	16
4. IL DIRITTO COMMERCIALE NEL PERIODO MERCANTILISTA. ....	27
5. IL PASSAGGIO AD UN SISTEMA OGGETTIVO.....	38
6. LA COMMERCIALIZZAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO E I RAPPORTI TRA IL CODICE CIVILE DEL 1865 E IL CODICE DI COMMERCIO DEL 1882.....	46
7. L'UNIFICAZIONE LEGISLATIVA DEL CODICE CIVILE E DEL CODICE DI COMMERCIO. ....	51
8. LA QUESTIONE DELL'AUTONOMIA DEL DIRITTO COMMERCIALE: CENNI.	53

## CAPITOLO I

### PARTE SECONDA

# INQUADRAMENTO E STORIA NORMATIVA DEI

## CONTRATTI DI IMPRESA

1. CRITERI DI INQUADRAMENTO DELLA CONTRATTAZIONE DI IMPRESA.....	59
2. LA MATERIA DEI CONTRATTI NEL RIGORE DEL CODICE DI COMMERCIO DEL 1882 E DEL CODICE CIVILE DEL 1865. ....	65
3. IL CODICE CIVILE DEL 1942 E L'INDIVIDUAZIONE DELLA CATEGORIA DEI CONTRATTI COMMERCIALI ALL'INTERNO DEL SISTEMA UNITARIO. ....	68

## II

<b>4.</b>	<b>LA RIEMERSIONE DEI CONTRATTI DI IMPRESA. FONTI E CAUSE.....</b>	<b>74</b>
4.1.	LA LEGISLAZIONE SPECIALE. ....	77
4.2.	LA LEGISLAZIONE INTERNAZIONALE E COMUNITARIA.....	86
4.3.	IL CODICE DEI CONSUMATORI. CENNI.....	89
4.4.	LA <i>LEX MERCATORIA</i> .....	96
4.5.	I PRINCIPI DI <i>UNIDROIT</i> .....	101
4.6.	IL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI. CENNI.....	106
<b>5.</b>	<b>PRIME CONSIDERAZIONI .....</b>	<b>108</b>

## CAPITOLO II

# LA CONTRATTAZIONE DI IMPRESA: PROFILI SOGGETTIVI

## L'UGUAGLIANZA SOSTANZIALE NELLA CONTRATTAZIONE DI IMPRESA

<b>1.</b>	<b>PREMESSA. ....</b>	<b>109</b>
<b>2.</b>	<b>LA RILEVANZA DEI SOGGETTI CONTRAENTI NEI CONTRATTI DI IMPRESA. .....</b>	<b>114</b>
<b>2.1.</b>	<b>LA RILEVANZA DEI SOGGETTI CONTRAENTI NEI CONTRATTI DI IMPRESA. .....</b>	<b>117</b>
2.1.1.	LA NOZIONE DI CONSUMATORE NELLA LEGISLAZIONE... ..	118
2.1.2.	... E NELLA DOTTRINA E GIURISPRUDENZA. ....	123
2.1.3.	CONCLUSIONI IN TEMA DI CONSUMATORE.....	134
<b>2.2.</b>	<b>BANCA E RISPARMIATORE. ....</b>	<b>135</b>
<b>3.</b>	<b>IMPREDITORE DEBOLE E “TERZO CONTRATTO”.....</b>	<b>145</b>
<b>4.</b>	<b>ALTRE CONSIDERAZIONI.....</b>	<b>151</b>

III

CAPITOLO III

PARTE PRIMA

**I PROFILI OGGETTIVI DELLA CONTRATTAZIONE  
DI IMPRESA**

L'UGUAGLIANZA FORMALE NELLA CONTRATTAZIONE DI IMPRESA

<b>1. PREMESSA. ....</b>	<b>159</b>
<b>2. LA FASE PRECONTRATTUALE E I DOVERI DI INFORMAZIONE. ....</b>	<b>161</b>
<b>3. LA FASE CONTRATTUALE.....</b>	<b>173</b>
<b>3.1. L'ACCORDO: DALL'INCONTRO TRA PROPOSTA E ACCETTAZIONE ALLA         DETERMINAZIONE DEL CONTENUTO CONTRATTUALE. ....</b>	<b>173</b>
<b>3.2. LA CAUSA.....</b>	<b>183</b>
<b>3.3. L'OGGETTO E IL CONTENUTO DEL CONTRATTO. ....</b>	<b>190</b>
<b>3.4. LA FORMA. ....</b>	<b>196</b>

CAPITOLO III

PARTE SECONDA

**I PROFILI OGGETTIVI DELLA CONTRATTAZIONE  
DI IMPRESA**

L'UGUAGLIANZA SOSTANZIALE NELLA CONTRATTAZIONE DI  
IMPRESA

<b>1. PREMESSA. ....</b>	<b>201</b>
<b>2. L'AUTONOMIA NEGOZIALE NEI CONTRATTI DI IMPRESA.....</b>	<b>203</b>
<b>3. LA BUONA FEDE NELLA CONTRATTAZIONE DI IMPRESA. ....</b>	<b>213</b>

## IV

3.1.	I PRINCIPI DI BUONA FEDE E DI EQUITÀ E L'INTERVENTO DEL GIUDICE.	213
3.2.	IL PROBLEMA DELL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE: EQUILIBRIO NORMATIVO ED ECONOMICO. LA GIUSTIZIA CONTRATTUALE.....	220
3.3.	IL FONDAMENTO POSITIVO DELLA GIUSTIZIA CONTRATTUALE. ....	225
3.4.	LA BUONA FEDE, L'EQUITÀ E L'EQUILIBRIO CONTRATTUALE NELLA GIURISPRUDENZA. ....	251
3.5.	LA CLAUSOLA DI BUONA FEDE COME STRUMENTO PER REPRIMERE L'ABUSO DEL DIRITTO. ....	265
3.6.	L'EQUILIBRIO CONTRATTUALE NEI <i>PRINCIPI UNIDROIT</i> E NEI <i>PRINCIPI DI DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI</i> .....	275
3.7.	CONCLUSIONI.....	281
4.	LE NULLITÀ DI PROTEZIONE.....	283

## CAPITOLO IV

### I CONTRATTI DI IMPRESA NELLA CLASSIFICAZIONE DEGLI ATTI GIURIDICI

#### CONCLUSIONI

1.	I CONTRATTI COMMERCIALI: CATEGORIA DI DIRITTO SPECIALE? .....	299
2.	IL CONTRATTO E IL MERCATO.....	302
BIBLIOGRAFIA .....		311

# CAPITOLO I

## PARTE PRIMA

### **COMMERCIO E DIRITTO COMMERCIALE: ANTEFATTI STORICI**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La società feudale e la rinascita del commercio – 3. Il diritto commerciale alle origini. – 4. Il diritto commerciale nel periodo mercantilista. – 5. Il passaggio ad un sistema oggettivo. – 6. La commercializzazione del diritto privato e i rapporti tra il codice civile e il codice di commercio del 1882. – 7. L'unificazione legislativa del codice civile e del codice di commercio. – 8. La questione dell'autonomia del diritto commerciale.

#### **1. PREMESSA.**

Per poter chiarire se la contrattazione di impresa possa essere considerata una categoria contrattuale autonoma, giustificando così una disciplina giuridica per molti aspetti differenziata da quella dei contratti “civili”, appare opportuno, prima ancora di cercare di darne una definizione, ricercare le ragioni che hanno portato a ritenere per molto tempo il diritto commerciale e i suoi istituti un sistema autonomo e separato dal diritto civile.

In Italia, fino alla riforma del 1942, che ha unificato i due codici, e in molti paesi vicini al nostro (si pensi alla Francia, alla Germania, alla Spagna, etc.), l'opera di codificazione si è sviluppata in un codice civile e in un codice commerciale, sul presupposto che il diritto commerciale abbia una disciplina diversa e distinta da quella privatistica.

Dopo l'unificazione dei codici, nel nostro ordinamento l'espressione “diritto commerciale” è stata ritenuta una formula convenzionale<sup>1</sup>, per indicare un complesso di norme dirette a re-

---

<sup>1</sup> FERRI G., (voce) *Diritto commerciale*, in *Enciclopedia del diritto*, XII Milano, 1946, 921.

golare una serie di rapporti, anch'essi individuati convenzionalmente, poiché non sembrerebbe esistere «oggi, in Italia, nell'ambito del diritto privato, un corpo di norme, organico e autonomo rispetto al diritto civile, che possa essere definito, in base a criteri precisi e rigorosi, *diritto commerciale*»<sup>2</sup>. Tuttavia, la frequenza con la quale si vengono a creare discipline nuove e contrapposte, che convivono con quelle del tradizionale sistema giurisprivatistico, porta all'attenta considerazione che esiste «un diritto detto, nella sua organicità, speciale nei confronti del diritto comune»<sup>3</sup>.

«L'unificazione del diritto privato non segna [...] la fine del diritto commerciale come “autonoma categoria del diritto privato”»<sup>4</sup>.

Le espressioni “diritto commerciale” e “contrattazione di impresa”, quindi, sembrano ancora delineare l'intento di contrapporre un sistema di norme ispirato a principi diversi da quelli del diritto privato comune, in quanto esiste un complesso di norme speciali che non valgono per la generalità dei consociati<sup>5</sup>.

Nel ripercorrere le tappe del diritto commerciale fin dalle sue origini, l'indagine storica qui proposta si concentrerà soprattutto sulla evoluzione del commercio e del diritto commerciale nelle

---

<sup>2</sup> JAEGER P.G. - DENOZZA F., *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 2000, 3. Cfr. anche GALGANO F., *L'imprenditore*, Bologna, 1970, 1-4; FERRARA F. jr., *Gli imprenditori e le società*, Milano 1952, 14 e ss.. In chiave critica CIAN G., *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 531.

Sui rapporti tra diritto civile e commerciale si rinvia anche ai lavori di OPPO G., *Codice civile e diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 221; ID., *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 505 e PORTALE G.B., *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Riv. soc.*, 2008, 1.

<sup>3</sup> ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, 1.

<sup>4</sup> CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, Torino, 2006, 13.

<sup>5</sup> CIAN G., *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, cit., 556.

varie epoche e sugli istituti più vicini al campo delle obbligazioni e dei contratti; gli istituti in tema di fallimento e di società, che pure nascono ed evolvono di pari passo con le esigenze richieste dal commercio, saranno, invece, trascurati.

## 2. LA SOCIETÀ FEUDALE E LA RINASCITA DEL COMMERCIO.

«Di “diritto commerciale”» – scrive Galgano – «si può, propriamente, parlare solo in rapporto a società nelle quali abbia avuto vigore uno specifico corpo di norme, avente l’esclusiva funzione di regolare l’attività commerciale. Se su questo criterio si è d’accordo, come si deve essere d’accordo, si deve ammettere che la civiltà romana, che pur conobbe i traffici commerciali e, anzi, traffici fiorenti, non ebbe un diritto commerciale»<sup>6</sup>.

Se, quindi, istituti mercantili si conoscono fin dagli inizi della vita sociale, il momento storico in cui nasce il diritto commerciale, inteso come diritto distinto da quello che regola i rapporti tra privati, è da individuarsi nel Medioevo e, più precisamente,

---

<sup>6</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976, 24. Sul punto anche VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 1902, 2; NAVARRINI U., *Trattato elementare di diritto commerciale*, Torino, 1937, 12-13; VALERI G., *Manuale di diritto commerciale*, Firenze, 1948, 5 e ROCCO A., *Principi di diritto commerciale*, Torino, 1928, 4 e ss., il quale concorda con l’opinione che «in realtà Roma non ebbe un vero diritto commerciale, un diritto cioè speciale al commercio. La giurisprudenza romana, che ebbe così splendida fioritura, e che seppe dar vita a un così perfetto sistema giuridico, fondamento e base, ancora oggi, del tanta parte del diritto vigente, non credè che poche e sparse norme destinate esclusivamente a regolare rapporti commerciali. I romani, anzi, mancavano di un termine tecnico per designare il “commercio”; la parola *commercium* indicava la partecipazione ad un atto giuridico di scambio tra vivi; l’espressione *negotiatio* l’esercizio di qualunque industria; e il termine “mercatura” il traffico di merci nel senso più stretto. La causa del mancato sviluppo di un diritto commerciale speciale non deve ricercarsi nella scarsezza o nella poca importanza del commercio romano».

nell'Europa continentale nel XII secolo<sup>7</sup>; il fenomeno è da collegarsi all'affermazione dell'economia e della cultura della civiltà comunale, che avverrà all'incirca un secolo più tardi. La comparsa del diritto commerciale avviene pertanto in una società ancora dominata dall'economia curtense<sup>8</sup>. Quest'ultima era, generalmente, economia di sussistenza: si tendeva a produrre il più possibile all'interno del feudo in un'ottica di autoconsumo; oltre alla pro-

---

<sup>7</sup> ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 4; GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 25 e ss.; NAVARRINI U., *Trattato elementare di diritto commerciale*, cit., 13; ROCCO A., *op. cit.*, 8 e ss; parzialmente in senso contrario VALERI G., *Manuale di diritto commerciale*, cit., 6, il quale sostiene che è «per lo meno eccessivo l'asserire, come si fa dai più, che il diritto commerciale sia sorto durante il medio evo, nella nostra civiltà comunale. L'elemento di verità, che questa asserzione contiene, sta piuttosto in ciò, che alla consuetudini mercantili e alla legislazione statutaria, che si sviluppano dopo il mille nell'Italia nostra, si riconnette direttamente il diritto commerciale contemporaneo, anche di quei popoli, che meno sembrano averne subito l'influsso, quali l'anglosassone e il sovietico».

<sup>8</sup> L'economia curtense, la quale aveva avuto qualche precedente nei secoli della decadenza dell'Impero occidentale, si afferma in Italia con i Longobardi tra il VII e l'VIII secolo. La *curtis* era la vecchia villa-fattoria romana, trasformatasi in fortilizio, che si trovava al centro di un ampio territorio coltivato, suddiviso in tanti appezzamenti detti *mansi*. La famiglia nobile si stabiliva sulla *pars dominica*, che veniva coltivata da servi e schiavi del padrone; alla *curtis* affluivano anche i prodotti dei vari *mansi* circostanti, coltivati da coloni liberi o semi liberi; la vita economica si svolgeva in gran parte attorno alla villa fortificata o ai monasteri.

Il fatto più rilevante, che anticipa la struttura tipica dell'economia feudale dell'età carolingia, è costituito dal contrarsi della vita economica attorno alla *curtis*, capace di provvedere alla produzione dei beni di prima necessità; nell'ambito della piccola comunità gli oggetti venivano scambiati, affermandosi così la consuetudine del baratto, tipica delle società primitive e dei momenti in cui la circolazione dei beni diviene difficoltosa e si riduce a zone ristrette e isolate le une dalle altre. Cfr. PIRENNE H., *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, Roma, 2006, e ss. e PADOA-SCHIOPPA A., *Il diritto nella storia d'Europa – Il medioevo, parte prima*, Padova, 1995, 134 e ss. e per il vincolo del vassallaggio 120 e ss. Sul declino dell'uso della moneta nell'alto Medioevo cfr. FOURQUIN G., *Storia economica dell'Occidente Medievale*, Bologna, 1987, 56 e ss.

duzione diretta, esistevano anche compiti legati all'accumulo di derrate alimentari. Anche i prodotti di natura non agricola, come gli utensili e gli attrezzi da lavoro venivano fabbricati all'interno del feudo utilizzando i materiali a disposizione<sup>9</sup>.

Le caratteristiche della società feudale sono diretta derivazione della struttura classista che andò delineandosi durante il Basso Impero tra il IV e il V secolo. L'economia romana dell'età aurea si era retta grazie al continuo afflusso, dalle regioni conquistate, di metalli preziosi e di schiavi, i quali erano in grado di fornire la manodopera necessaria sia per i lavori agricoli sia per le attività di carattere industriale e artigianale. Quando l'Impero, al momento della sua massima espansione, realizza la *pax romana*, l'afflusso di schiavi rallenta, e finisce del tutto durante il III e IV secolo: le proprietà terriere ed industriali, che si erano sviluppate grazie all'economia schiavistica, subiscono un duro colpo. Le industrie tendono a rallentare la produzione e i proprietari terrieri a cedere parte dei loro domini a liberi affittuari, ricevendone in cambio un corrispettivo in natura o in denaro<sup>10</sup>. Da qui nasce il sistema della signoria feudale che varia di natura e intensità (da un impero a limitate proprietà) ma sempre con la stessa natura: la rigida divisione tra classi sociali differenti, con diritti ed obblighi minutamente definiti. Per ragioni di necessità, l'antica autonomia delle amministrazioni locali viene meno e il sistema centrale tende a controllare tutti i

---

<sup>9</sup> Il quadro è ben delineato da CIPOLLA C., *Storia economica dell'Europa pre-industriale*, Bologna, 1974, 168, il quale descrive «un'Europa povera e primitiva. Un'Europa fatta di tanti microcosmi rurali – le *curtis* – largamente autosufficienti, la cui autarchia era in parte conseguenza della decadenza del commercio e in buona parte anche causa. La società era dominata da uno spirito di rinuncia, di sospetto e di paura verso il mondo esteriore. Ci si isolava nell'autarchia economica delle *curtis* come ci si chiudeva nella meditazione religiosa dei monasteri».

<sup>10</sup> LUZZATTO G., *Storia economica d'Italia. Il Medioevo*, Firenze, 1967, 7 e ss. Il terreno agricolo frazionato rende meno delle grandi proprietà sfruttate razionalmente, per cui i proprietari terrieri, che spesso non riescono a riscuotere alcun provento dai coloni, usano dividere i loro latifondi in una parte che serve ai lavoratori per il loro sostentamento e in una parte padronale che i coloni si impegnano a lavorare per determinati giorni della settimana ad esclusivo vantaggio del proprietario: si realizza così il modello di produzione agricola dell'età medievale. Cfr. anche POWER E., *Vita nel medioevo*, Torino, 1966, capitolo I.

meccanismi fiscali e produttivi; a partire da Diocleziano ovunque viene soffocata l'individualità e tutto viene regolamentato e ordinato in modo capillare, senza riguardo alle esigenze dei singoli, al punto che, per il bene della collettività, tutti i cittadini vengono inquadrati in categorie rigide ed ereditarie. Il passaggio da una ceti ad un altro diventa pressoché impossibile; le classi che risentono di più di questo immobilismo sono quelle medie, che vengono private della speranza e della prospettiva di una ascesa socio-economica, assumendo così un atteggiamento passivo e pigro che non contribuisce alla ripresa della vita economica<sup>11</sup>.

Il commercio, pur procedendo senza soluzione di continuità rispetto all'Impero romano, il quale ebbe una notevole importanza soprattutto per i rapporti con l'Oriente, è ridotto al minimo – a volte persino interrotto – e l'uso della moneta quasi del tutto scomparso<sup>12</sup>. L'industria, non molto sviluppata a Roma<sup>13</sup>, rimane tale anche nel Medioevo, legata al bisogno del piccolo mercato locale e a pochi prodotti aventi una certa importanza per il commercio con terre lontane.

Il diritto, durante questo periodo, è per lo più consuetudinario; una pluralità di leggi, che vige contemporaneamente nel medesimo territorio e che si applica in funzione dell'appartenenza ad un certo ceti o ad una certa et-

---

<sup>11</sup> PADOA-SCHIOPPA A., *Il diritto nella storia d'Europa*, cit., 29 e LUZZATTO G., *Storia economica d'Italia. Il Medioevo*, cit., 25. Per i fattori di produzione della vita economica del primo Medioevo, cfr. FOURQUIN G., *op. cit.*, 33 e ss.

<sup>12</sup> Cfr. CIPOLLA C., *op. cit.*, 168 e PIRENNE H., *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, cit., 84. Il peggioramento della moneta, che minaccia di sconvolgere tutta l'economia pubblica e privata, porta alla trasformazione delle moneta metallica in una moneta puramente fiduciaria, a cui si assegna un determinato valore. Questa trasformazione è frustrata dallo stesso fisco, il quale non accettando più le monete coniate dallo Stato, esige una parte dei pagamenti in natura, LUZZATTO G., *Storia economica d'Italia. Il Medioevo*, cit., 25.

Per una migliore comprensione del commercio nei secoli XVII e XI si rimanda a PIRENNE H., *Le città del Medioevo*, Bari, 1989.

<sup>13</sup> Anche a Roma la regolamentazione dell'attività industriale si concentrò nelle mani di associazioni volontarie costituite da tutti coloro che producevano lo stesso prodotto. Anche se nei *collegia* romani è già contenuto il carattere mutualistico e monopolistico delle corporazioni medievali, è sia impossibile tracciare una linea ininterrotta tra i due istituti. Cfr. LUZZATTO G., (voce) *Corporazione storia*, cit., 669 e ROLL E., *Storia del pensiero economico*, Torino, 1977, 33.

nia, genera il sistema della personalità del diritto. La caduta dell'Impero comporta, infatti, un cambiamento nel diritto civile creato dai romani fino ad allora adatto a soddisfare tutte le esigenze, comprese quelle del commercio: al diritto romano si sovrappongono un una molteplicità di ordinamenti giuridici diversi, soprattutto di origine germanica; il diritto giustiniano (che costituirà la base sulla quale sorse il diritto comune), con la codificazione e la soppressione dell'istituto pretorio, perde la capacità di adattamento del diritto romano classico. A tutto ciò si deve aggiungere la maggiore influenza che inizia ad avere il diritto canonico<sup>14</sup>.

I fattori che, nonostante tutto, rendono coesa la società medievale, profondamente divisa in classi e gruppi sociali, sono due<sup>15</sup>: il primo consiste nell'universale ineguaglianza degli uomini come condizione naturale largamente accettata e condivisa (i doveri e i privilegi del singolo individuo sono regolati e definiti in rapporto alle caratteristiche politiche del suo stato)<sup>16</sup>; il secondo, strettamente connesso al primo, è da ricercarsi nel ruolo svolto dalla Chiesa, la quale, rimanendo l'unica istituzione, dopo la disgregazione dell'Impero, aumenta sia il potere spirituale che quello temporale. La sua estesa proprietà terriera la rende il più grande dei signori feudali del tempo, così che essa, nel suo aspetto temporale, diviene una delle più importanti istituzioni economiche<sup>17</sup>; inoltre, rispetto alle signorie feudali che mancano di qualsiasi vincolo di unità nazionale, la Chiesa possiede

---

<sup>14</sup> PADOA-SCHIOPPA A., *Il diritto nella storia d'Europa*, cit., 150 e ss. e ROCCO A., *op. cit.*, 9 e ss.

<sup>15</sup> Cfr. ROLL E., *op. cit.*, 33 e anche TAWNEY R.H., *Religion and the Rise of Capitalism*, Milano, 1945, 19, il quale conclude che la società medievale fu spesso paragonata al corpo umano, e come esso le varie classi sociali erano congegnate in modo da far progredire la società sostenendosi a vicenda. L'analogia implicava che il buon cristiano doveva essere contento dello stato in cui era venuto a trovarsi e lo sforzo di cambiare quello stato lo distoglieva dalla giusta via.

<sup>16</sup> «Come potrebbe avere valore la libertà per gli uomini la cui esistenza è garantita soltanto dal posto che occupano sulla terra e sotto la giurisdizione del signore, e la cui sicurezza, da quel momento in poi è tanto più grande quanto più intimamente sono incorporati nella proprietà?», PIRENNE H., *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, cit., 85. Cfr. anche LANDRETH H. - COLANDER D., *Storia del pensiero economico*, Bologna, 1996, 55.

<sup>17</sup> LUZZATTO G., *Storia economica d'Italia. Il Medioevo*, cit., 53 e ss.; ROLL E., *op. cit.*, 33.

un'unità ideologica e un diritto – quello canonico – che le conferisce un potere universale<sup>18</sup>.

La combinazione di potere secolare e di potere spirituale comporta, così, una armonia tra le dottrine della Chiesa e il modo di vivere nella società feudale: il riconoscimento unanime del potere della Chiesa permette a quest'ultima di avere la capacità di ordinare tutta la sfera dell'attività umana; le regole dettate sull'etica e sul buon comportamento devono essere osservate sia nella conduzione degli affari, sia nelle altre attività per poter raggiungere la salvezza spirituale<sup>19</sup>. Bisogna, peraltro, sottolineare che le dottrine morali ed economiche degli ecclesiastici non possono dirsi del tutto inadeguate nella misura in cui hanno assicurato il contenimento dei conflitti e una qualche forma di temperamento alle prevaricazioni sulle classi deboli<sup>20</sup>. Concetti economici e dogma cristiano, arricchito dall'insegnamento di Aristotele<sup>21</sup>, inducono ad adeguare l'attività economi-

---

<sup>18</sup> Il progressivo imbarbarimento seguito dalle invasioni tra il V e il VI secolo non aveva risparmiato neanche la Chiesa romana e le sue gerarchie, che avevano risentito della generale decadenza economica, civile e spirituale. Nonostante questi gravi limiti, la Chiesa continuò a mantenere una organizzazione amministrativa che mancava allo Stato; mentre l'istruzione laica scompariva, i vescovi si preoccuparono di far funzionare i seminari, al cui interno si istruivano giovani che sapessero leggere e scrivere. Questi furono gli intellettuali del tempo, i quali, nella generale ignoranza, mantennero viva una certa tradizione culturale; in tal modo il prestigio del clero cattolico non fu soltanto prestigio spirituale tipico di ogni classe sacerdotale, ma anche prestigio intellettuale, tanto che i principi e i sovrani finirono spesso con l'affidare affari di stato agli uomini della Chiesa, ai cosiddetti *chierici*. Sul punto PIRENNE H., *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, cit., 53 e ss.

<sup>19</sup> LECKACHMAN R., *Storia del pensiero economico*, Milano, 1993, 31; ROLL E., *op. cit.*, 33.

<sup>20</sup> ROLL E., *op. cit.*, 33; LANDRETH H. - COLANDER D., *op. cit.*, 55 e 62; LECKACHMAN R., *op. cit.*, 32. Sulla funzione unificatrice della Chiesa, si veda anche NUCCIO O., *La storia del pensiero economico italiano*, Roma, 2008, 141 e ss.

<sup>21</sup> La parte del pensiero economico più vicina a quello di Aristotele si basava sui principi della teologia cristiana che condannava l'avarizia e l'avidità, subordinando il possesso materiale dell'individuo sia ai diritti degli altri uomini, sia alla necessità di salvezza nell'aldilà. Così la Chiesa poté condannare pratiche economiche che favorivano lo sfruttamento e l'ineguaglianza e predicare l'indifferenza alle miserie di questo mondo,

ca ad alcuni modelli elaborati dai filosofi e dai moralisti; l'imperfetta natura dell'uomo, che rende inevitabile l'ineguale distribuzione dei beni, porta a sostenere che la proprietà privata, condannata in molti passaggi biblici, non è in contrasto con la legge naturale, ma un male necessario da usare solo durante la vita terrena.

Anche in relazione all'attività economica, ci si rifà ad Aristotele il quale propose una distinzione tra valore d'uso e valore di scambio<sup>22</sup>. Dalla condanna del filosofo greco dell'avarizia e dell'avidità, gli scolastici fanno discendere il principio secondo cui il commercio distoglie gli uomini da Dio: la dottrina diffusa dalla Chiesa durante l'alto Medioevo è che "*nullus christianus debet esse mercator*"<sup>23</sup>.

In questo periodo l'economia è regolata da un complesso di leggi, non scientifiche, ma morali. Gli scritti degli scolastici mostrano la lotta per conciliare l'insegnamento religioso con il lento progredire dell'attività economica e la graduale accettazione di alcuni aspetti di tale attività<sup>24</sup>. In conclusione, l'organizzazione economica dell'epoca è e resta prettamente agricola, il commercio è poco praticato sia per la difficoltà dovuta a pochi sboc-

giustificando le ineguali condizioni nel disegno divino. In *Politica, I, 10* di Aristotele si legge: «Il commercio al minuto è contro natura..., esso è un mezzo per cui gli uomini guadagnano uno a scapito dell'altro. Il più odioso di questo genere di scambi è... l'usura, che trae guadagno dal denaro stesso, e non dall'uso naturale di esso. Poiché il denaro è destinato ad essere strumento di scambio, e non il padre dell'interesse. Questa usura (*tokos*), che fa nascere denaro dal denaro..., è il peggior modo di guadagnare contro natura».

<sup>22</sup> ROLL E., *op. cit.*, 22; LANDRETH H. - COLANDER D., *op. cit.*, 58. Il filosofo greco (*Politica, I, 9*) sostiene che ogni proprietà ha due usi, entrambi inerenti alla cosa: il valore d'uso, proprio della cosa e il valore di scambio, che non le è proprio, ma non per questo innaturale. Ciò che è innaturale è l'arte di far denaro. Lo scambio tra beni (o la vendita di un bene contro denaro, quale mezzo indiretto di scambio) è naturale finché diretto alla soddisfazione dei bisogni, diventa innaturale quando l'unica ragione di scambio diventa l'accumulazione della moneta.

<sup>23</sup> Tertulliano, *De idolatria*, capitolo XI, sostiene che per eliminare l'avidità bisogna eliminare la ragione di guadagno e, quindi, l'idea stessa di commercio: «e a un servo di Dio è lecito trafficare? Se si deve tener lontano da ogni desiderio, nel quale risiede la ragione di acquistare, qualora venga meno la ragione di procedere all'acquisto, non vi sarà quindi motivo di negoziare».

<sup>24</sup> LANDRETH H. - COLANDER D., *op. cit.*, 57.

chi commerciali, sia perché la ricerca del profitto è estranea alla mentalità dell'epoca: si produce quanto basta al sostentamento e nulla di più, dell'eccedenza non si sa che cosa fare. Si diventa commercianti più per occasione che per professione<sup>25</sup>.

L'unione tra morale e economia, pur non essendo facile, si conservò finché non cominciarono a scorgersi nuove forze economiche<sup>26</sup>. Più tardi nello stesso Medioevo, l'urbanesimo, la riapertura dei traffici e l'espansione dei mercati porranno in contrasto le idee degli scolastici sulla proprietà e sul commercio con un sistema economico tendente a un maggiore sviluppo degli scambi commerciali. L'intransigenza della Chiesa non poteva così perdurare<sup>27</sup>.

Il diritto commerciale nasce quando nella civiltà feudale, basata su una economia di produzione agraria, si manifesta una nuova organizzazione, intesa alla produzione di merci e allo scambio di derrate agricole e di altri prodotti<sup>28</sup>.

Le sole ragioni economiche non sono, però, sufficienti a spiegare la comparsa del diritto commerciale in un contesto culturale caratterizzato da scambi limitati e avverso al commercio<sup>29</sup>; le cause del fenomeno sono da ricercare anche in eventi sociali e politici<sup>30</sup>. Alla base del nuovo corso storico sta il rilancio dell'agricoltura, attività produttiva fondamentale nell'alto Medioevo, il cui sviluppo, dovuto soprattutto al reperimento di nuove fonti di energia, è dato anche dalla relativa stabilità politica e

---

<sup>25</sup> PIRENNE H., *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, cit., 157 e ss.

<sup>26</sup> FELLONI G., *Profilo di storia economica dell'Europa dal medioevo all'età contemporanea*, Torino, 1997, 111; ROLL E., *op. cit.*, 34.

<sup>27</sup> ROLL E., *op. cit.*, 35. Sul pensiero economico di questo periodo in generale NUCCIO O., *op. cit.*, 141.

<sup>28</sup> LIBONATI B., *La categoria del diritto commerciale*, in *Riv. soc.*, 2002, I, 1.

<sup>29</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 29 riporta l'idea di PIRENNE, *Le città del Medioevo*, 34 e ss., secondo cui la scomparsa del commercio nell'alto Medioevo è dovuta alla chiusura degli sbocchi sul mare per le dominazioni dell'Islam e dei Normanni; si riprese a commerciare quando tali vie si riaprirono.

<sup>30</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 25 e ss.

dall'incremento demografico conseguiti nell'Europa durante il X secolo<sup>31</sup>. L'aumento della produttività, causato da nuove tecniche, le quali permettono di ottenere risultati migliori a parità di lavoro – il doppio, o anche il triplo della produzione – provoca trasformazioni sociali non solo di ordine quantitativo ma anche qualitativo: l'intera struttura dell'economia curtense si dissolve e si trasforma in economia mercantile<sup>32</sup>.

L'aumento della produzione agricola, infatti, porta ad avere una eccedenza di prodotti disponibile per gli scambi e una sovrabbondanza di forza lavoro, fino ad allora assorbita per intero dalla coltivazione, ed ora disponibile per le attività artigianali e commerciali<sup>33</sup>. Le condizioni – assenti in passato – per la nascita

---

<sup>31</sup> FOURQUIN G., *op. cit.*, 145 e ss.

<sup>32</sup> I signori non ebbero più bisogno di impiegare tutti i loro servi per la coltivazione della *pars dominica* e furono indotti a modificare le modalità dello sfruttamento servile: talvolta essi usarono la mano d'opera eccedente per coltivare nuovi terreni; più spesso, in luogo delle tradizionali prestazioni e *corvées*, cui rinunciavano, si fecero pagare dai servi delle tasse in natura o in denaro. Si ottenne così un *surplus*, non necessario per la semplice sussistenza e disponibile per lo scambio: le derrate agricole, in altri termini, si trasformarono in merci che potevano essere scambiate con altre merci o con denaro. Ciò comportava che la *curtis* cominciasse a perdere il suo carattere essenziale di unità economica chiusa e autosufficiente e si aprisse invece a sempre nuovi rapporti con il mondo circostante. Sul rilancio dell'agricoltura vedi CIPOLLA C., *op. cit.*, 171 e 289 e ss. e LOPEZ R., *La rivoluzione commerciale del Medioevo*, Torino, 1974, 36 e ss., entrambi gli autori sottolineano come l'aumento della produzione agricola fosse necessariamente accompagnata dal perfezionamento delle tecniche agricole; PIRENNE H., *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, cit., 178 e ss., il quale rileva anche che la trasformazione dei contadini da servi a cittadini liberi è avvenuta senza rivolte, ma come diretta conseguenza della ripresa del commercio e della nascita delle città.

<sup>33</sup> LOPEZ R., *op. cit.*, 73: «Finché i contadini erano a malapena in grado di assicurare la propria sussistenza e quella dei loro signori, ogni altra attività era ridotta al minimo. Quando le eccedenze alimentari cominciarono ad aumentare, un maggior numero di persone ebbe la possibilità di dedicarsi a funzioni di governo e alle attività religiose e culturali. Le città si risollevarono dalla prolungata depressione; mercanti e artigiani non si limitaro-

di nuovo ceto, quello dei mercanti, sono così generate dalla stessa crisi interna del sistema feudale e dal declino dell'economia curtense, che permisero una nuova apertura dei traffici verso l'esterno<sup>34</sup>. L'origine del diritto commerciale deve, inoltre, collegarsi alla formazione e affermazione della borghesia costituita da mercanti, la quale diventa classe non solo economicamente ma anche politicamente attiva e, quindi, capace di esercitare un'influenza sulla regolamentazione normativa dei rapporti commerciali<sup>35</sup>.

---

no più a fornire una piccola quantità di beni di lusso ai ricchi e pochi generi di necessità alle comunità agricole. Da questo punto di vista, è giusto dire che il decollo della rivoluzione cominciò in campagna».

<sup>34</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 30. PIRENNE H., *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, cit., 163, sulle origini dei mercanti che scrive «gli antenati dei mercanti sono poveri, vale a dire gente senza terra, la massa fluttuante che batte il paese, che offre la propria opera per la mietitura, che insegue le avventure, i pellegrinaggi. [...] Gente che non ha terra è gente che non ha niente da perdere, e gente che non ha niente da perdere ha tutto da guadagnare. Gente che non ha terra è gente di ventura, che fa affidamento soltanto su di sé e che niente spaventa. È anche gente ricca di risorse, che ha viaggiato, che conosce lingue e usanze diverse, e che la povertà rende intraprendente». Ma vedi anche PIRENNE H., *Le città del Medioevo*, cit., 73 e ss.

<sup>35</sup> GOLDSCHMIDT L., *Storia universale del diritto commerciale*, Torino, 1913. PIRENNE H., *Le città del Medioevo*, cit., 115 e ss., e in particolare, a pag. 128, si legge che «la borghesia appare, a poco a poco, come una classe distinta e privilegiata tra la popolazione del contado. Da semplice gruppo sociale dedito all'esercizio del commercio e dell'industria, essa si trasforma in un gruppo giuridico riconosciuto come tale dal potere principesco. E questa condizione giuridica propria deriverà necessariamente la concessione di un'organizzazione giudiziaria indipendente. Al nuovo diritto occorreva come organo un tribunale nuovo». Si veda anche GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 26, PADOA-SCHIOPPA A., *Il diritto nella storia d'Europa*, cit., 220 e ss. e LUZZATTO G., *Storia economica d'Italia. Il Medioevo*, cit., 148 e ss.

I primi mercanti sono per la maggior parte itineranti, ma la generazione successiva comincia a stabilizzarsi nelle città<sup>36</sup>; ciò accade quando il commercio diventa una pratica ordinaria e non più una occupazione legata all'occasione e alla possibilità<sup>37</sup>. Avviene così che, attorno alle vecchie città romane nate in luoghi particolarmente favorevoli per la circolazione degli uomini e delle merci, si formino nuovi *borghi*, dove si stabiliscono uomini di varia provenienza. Quale che sia la loro origine, gli abitanti dei borghi hanno in comune il tipo di attività, non più legata, se non marginalmente, alla coltivazione dei campi, ma all'artigianato e al commercio. L'una accanto all'altra coesistono, non sempre pacificamente, due società diverse, inizialmente anche divise nello spazio: la campagna in cui risiedono nobili e contadini, la cui vita è incentrata sull'agricoltura; la città la cui vita gravita intorno al mercato o al porto, dove risiedono artigiani, commercianti e in generale tutti i lavoratori addetti alle nuove attività. I borghi, e con il tempo le intere città, fra il Mille e la metà del XII secolo diventano sempre più un corpo estraneo ed ostile al mondo feudale che li circonda<sup>38</sup>. Le città spezzano progressivamente l'economia curtense, introducendo nelle campagne l'economia monetaria.

---

<sup>36</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 30 e ss.; PIRENNE H., *Le città del Medioevo*, cit., 92, e *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, cit., 166 e ss.

<sup>37</sup> La crescita e lo sviluppo delle città è da collegarsi allo sviluppo dell'agricoltura, il quale comportò, oltre quanto già detto, un incremento demografico; sulla nascita e l'evoluzione dei nuovi borghi cfr. CIPOLLA C., *op. cit.*, 173 e ss. e più in generale PIRENNE H., *Le città del Medioevo*, cit.

<sup>38</sup> «La città si distingue nettamente dalla campagna. Materialmente, già ne è staccata, al riparo del suo fossato e delle sue porte. Giuridicamente, è un altro mondo. Nel momento in cui si mette piede dentro la cinta muraria ci si inserisce in un diritto nuovo, come oggi quando si passa da uno Stato all'altro. Economicamente esiste lo stesso contrasto. Non solo la città è il luogo del commercio e d'industria, ma non esistono commercio e industria se non in città. Ovunque è proibito esercitare queste attività in campagna», PIRENNE H., *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, cit., 177.

La “rivoluzione commerciale”, che ha inizio a partire dal IX secolo, fu, in parte, rivoluzione delle tecniche negoziali. Quest’aspetto risulta, tuttavia, meno appariscente perché si sviluppa con lentezza anche per l’influenza contrastante della Chiesa, il cui potere è ancora molto forte. Lo sviluppo economico complessivo, e il progresso delle tecniche commerciali in particolare, è rallentato dai precetti morali della Chiesa<sup>39</sup>.

Il nuovo corso agricolo, artigianale e commerciale del basso Medioevo, modifica profondamente le strutture economiche del periodo precedente. Gli accresciuti redditi delle classi elevate spingono ad aumentare le spese: esse non chiedono più, semplicemente, maggiori derrate alimentari, ma vogliono soddisfare esigenze più complesse. L’accresciuta domanda fa sì che il numero dei commercianti aumenti proporzionalmente e si dedichino al commercio anche i cristiani (mentre nell’alto Medioevo esso era di fatto quasi esclusivamente riservato agli ebrei, in quanto la Chiesa induceva a rifuggire il commercio)<sup>40</sup>.

In questo periodo, sebbene alcuni scolastici continuino a condannare il commercio, si diffonde la tendenza, grazie soprattutto al pensiero di San Tommaso d’Aquino, a conciliare il dogma cristiano con le nuove condizioni oggettive della vita economica<sup>41</sup>. Egli, relativamente alla proprietà privata, condanna la concezione estremamente liberale del diritto romano, che comincia a riaffermarsi, e concilia la distinzione aristotelica della proprietà tra facoltà d’acquisto e facoltà d’uso con le nuove esigenze dell’epoca: pur sostenendo che i beni temporali appartengono a ciascuno, ritiene che l’uso non deve essere solo del proprietario ma anche di altri in caso di bisogno. In tal modo non la proprietà in sé, ma il modo di usarla, determina se essa sia condannabile o meno. Anche relativamente al commercio San Tommaso, condivide l’opinione aristotelica che non lo considera né buono, né naturale; tuttavia, riconoscendo l’utilità dei mercanti, ritiene che esso sia un male necessario<sup>42</sup>. Rendendosi conto della sua necessità, afferma che è possibile svolgere un’attività commerciale senza peccato quando i mercanti

---

<sup>39</sup> FOURQUIN G., *op. cit.*, 309 e ROCCO A., *op. cit.*, 9.

<sup>40</sup> LOPEZ R., *op. cit.*, 117 e ss.

<sup>41</sup> Per una migliore comprensione del pensiero di San Tommaso d’Aquino, da cui peraltro si è tratto quanto segue, si rimanda a LANGHOLM O., *L’ economia in Tommaso d’Aquino*, Milano, 1996.

<sup>42</sup> LECKACHMAN R., *op. cit.*, 37.

sono onesti, cioè quando non viene ricercato il profitto comprando a poco e rivendendo a caro prezzo senza miglioramenti né modifiche. Lo scambio, osserva san Tommaso, è stato istituito per il comune vantaggio di entrambe le parti, che hanno bisogno l'una dei prodotti dell'altra. Il commercio è legittimo solo se lo scambio effettuato è giusto, vale a dire se ciò che è dato e ricevuto sono dello stesso valore; viene così introdotto il concetto di “giusto prezzo”<sup>43</sup>. I teologi di allora non elaborano una vera e propria teoria del “giusto prezzo”<sup>44</sup>: da alcuni, si riprende l'idea di Aristotele secondo cui dovrebbero essere scambiati beni che contengano la stessa quantità di lavoro, mentre, secondo altri, il “giusto prezzo” andrebbe ricondotto alla nozione di utilità; per altri, infine, esso è fondato sul costo di produzione. In ogni caso, la concezione di “giusto prezzo” è diretta ad impedire un arricchimento per mezzo del commercio; il diritto civile, con i suoi fondamenti romani, permette infatti di vendere beni a un prezzo superiore a quello che essi realmente valgono, a meno che la differenza sia palesemente irragionevole. Ma la legge divina, dice san Tommaso, non lascia impunito ciò che è contrario alla virtù e, pertanto, è essenziale insistere sulla necessità di determinare il giusto prezzo con la massima precisione. In definitiva, il commercio per la società medievale può essere giustificato solo se diretto al bene comune, assicurando un vantaggio per entrambe le parti.

L'idea del “giusto prezzo”, a prescindere dagli argomenti etici, non è per la realtà dell'epoca un'idea inattuabile: l'economia, basata ancora in prevalenza sull'agricoltura e sui bisogni primari, non si presta a essere la-

---

<sup>43</sup> PIRENNE H., *Le città del Medioevo*, cit., 85, il quale sostiene tuttavia che questo atteggiamento della Chiesa fu anche benefico. «Esso ebbe – scrive PIRENNE – certamente come risultato di impedire che la passione del guadagno si espandesse senza limiti; proteste in certa misura i poveri dai ricchi, i debitori dai creditori. Il flagello dei debiti, che nell'antichità greca e nell'antichità romana si abbatté così pesantemente sul popolo, fu risparmiato alla società del Medioevo e si può credere che la Chiesa contribuì molto a questo felice risultato. Il prestigio universale di cui godeva agì da freno morale. Se non fu abbastanza potente per sottomettere i mercanti alla teoria del giusto prezzo, lo fu abbastanza da impedire loro di darsi senza rimorsi allo spirito di lucro». Per l'etica e la giustizia dello scambio, anche per i compensi di lavoro, nelle opere di san Tommaso d'Aquino cfr. LANGHOLM O., *op. cit.*, 52-61.

<sup>44</sup> In generale sull'idea di guadagno onesto cfr. SOMBART W., *Il capitalismo moderno*, Torino, 1967, 345. Sulla nozione di giusto prezzo nella scolastica si veda invece LANDRETH H. - COLANDER D., *op. cit.*, 59; ROLL E., *op. cit.*, 36.

sciata al libero gioco della domanda e dell'offerta<sup>45</sup>. I progressi del commercio, tuttavia, cominciano a rendere necessario il graduale abbandono delle posizioni assunte in principio dalla Chiesa. Già san Tommaso, infatti, ammette che ulteriori fattori determinano il "giusto prezzo", chiarendo che i beni implicati nello scambio vengono gerarchizzati e valutati nella sfera economica<sup>46</sup>. San Tommaso spiega che l'accordo sui rapporti di cambio, sia nel baratto che nello scambio indiretto, è determinato dall'*indigentia*, che è una quantificazione del bisogno o della domanda. Nell'accettare l'*indigentia* come fattore determinante del prezzo, la pratica di rivendere a prezzo maggiorato è giustificata non solo se nel trasporto o nel miglioramento materiale si generano rischi od ulteriori costi, ma anche se i prezzi cambiano a seconda del luogo e del tempo (quello che oggi è definito fluttuazione di mercato).

### 3. IL DIRITTO COMMERCIALE ALLE ORIGINI.

La vita economica, con lo sviluppo di traffici commerciali, anche a livello internazionale, esige, non solo visioni più aperte sul commercio, ma anche tecniche giuridiche alle quali il diritto romano comune e il diritto canonico risultano inadeguati; questa nuova società fondata sulla ricchezza mobiliare e sulla libera iniziativa commerciale, necessita così della creazione di un nuovo sistema di norme. Da qui l'affermarsi di un autonomo diritto avente per oggetto la disciplina di questi nuovi interessi e rapporti economici, che si pone, di conseguenza, in rapporto di concorrenza con gli altri diritti particolari<sup>47</sup>.

Il diritto commerciale è in origine *ius mercatorum*: «diritto creato direttamente dalla classe mercantile, senza mediazione della società politica, diritto imposto nel nome di una classe, non già nel nome dell'intera collettività»<sup>48</sup>, necessario al solo fine di regolare l'attività dei mercanti. Le fonti di questo nuovo diritto sono la

---

<sup>45</sup> ROLL E., *op. cit.*, 37.

<sup>46</sup> LANGHOLM O., *op. cit.*, 61 e ss.

<sup>47</sup> FERRI G., *op. cit.*, 921; GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 39.

<sup>48</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 37.

consuetudine mercantile, la giurisprudenza della curia dei mercanti e gli statuti delle corporazioni<sup>49</sup>.

L'affermazione di un diritto commerciale distinto dal diritto civile comune è in buona parte dovuta alla giurisdizione autonoma, che assicurò alle consuetudini dei mercanti una tutela efficace; «si ebbe, così, una vera *giurisdizione consolare*, da cui lo sviluppo autonomo del diritto commerciale trasse notevole impulso. Le decisioni dei consoli, infatti, non solo servivano a dar forma concreta alle consuetudini, ma, mediante il lavoro di interpretazione e di adattamento delle varie norme, consuetudinarie e legislative, vigenti, concorrevano efficacemente alla formazione e alla evoluzione degli istituti giuridici commerciali»<sup>50</sup>. Affermandosi come diritto autonomo di classe, frutto della emancipazione dalla economia curtense, creato dalla consuetudine dei mercanti e con una giurisdizione speciale fondata sull'autonomia corporativa, il diritto commerciale è applicabile secondo un criterio soggettivo<sup>51</sup>; infatti, le sue caratteristiche sono da individuarsi nell'*autonomia* – essendo composto da regole che gli stessi mercanti si davano per

---

<sup>49</sup> Cfr. anche ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 8; SPADA P., *Diritto commerciale, I, Parte Generale*, Padova, 2004, 4; PADOA-SCHIOPPA A., *Il diritto nella storia d'Europa*, cit., 228 e ss.; ROCCO A., *op. cit.*, 10 e ss.; «Negli statuti confluivano vari materiali normativi: il giuramento dei mercanti, eletti consoli dalla corporazione, contenete il programma del loro mandato; le deliberazioni del consiglio formato dai mercanti anziani, quelle dell'assemblea generale dei mercanti, e ancora i principi consolidati della consuetudine e della giurisprudenza mercantile, mentre una apposita magistratura di mercanti, detti statutari, provvedeva alla compilazione degli statuti e al loro aggiornamento. Le consuetudini nascevano dalla costante pratica contrattuale dei mercanti: il modo di contrattare da essi reputato vantaggioso diventava diritto, le clausole contrattuali si trasformavano, una volta generalizzate, in contenuto legale del contratto. Ancora mercanti, designati dalla corporazione componevano i tribunali che decidevano le controversie commerciali», GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 38.

<sup>50</sup> ROCCO A., *op. cit.*, 11 e ss.

<sup>51</sup> ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 9.

proteggere i propri interessi – e nel *formalismo* – essendo applicato solamente a coloro che esercitavano il commercio<sup>52</sup>.

L'originario mercante, che rompe l'immobilità dell'economia feudale sollecitando scambi e baratti fra prodotti acquistati in luoghi diversi, viene poco per volta sostituito dal mercante che organizza la stessa produzione; esistono così due categorie di mercanti: il piccolo mercante, che nella sua bottega vende al minuto ad una clientela ristretta, ed il grande mercante che vuole partecipare con il proprio capitale al traffico internazionale. Il grande mercante e il commercio internazionale comportano l'esigenza della continua disponibilità di denaro e l'insorgere dei flussi finanziari, nonché la necessità dell'affidamento dei rapporti contrattuali e delle prime organizzazioni di imprese<sup>53</sup>. Cambia, soprattutto, la nozione stessa di ricchezza: essa non è più misurata in base ai

---

<sup>52</sup> Solo i commercianti che avessero fatto dichiarazione solenne di adesione alla Corporazione, ottenendo l'iscrizione al registro delle imprese dei mercanti abilitati (detto *matricula mercatorum*) potevano adire alla magistratura mercantile, secondo un criterio soggettivo. Proprio i limiti di competenza di questa magistratura fanno sì che il diritto commerciale prenda quel requisito di specialità nei confronti del diritto comune. I consoli, infatti, inizialmente, avevano il potere di decidere solo le controversie sorte fra i commercianti iscritti alla *matricula* e pertanto il diritto commerciale era applicabile solo a quest'ultimi. Cfr. ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 7 e SPADA P., *op. cit.*, 4.

<sup>53</sup> LIBONATI B., *op. cit.*, 1; CIPOLLA C., *op. cit.*, 228; LUZZATTO G., *Storia economica d'Italia. Il Medioevo*, cit., 230 e ss. Si veda anche GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 33, il quale sottolinea che «alla crescente potenza economica del capitale commerciale si accompagna, all'interno del comune, l'ascesa politica della classe mercantile. [...] La politica del comune è, in ogni caso, resa funzione alle esigenze di accumulazione del capitale commerciale (della quale rende partecipe, dove è necessario, la classe nobiliare): alla nuova istituzione politica si domanda, soprattutto, di mantenere ferme le condizioni obbiettive della accumulazione».

possedimenti terrieri, ma è valutata in denaro o in beni valutabili in denaro<sup>54</sup>.

La maggiore consistenza economica e sociale che via via acquisisce il commercio e l'industria, portano alla creazione di corporazioni artigiane e mercantili le quali si dettano regole per l'accesso al settore con minuziose discipline interne<sup>55</sup>. La corporazione dei mercanti, con i propri statuti, stabilisce una regolamentazione normativa dei rapporti commerciali, la quale finisce col tempo per diventare vincolante non solo per i propri membri – inclusi gli artigiani – ma anche per i terzi (anche non mercanti) che vengono in contatto con essa<sup>56</sup>. Le fiere e la diffusione in ogni paese degli agenti delle compagnie mercantili, d'altro canto, contribuiscono nel dare al diritto dei mercanti un carattere internazionale uniforme<sup>57</sup>.

Le esigenze dell'attività mercantile fanno sì che il nuovo diritto commerciale innovi profondamente la disciplina fino ad allora dettata per il contratto e per le obbligazioni nascenti da contratto; d'altra parte, lo sviluppo dei contratti commerciali ha una rilevanza decisiva nella storia del commercio<sup>58</sup>. Per il diritto romano, basato sulla conservazione della ricchezza, il diritto di proprietà è stato lo strumento principe ed il contratto un mezzo – attraverso la

---

<sup>54</sup> PIRENNE H., *Le città del Medioevo*, cit., 148 e LUZZATTO G., *Storia economica d'Italia. Il Medioevo*, cit., 117.

<sup>55</sup> Secondo alcuni storici il fattore originario idoneo a spiegare il fenomeno corporativo fu di natura egoistica. Sarebbero stati gli stessi artigiani a creare, agendo come un cartello, le corporazioni al fine di eliminare la concorrenza. In ogni caso sono tutti concordi nel negare ogni continuità tra i *collegia* dell'epoca romana e le corporazioni, che furono una creazione del basso Medioevo, cfr. FOURQUIN G., *op. cit.*, 285 e ss. e anche LECKACHMAN R., *op. cit.*, 30. ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 5 e ss.

<sup>56</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 37; PADOA SHIOPPA A., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992, 11-62.

<sup>57</sup> ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 10.

<sup>58</sup> LOPEZ R., *op. cit.*, 94. Ma vedi anche BUONOCORE V. - LUMINOSO L. (a cura di), *Contratti d'impresa*, Milano, 1993, 61 e ss.; CAGNASSO O. - COTTINO G., *Contratti commerciali*, Padova, 2000.

disposizione del patrimonio – per raggiungere la stabilità e la sicurezza economica mediante l’acquisto e il godimento dei beni, soprattutto quelli immobili; per lo *ius mercatorum*, basato invece sulla accumulazione, il contratto serve per ricercare il profitto. Il contratto, in questa nuova ottica, ha la funzione di soddisfare non tanto il diritto di proprietà, quanto l’affare: l’esigenza del mercante, infatti, non è quella di utilizzare il proprio patrimonio per aumentare i propri possedimenti, ma quella di utilizzare il denaro per ricavarne altro<sup>59</sup>.

In questo periodo nascono nuovi tipi di contratto o vengono ripresi quelli del diritto greco-romano, come il prestito marittimo, nel quale, al pari del prestito ordinario, viene data in prestito una somma di denaro comportante un tasso di interesse; la durata del contratto è limitata al solo viaggio e la restituzione della somma viene esclusa qualora la spedizione non vada a buon fine – in caso di naufragio o attacco nemico – ma, in caso contrario, è previsto un premio. La liceità di tale istituto viene giustificata sostenendo che l’interesse nel prestito marittimo non è usura, ma quello che oggi noi chiamiamo premio assicurativo. Dal prestito marittimo, nasce poi il moderno contratto di assicurazione, che inizia ad essere praticato già nel XIII secolo<sup>60</sup>. Le esigenze del commercio, successivamente, richiedono una collaborazione più stretta tra colui che fornisce il capitale e colui che si impegna nell’attività commerciale; questa esigenza viene soddisfatta dai contratti associativi, come la *commenda*, che consentiva di unire i vantaggi del prestito marittimo (durata limitata, nessuna responsabilità nei confronti dei terzi di colui che forniva il capitale) al contratto di società (divisione dei profitti e delle perdite); da questo contratto deriva l’associazione in partecipazione e la società in accomandita semplice<sup>61</sup>. I contratti menzionati – e quelli trascurati tra cui la *rogadia*, con cui un mercante si impegnava a trasportare e, a vol-

---

<sup>59</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 40 e ss.

<sup>60</sup> LOPEZ R., *op. cit.*, 98, FELLONI G., *op. cit.*, 211 e ss. e ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 9.

<sup>61</sup> Vedi nota precedente e anche CIPOLLA C., *op. cit.*, 228-229.

te, vendere le merci di un altro mercante, a cui fece seguito il contratto di commissione, e la *compagnia*, una specie di società in nome collettivo<sup>62</sup> – sono tutti contratti che prevedono un'operazione creditizia; da ciò si deduce che il credito comincia ad avere, nel sistema economico, una posizione sempre più rilevante rispetto al passato.

Lo sviluppo dell'attività mercantile richiede che, sul terreno degli atti, il formalismo tipico dell'economia agraria ceda il passo alla libera creazione del contratto e alla libertà di forme, progressivamente semplificando il procedimento di formazione dell'affare<sup>63</sup>. Si afferma, innanzitutto, la regola della sufficienza dell'accordo per vincolare giuridicamente le parti<sup>64</sup>; alla formalità del diritto si preferisce l'immediatezza data dalla libertà di forma. Il *nudo patto*, in ogni caso, è vincolante solo a condizione che esso sia socialmente credibile: dall'esigenza di distinguere tra patti vincolanti e non scaturiscono la nozione e la dottrina della causa del contratto<sup>65</sup>. La necessità sempre più frequente di utilizzare contratti aventi per oggetto merci assenti porta al superamento della *traditio* – formalità alla quale il diritto romano subordinava il trasferimento della proprietà – favorendo l'introduzione del principio consensualistico<sup>66</sup>.

Altro derivato della rivoluzione commerciale, come accennato, è la nascita dell'organizzazione creditizia, la quale, come ramo specializzato degli affari, fu piuttosto lenta, soprattutto per la mancata distinzione tra prestito commerciale e usura. I tribunali ecclesiastici, infatti, proteggevano tutti i mutuatari che restituiva-

---

<sup>62</sup> Per un approfondimento su questi contratti LOPEZ R., *op. cit.*, 94-100. Sull'origine della società in nome collettivo cfr. GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 46 e ss. e CIPOLLA C., *op. cit.*, 230 e ss.

<sup>63</sup> LIBONATI B., *op. cit.*, 2.

<sup>64</sup> Nel diritto romano tale regola era circoscritta a soli quattro contratti tipici consensuali: *emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *mandatum* e *societas*.

<sup>65</sup> ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 14, GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 42 e SPADA P., *op. cit.*, 5.

<sup>66</sup> ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 15.

no ai banchieri la sola somma mutuata e non anche gli interessi pattuiti. Se i banchieri di professione non ebbero immediato successo, i grandi mercanti internazionali ottennero più fortuna, esercitando l'attività creditizia come attività secondaria<sup>67</sup>. I mercanti, infatti, potevano legittimamente svolgere le attività proprie del banchiere, purché connesse al loro commercio: anche se non registrati come titolari di una banca, avevano la possibilità di accettare depositi ad interesse, concedere prestiti fruttiferi, utilizzare i titoli di credito e le lettere di cambio, senza incorrere nella censura della Chiesa.

La lettera di cambio, o meglio, la cambiale tratta, pur non avendo ancora la facilità di circolazione che sarà assicurata dalla girata (introdotta, secondo tradizione largamente accettata, tra la fine del Cinquecento e gli inizi del Seicento), raggiunge un larghissimo uso nel commercio internazionale, già alla fine del XIII secolo. La cambiale, infatti, diventa uno dei più importanti mezzi di pagamento in sostituzione della moneta: rappresenta un credito per la vendita di merci in un luogo diverso da quello del pagamento o, più frequentemente, un credito per la concessione di un prestito che deve essere pagato in un luogo diverso. Il fine principale a cui si mira è, apparentemente, quello di fornire una certa somma di moneta straniera, senza correre il rischio di portarla con sé durante il viaggio, tuttavia essa, celando un prestito ad interesse<sup>68</sup>, è utilizzata anche per eludere i divieti canonici contro l'usura. Nonostante l'uso che a volte occultava, la cambiale dà vita ad una forma di circolazione fiduciaria che spesso supera la circolazione della moneta effettiva<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> LOPEZ R., *op. cit.*, 133.

<sup>68</sup> La moneta locale, infatti, veniva pagata immediatamente, mentre la restituzione era differita fino al momento in cui la cambiale giungeva a destinazione: il servizio svolto da colui che cambiava la moneta era a pagamento, cosicché quello che appariva un semplice rapporto di cambio, era, a volte, il tasso di interesse sulla somma prestata.

<sup>69</sup> Sull'uso della cambiale ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 15 e ss., LOPEZ R., *op. cit.*, 133 e ss. e LUZZATTO G., *Storia economica d'Italia. Il Medioevo*, cit., 290 e ss.; v. anche FELLONI G., *op. cit.*, 214 e ss.

Il credito assume, quindi, una posizione sempre più importante nell'economia e, le norme dettate dal diritto canonico, improntate ad una eccessiva indulgenza nei confronti del debitore, ostacolano i nuovi interessi economici di quel periodo. La rigidità del dogma canonico relativamente al divieto di usura va così incontro al declino.

Durante il periodo agricolo medievale non vi fu un credito commerciale propriamente detto; tuttavia l'istituto del credito non scomparve, perché fu esso che permise di resistere alle frequenti ondate di carestie. Era la Chiesa, nell'alto Medioevo, che distribuiva il denaro, in quanto l'unica detentrica di beni mobili ed immobili, capaci di farne una potenza finanziaria di prim'ordine, ed i monasteri costituivano veri e propri istituti di credito: anticipavano le somme richieste ricevendo in pegno un possedimento fondiario che garantisse il debito. Fino al XIII secolo il credito serviva per prestiti al consumo e, la proibizione dell'usura, da parte della Chiesa, risparmiò la piaga dei debiti alimentari<sup>70</sup>.

La condanna dell'usura fece parte della generale condanna dello scambio ingiusto<sup>71</sup>. Nell'alto Medioevo la proibizione della Chiesa era applicata solo al clero<sup>72</sup>, poiché l'assenza di un'economia monetaria e dell'opportunità di investimenti lucrativi resero inutile una proibizione più generale. La Chiesa, in un'epoca in cui ai signori e ai re i diritti feudali vengono principalmente pagati in natura, rimane l'unica istituzione che possiede ingenti somme di denaro. Nel basso Medioevo, invece, lo sviluppo monetario e l'incremento di transazioni monetarie fanno nascere due tendenze. La prima è la diffusione della pratica secolare di prestiti a interesse, giustificata con riferimenti al diritto romano; la seconda è l'ampliamento dell'originaria proibizione, che la Chiesa, allarmata da questo sviluppo, rende più rigida ed universale<sup>73</sup>. Nelle opere di san Tommaso

---

<sup>70</sup> Per un'analisi dettagliata del credito e commercio del danaro e del ruolo della Chiesa, PIRENNE H., *Storia economica e sociale del Medioevo*, Milano, 1985, 133 e ss.

<sup>71</sup> In generale sul divieto di usura nella dottrina ecclesiastica e sulla funzione unificatrice della Chiesa, anche NUCCIO O., *op. cit.*, 133 e ss;

<sup>72</sup> Verso il 300, il concilio di Elvira vieta agli ecclesiastici spagnoli di prestare denaro a interesse; nel 325, il concilio ecumenico di Nicea sancisce l'esclusione dalle file del clero di chiunque presti ad interesse.

<sup>73</sup> Al grande concilio del Laterano del 1179 fu decretata la prima parte di una lunga serie di severe proibizioni dell'usura, ROLL E., *op. cit.*, 38.

la condanna dell'usura è fondata non solo sulle Scritture<sup>74</sup>, ma anche sulla dottrina aristotelica della natura della moneta<sup>75</sup>. La concezione del denaro di San Tommaso, e altri canonisti, è interamente materiale: il denaro non deve avere un valore fluttuante ma deve essere il più possibile stabile, serve allo scambio con altri beni naturali, non con lo stesso denaro. Il denaro è sterile in senso morale: se genera altro denaro, lo genera innaturalmente e, quindi, immoralmente; pertanto, chiedere un interesse in aggiunta alla somma prestata significa procurarsi un vantaggio ingiusto in quanto innaturale<sup>76</sup>.

La rinascita commerciale, rivelando le possibilità dei capitali mobili di dare profitto, comporta l'esigenza e, di conseguenza, la pratica di esigere un interesse sulle somme di denaro, favorendo la nascita del credito commerciale<sup>77</sup>. Già nel XIV secolo le autorità laiche si preoccupano sempre più della regolamentazione piuttosto che della proibizione dell'interesse, emanando decreti che fissano i saggi massimi di interesse. Nel XV e XVI secolo, con la scoperta di nuove terre, l'esigenza di investimenti che dessero un profitto crescono a tal punto che le dottrine dei canonisti divengono del tutto inadeguate alla realtà economica<sup>78</sup>. È in questa fase che nascono negozi giuridici che cercano di eludere il divieto dell'usura, come il prestito marittimo, la lettera di cambio e la *commenda*, il contratto "trino"<sup>79</sup>.

Le nuove esigenze economiche comportano importanti modificazioni alla teoria dell'usura, come era già accaduto per il "giusto prezzo". Ma la ritirata del principio del diritto canonico è lenta e procede con la concessione di eccezioni piuttosto che con l'abbandono *tout court* del divieto. La più importante di queste eccezioni è la dottrina del *danno emergente*: san Tommaso<sup>80</sup> lo riconosce nei casi in cui il denaro è ottenuto o trattenuto ille-

---

<sup>74</sup> Luca, VI, 35 «Prestare senza sperare niente in cambio, e la vostra ricompensa sarà grande» ed Esodo XXII, 25 «Se presti denaro a qualcuno del mio popolo... non esigerai da lui alcun interesse».

<sup>75</sup> La moneta, secondo Aristotele, nasce come mezzo per facilitare lo scambio legittimo (quello a soddisfazione dei bisogni dei consumatori); conseguenza che ne deriva è la sterilità della moneta. L'usura rende la moneta fruttifera ed è quindi innaturale; LANDRETH H. - COLANDER D., *op. cit.*, 52; LECKACHMAN R., *op. cit.*, 38.

<sup>76</sup> LANGHOLM O., *op. cit.*, 72 e ss.

<sup>77</sup> ROLL E., *op. cit.*, 39.

<sup>78</sup> *Ibidem.*

<sup>79</sup> Su alcuni tipi di contratto al fine di eludere il divieto dell'usura ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 18 e ss.

<sup>80</sup> LANGHOLM O., *op. cit.*, 78.

citamente, oppure nel caso in cui il debitore ritardi nella restituzione del prestito originario; il periodo di mora, tuttavia, diviene sempre più breve cosicché si arriva a dispensare dall'obbligo della gratuità prestiti, qualunque ne fosse la durata<sup>81</sup>. Anche la teoria relativa al *lucro cessante*, rifiutata però da san Tommaso, contribuisce alla caduta del divieto: l'esigenza di reperire capitali per intraprendere iniziative economiche porta a dimostrare che colui che prestava moneta va incontro al rischio di perdere il prestito fatto e per questo può richiedere un compenso. La proibizione permane ancora a lungo per i prestiti che non prevedono alcun rischio o per i prestiti al consumo, per i quali la Chiesa continua a condannare chi si avvantaggia dello stato di bisogno altrui. Le eccezioni al divieto e la sempre più impellente necessità di praticare prestiti onerosi aprono così la strada alla riscossione dell'interesse ed eliminano dalla cultura medievale il timore del dogma teologico che ostacola il progresso economico.

Gli insegnamenti della Chiesa vanno così pian piano a indebolirsi rispetto all'espansione commerciale, fino a trovarsi di fronte all'assoluta impossibilità di regolare la vita economica. Con la fine del diritto canonico, o meglio del suo carattere universale, si gettano le basi per una scienza laica dell'economia, e un altro diritto inizia ad avere un carattere universale uniforme, quello commerciale<sup>82</sup>.

Le questioni etiche sollevate dalla scolastica hanno comunque una certa rilevanza anche oggi: l'attenzione per la giustizia nel sistema dei prezzi è applicabile anche all'attuale sistema economico; sono previste leggi che fissano il tetto massimo dei saggi di interesse; per gli agricoltori sono previsti degli sgravi fiscali, e particolari tutele sono previste per la proprietà agraria; il divieto di patto commissorio è uno strumento a tutela del debitore contro l'approfittamento del creditore.

In questo primo periodo il sistema del diritto commerciale e quello di diritto civile sono agli antipodi: le fonti di produzione sono diverse, l'applicazione del diritto è devoluta a giurisdizioni separate, le regole sono applicate secondo un sistema soggettivo, comportando in sostanza l'esistenza di due autonomi ordinamenti

---

<sup>81</sup> LECKACHMAN R., *op. cit.*, 42, il quale brevemente introduce il pensiero di Sant'Antonio sulla perdita subita o il guadagno sfumato e ROLL E., *op. cit.*, 40 e ss.

<sup>82</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 52-53.

ispirati «uno al tecnicismo dei dotti, l'altro al senso pratico degli operatori giuridici»<sup>83</sup>.

Tuttavia, già in questa fase, l'applicazione di questo diritto consuetudinario viene espandendosi; con l'aumento del potere delle corporazioni, si afferma il principio per il quale poteva adire alla giurisdizione consolare – per una controversia mercantile – anche colui che non è iscritto alla corporazione, quando una delle parti – non importa se attore o convenuto – è un commerciante iscritto alla *matricula mercatorum*<sup>84</sup>. Successivamente si stabilisce che i consoli possono applicare il diritto commerciale, nel dirimere le controversie insorte fra commercianti, anche quando manca l'iscrizione, ritenendo iscritti tutti coloro che esercitano di fatto il commercio<sup>85</sup>. L'espedito per applicare il diritto e la giurisdizione della corporazione dei mercanti anche al di là del suo iniziale ambito è la  *fictio iuris*: si presume mercante, senza che sia ammessa prova contraria, chiunque avesse trattato con un mercante<sup>86</sup>. Il diritto commerciale acquista in questa fase quel carattere di specialità e di autonomia che lo accompagna per molti secoli: prevalenza di questo diritto sugli altri – quello comune e quello canonico – quando esiste il presupposto soggettivo della sua applicazione, coesistenza, invece, negli altri casi; in particolar modo, il diritto comune si applica sia agli stessi mercanti nell'ambito

---

<sup>83</sup> FERRI G., *op. cit.*, 921.

<sup>84</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 38: «il non mercante, o lo straniero, che si fosse rifiutato di sottoporsi alla giurisdizione mercantile perdeva, per il futuro, il diritto di invocare a proprio favore il  *ius mercatorum* e la giurisdizione mercantile: in alcune città subiva l'interdizione da qualsiasi commercio con i membri della corporazione mercantile». ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 7; ROCCO A., *op. cit.*, 18 e ss..

<sup>85</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 37 e ss., NAVARRINI U., *Trattato elementare di diritto commerciale*, cit., 16 e ss. e PADOA SHIOPPA A., *Saggi di storia del diritto commerciale*, cit., 44 e ss.

<sup>86</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 38, ROCCO A., *op. cit.*, 18 e VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 1902, 6.

della loro vita non professionale, sia nei casi in cui è richiamato dallo stesso *ius mercatorum* come fonte integratrice<sup>87</sup>.

La progressiva affermazione del diritto commerciale anche al di là dell'ambito chiuso della corporazione, viene giustificata con la capacità di questo diritto – nato come di classe – di elaborare principi ed istituti suscettibili di applicazione generale, ponendosi come uno strumento giuridico valido in astratto a favorire un generale sviluppo della ricchezza e non solo di interessi di categoria<sup>88</sup>.

#### 4. IL DIRITTO COMMERCIALE NEL PERIODO MERCANTILISTA.

Con l'inizio del XV secolo, si chiude il primo capitolo<sup>89</sup> dell'esperienza giuscommercialistica e si apre un secondo periodo che si fa terminare con la rivoluzione francese. In questa fase, caratterizzata dalla formazione dello Stato nazionale e dalla monarchia assoluta, la vita economica si sposta dalle città italiane – le quali avevano avuto un ruolo fondamentale nel precedente periodo – verso occidente e con essa si sposta anche il centro di propulsione del diritto commerciale<sup>90</sup>. La partecipazione italiana allo

---

<sup>87</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 40.

<sup>88</sup> ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 21 e ss.

<sup>89</sup> La sua storia si può dividere in tre periodi: il primo si apre con l'inizio del XII secolo e si chiude con il 1550, con la scoperta dell'America; il secondo si conclude con la codificazione napoleonica, la quale segna l'inizio del terzo periodo, ASCARELLI T., *Lezioni di diritto commerciale*, Milano, 1955, 20 e ss. La prima sistemazione teorica del diritto commerciale, invece, si ritrova nel *De mercatura* di Benvenuto Stracca del 1553. Nel primo periodo si formano tutti i principali istituti strettamente commercialistici (contratto di assicurazione, contratto di cambio, società in nome collettivo) e tale sviluppo è accompagnato da una elaborazione dottrina particolarmente viva in Italia.

<sup>90</sup> ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 27; FERRI G., *op. cit.*, 922; ROCCO A., *op. cit.*, 20; SPADA P., *op. cit.*, 11.

sviluppo degli istituti di diritto commerciale cede il passo allo sviluppo economico delle monarchie occidentali, quali la Francia, l'Inghilterra, la Spagna e il Portogallo.

Nel corso del 1300 tutta l'Europa è coinvolta in un processo di trasformazione dovuta ad una serie di accadimenti che sembrano quasi l'annuncio di una nuova età di barbarie: l'arresto dell'espansione agricola, i disordini sociali, le lunghe guerre tra Francia e Inghilterra, lo scardinamento delle autorità religiose e la trasformazione dei quadri ideologici e culturali possono far pensare a un decadimento irreversibile. Questa età, che è stata definita il "crepuscolo del Medioevo", non solo segna la fine di un mondo ma rappresenta anche l'aurora di un'età nuova, il Rinascimento<sup>91</sup>. Tra la fine del Trecento e il primo Quattrocento comincia a delinearsi nella coscienza collettiva una maggiore attenzione nei confronti dell'uomo singolo, che non è più soltanto il frammento di un tutto omogeneo, ma un'individualità precisa di cui il potere dei nascenti meccanismi statali deve tenere conto. Il Rinascimento, pur non rompendo con gli insegnamenti della Chiesa, ne mette in discussione l'autorità morale e intellettuale. Tali mutamenti segnano la fine della concezione medievale di una cristianità unificata sotto l'egida della Chiesa il cui potere è diminuito anche dai nuovi Stati che affermano la loro indipendenza. Sul piano economico, il tentativo tomista di controllare il mercato attraverso un sistema di norme morali (come il "giusto prezzo"), miranti ad inquadrare i comportamenti individuali, viene vanificato dallo sviluppo del commercio, della finanza e dell'industria<sup>92</sup>.

Anche se è indubbio che nell'Europa moderna sopravvivono molti concetti dell'economia medievale, è altrettanto certo che tra la vita economica del XII secolo e quella del XV e XVI secolo vi è un profondo divario<sup>93</sup>. Nel Medioevo, l'universalità della Chiesa e del Sacro Romano Impero, sono accompagnate dalla individualità degli uomini che vivono in piccoli gruppi. Sebbene questa non sia del tutto scomparsa, con il delinearsi delle monarchie assolute nell'Età moderna, le piccole unità locali sono subordinate allo Stato, il quale per nuove necessità della sua finanza, è costretto ad occuparsi della vita economica di tutta la nazione<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 24-25.

<sup>92</sup> ROLL E., *op. cit.*, 46.

<sup>93</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 69 e ss.

<sup>94</sup> LUZZATTO G., *Storia economica dell'età moderna e contemporanea*, Padova, 1955-1958, parte prima, 5 e ss.

La nascita delle città, nel corso dell'XI secolo, e l'incremento demografico che ne deriva, modificano profondamente la costituzione politica dell'Europa. Già nel corso del XIII secolo, alcune nazioni come la Francia e l'Inghilterra, per impulso dei loro sovrani, cercano, seppur con difficoltà, di superare le condizioni caotiche e particolaristiche della società feudale in cui il sovrano era tale più di nome che di fatto, e di affermare l'autorità del potere centrale avvantaggiandosi anche della crisi del sistema feudale già da tempo in atto. In tal modo, nelle nazioni dell'Occidente, sia pure con modalità diverse, le monarchie (a volte alleandosi con la borghesia cittadina e la piccola nobiltà, come è accaduto in Francia) aspirano a impossessarsi sempre più saldamente del meccanismo amministrativo, che viene ora commissionato non più a nobili feudatari o funzionari provenienti dalla Chiesa, ma a uomini provenienti dalla borghesia, contrastando così il potere della grande nobiltà laica ed ecclesiastica<sup>95</sup>. Pur faticosamente, si va delineando la pratica di un'aggregazione politica che fa perno su un potere unico ed imparziale che è solo l'embrione di quello che alcuni secoli più tardi sarà lo Stato moderno. In Italia e in Germania, per un complesso di cause tra cui la presenza dell'Imperatore e del Pontefice, non si raggiunge l'unità nazionale, ma si arriva a qualcosa di simile: i Comuni e le repubbliche marinare, sia pure in proporzioni ridotte, seguono un'analogia via di sviluppo delle istituzioni<sup>96</sup>. Le corporazioni medievali volgono verso il declino, perdendo a poco a poco la loro autonomia economica e giuridica; vedendo in esse uno strumento per la propria politica e una fonte di entrate, lo Stato accentratore fa sì che esse e i suoi membri siano un'emanazione statale, senza ricondurle, però, al diritto comune<sup>97</sup>.

La fine del XV secolo segna l'epoca delle grandi scoperte, favorite dai progressi della navigazione, e l'Europa, ripiegata su se stessa durante il Medioevo, si lancia alla conquista del mondo. A partire dal XVI secolo, la conquista si concretizza con la colonizzazione da parte di spagnoli e portoghesi, a cui si aggiungono, in un secondo tempo, francesi, inglesi e olandesi. I flussi di scambio si modificano ed intensificano, sviluppandosi il commercio transatlantico che porta in Europa non solo nuovi prodotti, ma

---

<sup>95</sup> PIRENNE H., *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, cit., 181 e ss.

<sup>96</sup> LUZZATTO G., *Storia economica dell'età moderna e contemporanea*, cit., parte prima, 11 e ss.

<sup>97</sup> *Ibidem*, 14 e ss. e PIRENNE H., *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, cit., 378 e ss.

anche oro e argento. Il centro di gravità del commercio si sposta dal Mediterraneo all'oceano Atlantico<sup>98</sup>.

Lo sviluppo del commercio e delle tecniche finanziarie, già descritto nel precedente paragrafo, è ora arricchito dall'abbondanza di moneta, grazie all'afflusso di metalli preziosi provenienti dall'America; l'aumento delle disponibilità liquide provoca una diminuzione dei tassi d'interesse e un aumento dei prezzi, dando così un nuovo impulso al commercio che si traduce in uno sviluppo degli scambi<sup>99</sup>. Il moltiplicarsi delle occasioni di affari, la più rapida accumulazione della ricchezza, il maggiore utilizzo di capitali per la produzione e gli scambi, porta a una trasformazione della mentalità economica. La monetizzazione dell'economia europea, in altre parole, consolida e sviluppa ulteriormente la classe dei mercanti. Questo cambiamento è dovuto anche alla rivoluzione scientifica che si verifica in questo periodo, la quale, attraverso le nuove scoperte ed invenzioni, comporta un cambiamento nel mondo chiuso del Medioevo; l'Umanesimo italiano, già affermatosi nella prima metà del Quattrocento, è espressione dell'ideologia borghese mercantile e tale rimane quando si diffonde in altri paesi europei; l'importanza e la funzione di questo movimento culturale risiede nel fatto che esso, rifiutando il vecchio criterio gerarchico della società medievale, dà valore al singolo individuo, affermando la sostanziale uguaglianza spirituale degli uomini. Gli umanisti, inoltre, pur ereditando dal mondo classico e dallo stesso cristianesimo un'immagine ideale dell'uomo capace di trascendere dai suoi bisogni materiali, disancorati dai tradizionali schemi teologici, non esaltano le sole attività contemplative, ma anche le attività pratiche, come l'arte, la tecnica e la politica.

Se l'Italia resta al centro per l'attività culturale<sup>100</sup>, la sua posizione economica nel Quattrocento, e ancor di più nel Cinquecento, non è più quella

---

<sup>98</sup> CIPOLLA C., *op. cit.*, 329, LUZZATTO G., *Storia economica dell'età moderna e contemporanea*, cit., parte prima, 37 e ss. e PIRENNE H., *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, cit., 376 e ss.

<sup>99</sup> CIPOLLA C., *op. cit.*, 332-334 e PIRENNE H., *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, cit., 378 e ss.

<sup>100</sup> CIPOLLA C., *op. cit.*, 346 e ss. e PIRENNE H., *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, cit., 364 e ss.; quest'ultimo autore spiega che l'influenza italiana negli altri paesi è dovuta al fatto che «in Italia, le autorità tradizionali che si imponevano tanto alla vita sociale quanto a quella intellettuale, perdono vigore o scompaiono molto prima che nel resto d'Europa. E questo, è in gran parte conseguenza dello straordinario sviluppo della vita urbana. All'inizio, la nobiltà che vive in città, vi trascinata dai continui conflitti della borghesia, ma senza che ce ne si renda conto, prende

che aveva occupato uno o due secoli prima, e le ragioni di questa decadenza economica sono da ricercare, anche, nello spostamento delle vie commerciali dal Mediterraneo all'Atlantico e nei disordini politici interni<sup>101</sup>.

In questo periodo, le fonti legislative e consuetudinarie del diritto commerciale sono meno floride rispetto ai secoli precedenti, e ciò è dovuto all'intervento dello Stato nel campo del diritto e dell'organizzazione corporativa<sup>102</sup>.

Leggi intese a proteggere lo scambio mercantile si possono far risalire ad ogni tipo di governo, e la stessa vita mercantile del medioevo non è mai del tutto indipendente da impostazioni ed interventi pubblici o pseudo-pubblici, ma è solo con l'affermazione degli Stati nazionali del XVI secolo che il diritto commerciale è investito da connotazioni pubblicistiche<sup>103</sup>. La diffusa tendenza alla statalizzazione del diritto commerciale è strettamente connes-

anche l'abitudine di interessarsi al commercio, tanto che, a poco a poco, la distinzione così netta che altrove separa il nobile dal non-nobile si cancella e avvicina una comunanza di costumi e di interessi. [...] E mentre il nobile si spoglia dei caratteri specifici di classe, una trasformazione analoga si compie in seno alla ricca borghesia. Il risultato dei progressi dell'organizzazione economica, dello sviluppo delle società commerciali, del perfezionamento degli strumenti di credito, è prima di tutto quello di pretendere dal banchiere o dall'uomo di affari una formazione intellettuale che non si rileva nei mercanti del nord».

<sup>101</sup> CIPOLLA C., *op. cit.*, 363 e ss., LUZZATTO G., *Storia economica dell'età moderna e contemporanea*, cit., parte prima, 56 e ss. e ss. e PIRENNE H., *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, cit., 378 e ss.; ROCCO A., *op. cit.*, 20 e ss.

<sup>102</sup> ROCCO A., *op. cit.*, 21, il quale osserva che «per compenso divenne considerevole il contributo della dottrina e della giurisprudenza. Appunto nel secolo XVI ebbe inizio una vera letteratura del diritto commerciale. Mentre, nei secoli antecedenti, gli scrittori erano o teorici, principalmente canonisti, che esponevano un diritto commerciale di scuola, non quello vivo e vigente, o commercianti, che si occupavano più della tecnica commerciale che del diritto, col Cinquecento si aprì la serie dei giuristi che esposero ed elaborarono veramente il diritto commerciale».

<sup>103</sup> ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 29; GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 71 e ss.

sa con l'affermarsi dell'indirizzo mercantilista: lo Stato nazionale rivendica sempre più il controllo sulla vicenda mercantile. Le corporazioni alla produzione e al commercio si conservano, ma sono integrate nell'amministrazione statale, diventando uffici decentrati<sup>104</sup>; le norme create dai mercanti non vengono soppresse o modificate, ma accade che la regolazione statale si sovrappone agli usi e alle consuetudini elaborate dalle corporazioni, consolidandoli in testi scritti di emanazione sovrana<sup>105</sup>. Anche la giurisdizione mercantile cessa di essere fatto proprio dei commercianti<sup>106</sup>. Come ben espresso da Spada, «il diritto dei mercanti, nato

---

<sup>104</sup> Per un maggiore dettaglio sulle corporazioni nel periodo dell'assolutismo monarchico cfr. LUZZATTO G., (voce) *Corporazione storia*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, 657, il quale descrive la fioritura delle corporazioni al tempo di Colbert.

<sup>105</sup> La più importante dal punto di vista evolutivo è l'*Ordonnance générale de commerce*, promulgata da Luigi XIV nel 1673, ordinanza anche detta "colbertina" dal nome del ministro delle finanze del tempo Colbert. Nel testo erano fissate le condizioni normative necessarie per l'esercizio lecito del commercio e si prevedeva che solo chi vantasse un certo numero di anni di iscrizione alla Corporazione di appartenenza era abilitato a commerciare. Nel 1681, sempre ad opera di Colbert, all'ordinanza sul commercio terrestre, si affianca quella sul commercio marittimo e nel 1699 viene emanata l'ordinanza sul processo civile. Per un approfondimento sull'*Ordonnance du commerce* GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 57 e ss. Sull'opera svolta da Colbert si rimanda a LUZZATTO G., *Storia economica dell'età moderna e contemporanea*, cit., parte prima, 326 e ss.

L'unificazione del diritto nazionale, già compiuta in Inghilterra alla fine del XV secolo, si trascina nell'Europa continentale fino all'epoca delle codificazioni; tuttavia l'esigenza di unificazione si afferma intensamente in Francia già agli inizi del XVI secolo e si compie per il diritto commerciale nel XVII secolo attraverso l'emanazione delle ordinanze sopra ricordate; per l'unificazione del diritto civile si dovrà, invece, attendere il codice napoleonico. Questa circostanza «ha contribuito a mantenere e a dare un particolare accento alla dicotomia tra diritto civile e diritto commerciale nella tradizione francese», ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 31.

<sup>106</sup> LIBONATI B., *op. cit.*, 4; ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 29 e ss. La giurisdizione mercantile, diventa, dal XVI secolo, emana-

“autonomo” [...] diventa, così, “eteronomo”, diventa diritto pubblico, quanto alla fonte [...] e diventa strumento di una politica economica centralizzata, anticompetitiva e protezionista nota come “mercantilismo”»<sup>107</sup>.

Il termine mercantilismo, coniato dagli economisti tedeschi alla fine del XIX secolo, deriva dalla locuzione “sistema mercantile” usata da Adam Smith per denunciare quelle che considera pericolose confusioni da parte dei suoi predecessori<sup>108</sup>. Nella storiografia contemporanea il mercantilismo comprende sia il pensiero che la politica economica attuata in molti Stati europei tra la fine del XVI secolo e gli inizi del XVIII secolo. Il mercantilismo, come pensiero economico, elaborato – a differenza della scolastica – da mercanti e uomini di affari, non costituisce un sistema rigoroso, perché gli autori definiti tali si differenziano a seconda del luogo e dell’epoca in cui scrivono; tuttavia essi manifestano atteggiamenti e preoccupazioni comuni che li distinguono sia dalla dottrina tomista del Medioevo, sia dalla dottrina classica che si sviluppa fino alla fine del XVIII secolo<sup>109</sup>.

Il mercantilismo nasce come reazione intellettuale ai problemi dell’epoca: il declino del feudalesimo e l’affermazione dello Stato nazionale, conducono a ricerche politiche idonee a favorire la potenza e la ricchezza della nazione; gli autori mercantilisti, abbandonando la prospettiva usata dagli autori del Medioevo di trattare le questioni economiche dal punto di vista della morale divina, cercano di fornire criteri per consolidare e aumentare il potere e la ricchezza economica che si stava sviluppando e affrontano tali questioni sotto due nuove angolazioni: quella dell’arricchimento dei mercanti e della potenza dello Stato<sup>110</sup>. Il metodo di

---

zione della giurisdizione dello Stato, con l’istituzione di Tribunali speciali i quali applicano le norme di diritto commerciale. La giurisdizione mercantile cessa di essere un portato dell’autonomia corporativa e il diritto commerciale ritrova la sua fonte non solo nella consuetudine, ma anche negli interventi legislativi.

<sup>107</sup> SPADA P., *op. cit.*, 11 e GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 56.

<sup>108</sup> LUZZATTO G., *Storia economica dell’età moderna e contemporanea*, cit., parte prima, 294 e ss..

<sup>109</sup> LANDRETH H. - COLANDER D., *op. cit.*, 65 e ss., LECKACHMAN R., *op. cit.*, 44 e ss. e ROLL E., *op. cit.*, 52 e ss.

<sup>110</sup> LUZZATTO G., *Storia economica dell’età moderna e contemporanea*, cit., parte prima, 295.

approccio è essenzialmente pragmatico: partendo dalla medesima ipotesi fatta dagli scolastici che la ricchezza globale fosse fissa, i mercantilisti concludono che il commercio comporta necessariamente che una parte guadagna mentre l'altra perde<sup>111</sup>. A differenza degli scolastici, le attività commerciali vengono messe in valore dai mercantilisti, i quali cercano di dimostrare una profonda affinità di interessi tra il sovrano e i mercanti del regno. Al fine di aumentare la potenza politica ed economica di uno Stato alle spese di un altro, i mercantilisti si concentrano sul ruolo del commercio internazionale come strumento per favorire la crescita economica<sup>112</sup>.

I mercantilisti elaborano, anche, una analisi monetaria che viene chiamata in modo dispregiativo "bullonismo" (amore per il lingotto, dall'inglese *bullions*) o "crisoedonismo" (atteggiamento che fa dipendere direttamente la felicità dal possesso di oro)<sup>113</sup>. Il punto di partenza di quest'analisi risiede nell'idea secondo la quale la potenza del sovrano si basa su una vasta disponibilità di metalli preziosi. Dal momento in cui la riscossione delle imposte permette di alimentare le casse dello Stato, essa è tanto più agevole, quanto più abbondante è la circolazione monetaria del regno. Tuttavia, l'Europa scarseggia di miniere d'oro e la fonte di approvvigionamento di metalli preziosi è costituita, a partire dal XVI secolo, dalle miniere americane, monopolizzate per un certo periodo dalla Spagna. Al fine di assicurarsi tale abbondanza con altri mezzi, i mercantilisti notano che un mezzo efficace è quello di avere una bilancia commerciale attiva<sup>114</sup>, cioè far in modo che il valore delle esportazioni sia superiore a quello delle importazioni, limitando anche il consumo interno. Le transazioni interna-

---

<sup>111</sup> LECKACHMAN R., *op. cit.*, 53.

<sup>112</sup> LANDRETH H. - COLANDER D., *op. cit.*, 67.

<sup>113</sup> LECKACHMAN R., *op. cit.*, 48; ROLL E., *op. cit.*, 60 e ss., il quale osserva che una prima teoria mira a proteggere le riserve di metalli preziosi attraverso un controllo del loro movimento, per mezzo di una regolamentazione del traffico monetario internazionale, con l'ovvia conseguenza politica di impedirne l'esportazione. Ma questi controlli e restrizioni non durarono a lungo per le esigenze di sviluppo del commercio internazionale; l'attività dei mercanti annullò i tentativi di controllare le fluttuazioni dei prezzi e l'uso della cambiale, divenendo un diffuso mezzo di pagamento, rese difficile garantire l'efficacia delle misure di regolamentazione locale.

<sup>114</sup> V. LANDRETH H. - COLANDER D., *op. cit.*, 68, per il concetto di bilancia commerciale e 75 e ss. per i contributi di alcuni autori. ROLL E., *op. cit.*, 66 e ss., il quale riporta anche le idee di Antonio Serra espresse nel suo *Breve trattato delle cause che possono far abbondare li regni d'oro e d'argento* del 1613.

zionali vengono, infatti, pagate in monete d'oro o d'argento, e, quindi, la bilancia commerciale è attiva quando i flussi di entrata dei metalli preziosi superano i flussi di uscita, cosicché la riserva d'oro e d'argento in circolazione nel paese aumenta. Per ottenere un tale risultato è, di conseguenza, necessario favorire l'attività dei mercanti. La politica economica dei mercantilisti ritiene, infine, che i salari devono essere bassi perché sia favorita una competitività maggiore rispetto agli altri paesi, e perché sia evitato che salari sopra la sussistenza conducano a una contrazione della produzione nazionale<sup>115</sup>.

Le soluzioni raccomandate dai mercantilisti sono di tipo chiaramente protezionistico<sup>116</sup>. Favorevoli all'attività dei mercanti, i mercantilisti non sono tuttavia fautori del liberalismo economico, teoria che si svilupperà solo nel XVIII secolo. Essi hanno il merito di aver sostenuto l'intervento dello Stato nell'attività economica del paese al fine di stimolarla ed orientarla nella direzione giusta attraverso diversi tipi di incentivi<sup>117</sup>. Tali provvedimenti rispecchiano, peraltro, il carattere profondamente nazionalistico del pensiero del tempo. Il nazionalismo, nel campo economico, è spesso fortemente intriso di competitività dal momento che il commercio estero è concepito come una continua guerra nei confronti delle potenze rivali. L'idea che lo sviluppo del commercio internazionale possa essere mutuamente vantaggioso è estranea ai mercantilisti.

Va precisato che alcuni autori dell'ultimo periodo del mercantilismo ridimensionano il valore dato al commercio estero e alla moneta nel ruolo dell'economia; tuttavia, è indubbio che una delle caratteristiche principali di questo pensiero è che i *fattori monetari*, piuttosto che quelli reali, sono determinati per il livello di attività economica e per la sua crescita. Solo con Adam Smith e le successive teorie economiche si avrà un'inversione di tendenza<sup>118</sup>.

Il diritto commerciale, con la fine dell'autonomia corporativa dalla quale era nato, passa ad essere diritto dello Stato. Nonostan-

---

<sup>115</sup> LECKACHMAN R., *op. cit.*, 51.

<sup>116</sup> LECKACHMAN R., *op. cit.*, 52.

<sup>117</sup> Ad esempio: limitazione delle importazioni e incentivi all'esportazione di manufatti ma non dei prodotti agricoli o di quelli non lavorati; provvedimenti che favoriscano i commercianti e gli armatori nazionali nel commercio estero del paese; incentivi allo sviluppo delle industrie.

<sup>118</sup> LANDRETH H. - COLANDER D., *op. cit.*, 71.

te avvenga questa statalizzazione, il criterio di applicazione delle norme rimane comunque soggettivo, cioè è applicabile solo in presenza di un commerciante; il diritto commerciale continua ad essere diritto speciale e di classe, soprattutto, per la permanenza di una giurisdizione affidata a Tribunali speciali – seppur istituiti dallo Stato – composti da commercianti affiancati da magistrati<sup>119</sup>.

Anche il diritto commerciale fronteggia l'influenza dell'espansione coloniale, la quale, data la complessità e l'entità delle operazioni, rende necessaria la raccolta di ingenti capitali<sup>120</sup>; l'impronta statale si afferma su queste grandi operazioni commerciali poiché spesso l'iniziativa è del sovrano, sebbene a volte motivata da istanze politiche o di prestigio piuttosto che economiche, e parte del finanziamento necessario è di origine pubblica<sup>121</sup>.

In questo periodo si trovano nuove forme di recepimento del capitale di rischio tra le quali l'appello al risparmio anonimo: con la creazione delle società dotate di personalità giuridica si favorisce l'investimento da parte di soggetti privati, ai quali viene garantita la possibilità di smobilitare il proprio finanziamento senza che quest'ultimo venga, però, sottratto alle risorse dell'impresa.

---

<sup>119</sup> ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 31.

<sup>120</sup> «La colonizzazione divenne un'arma importante per mitigare i rischi del commercio. Gli sforzi da parte dei mercanti e delle compagnie per ottenere il controllo dei lontani paesi con cui commerciavano erano raramente sufficiente a raggiungere il loro scopo. Questi sforzi privati dovettero essere integrati dall'esercizio del potere dello Stato a rafforzare il quale i mercanti contribuivano in larga misura. In tal modo i legami tra interessi commerciali e Stato furono rinsaldati; e l'attività politica dello Stato si rivolse in misura sempre maggiore verso i problemi del commercio», ROLL E., *op. cit.*, 48.

<sup>121</sup> L'impresa coloniale comporta la necessità di ricorrere a nuove forme associative dalle quali si sviluppò la moderna società di capitali. La più importante società costituita a questi fini è la “Compagnia delle Indie Orientali” – sorta in Olanda nel 1602 – alla quale viene attribuita, con riconoscimento dello Stato, la personalità giuridica, GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 61 e ss.

Sorge e si perfeziona il diritto di partecipazione azionaria<sup>122</sup>, che consente il decollo di mercati paralleli a quelli del denaro e delle merci, nei quali vengono scambiati diritti che danno accesso alla ricchezza (mercati oggi detti finanziari), cosicché si può affermare che «impresa produttiva e banca nascono e crescono in una sorta di simbiosi nella quale è il capitale finanziario, pur spesso meno appariscente, a condizionare i movimenti economici»<sup>123</sup>.

L'economia di questo periodo, rispetto al precedente, è ancor più caratterizzata dall'essere volta al credito, e l'elaborazione giuridica si accentra attorno ai problemi di esso e della sua circolazione, affievolendosi sempre più il divieto canonico delle usure<sup>124</sup>: nascono i primi biglietti di banca, si afferma la moneta a corso fiduciario, le banche assumono sempre di più una maggiore funzione di intermediazione del credito, la cambiale, da mezzo di pagamento internazionale, assume la funzione di strumento di mobilitazione del credito; anche gli interessi generalmente ac-

---

<sup>122</sup> L'incorporazione del diritto di partecipazione in un titolo – l'azione – idoneo alla circolazione e la contrattazione avente ad oggetto tali titoli, consentì il decollo dei mercati azionari, portando alla nascita della Borsa; la prima sorge a Burges ma è quella di Amsterdam del XVII secolo che essa si presenta con caratteristiche moderne. Lo sviluppo delle compagnie coloniali e delle società per azioni si collegherà con lo sviluppo di altre borse, quali quella di Londra e di Parigi, nel XVII e XVIII secolo. V. SPADA P., *op. cit.*, 13 e ss.; ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 34 e ss.; FOURQUIN G., *op. cit.*, 316 e ss.; CIPOLLA C., *op. cit.*, 260: «I termini “banca” e “banchiere” compaiono per la prima volta nei cartulari notarili genovesi dei secoli XII e XIII, e si riferiscono ai cambiavalute. Data l'estrema molteplicità di pezzi monetali delle varie città e stati esistente a quel tempo l'attività del cambio era un'attività di notevole importanza nelle maggiori piazze mercantili. Inoltre questi banchieri-cambiavalute operavano come intermediari tra il pubblico e le zecche. Con la fine del secolo XIII, però, nelle piazze maggiori i cambiavalute non si limitarono più alla sola attività del cambio manuale delle specie metalliche, ma cominciarono a raccogliere depositi e a effettuare pagamenti per conto dei depositanti». Si veda anche LOPEZ R., *op. cit.*, 101 e più ampiamente 132 e ss.

<sup>123</sup> LIBONATI B., *op. cit.*, 2

<sup>124</sup> ROLL E., *op. cit.*, 59 e ss.

cettati in Olanda e in Inghilterra vengono largamente ammessi ovunque nella legislazione civile<sup>125</sup>. La partecipazione azionaria, la sua contrattazione nei mercati commerciali, la corsa agli investimenti e la speculazione in borsa – accompagnata dalle contrattazioni speciali – non sono più riservate a coloro che facevano parte delle corporazioni e fin dagli inizi emerge la necessità di proteggere il risparmiatore (come il *Bubble Act* inglese del 1720)<sup>126</sup>.

L'Italia, anche per la mancata formazione dello stato nazionale, non ebbe lo stesso sviluppo economico del resto dell'occidente, ma la dottrina commerciale, che nel nostro paese fiorì rigogliosa, continuò ad avere risonanza internazionale.

## 5. IL PASSAGGIO AD UN SISTEMA OGGETTIVO.

L'ambito di applicazione del diritto commerciale, dopo aver subito un ampliamento dovuto al continuo superamento del rigorismo corporativistico e alla diminuzione della specialità del diritto commerciale rispetto al diritto civile, è destinato ad un'ulteriore estensione dovuta alla Rivoluzione francese; la liberazione della

---

<sup>125</sup> ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 40 e ss.; FERRI G., *op. cit.*, 922.

<sup>126</sup> LIBONATI B., *op. cit.*, 5. Il *Bubble Act* è una storica legge inglese, approvata dal parlamento di Gran Bretagna dopo il crollo della borsa del 1720, avvenuta in seguito alle forti speculazioni sui titoli della *South Sea Company*. Emesso nello stesso anno, il *Bubble Act* subordinava la creazione delle società per azioni alla concessione del parlamento o della corona, impedendo la formazione delle *Bubbles*, cioè società per azioni finanziate da risparmiatori sulla base di progetti spesso ingannevoli e disonesti. Queste società, entrando nel mercato finanziario inglese, esercitavano una forte concorrenza alla *South Sea Company* e alle compagnie maggiori. Nel crollo delle azioni *South Sea Company* rimasero pesantemente coinvolti migliaia di risparmiatori. Il *Bubble Act* fu abolito nel 1825 dal parlamento del Regno Unito e la libera costituzione di società a capitale azionario nuovamente ammessa dalla legge inglese. ALLEN L., *Il sistema finanziario globale: Dal 1750 ad oggi*, Milano, 2000, 14 e ss.

società civile dagli oneri feudali ed ecclesiastici, dai privilegi professionali e dal limitato accesso al mercato provoca una profonda innovazione del diritto, in particolare di quello commerciale<sup>127</sup>. Fino alla metà del Settecento, la classe mercantile è stata una classe volontariamente chiusa, e il sistema soggettivo del diritto commerciale è stato lo strumento per mantenere tale preclusione in risposta, nel Medioevo, alla necessità della politica monopolistica delle corporazioni e, nel periodo mercantilista, alla esigenza del controllo politico sull'attività dei mercanti<sup>128</sup>.

Riprendendo l'idea dei fisiocratici del *lassiez faire*, si introduce il principio del liberalismo economico e la soppressione delle corporazioni (sciolte in Francia nel 1791 e in Toscana già nel 1770) è solo una parte delle trasformazioni a cui andrà incontro il diritto commerciale<sup>129</sup>; in questo periodo si verifica, infatti, la unificazione delle fonti di produzione, cosicché diritto commerciale e diritto civile iniziano a far parte dello stesso ordinamento.

---

<sup>127</sup> Il senso della codificazione civile risiede negli ideali propri della Rivoluzione francese: un diritto uguale per tutti, senza distinzione di classe e «la libertà di accesso al mercato ha come riflesso appunto che chiunque, per avere operato nel commercio, sia assoggettato alle leggi commerciali», LIBONATI B., *op. cit.*, 6. ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 47 e ss.

<sup>128</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 87. Sulla crisi delle corporazioni si rinvia a LUZZATTO G., (voce) *Corporazione storia*, cit., 675.

<sup>129</sup> «L'accentramento monarchico – scrive GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 71 – era stato, essenzialmente, un accentramento amministrativo, attuato con la graduale sostituzione di apparati burocratici periferici, dipendenti dall'esecutivo centrale, alle giurisdizioni della nobiltà feudale. Nel campo del diritto l'accentramento monarchico aveva messo capo al principio, mai integralmente attuato, della statualità e, quindi, della nazionalità del diritto, e dato avvio a un processo, rimasto incompiuto, di statualizzazione delle fonti di produzione giuridica. La borghesia al potere prosegue e porta a compimento questo processo: con il *code Napoléon* diventa diritto dello Stato anche il diritto civile, fino ad allora vissuto come “diritto di ragione” o “diritto naturale”, come tale sottratto all'arbitrio del sovrano, oppure come diritto particolare di classi o di terre, garantito dalle superstiti immunità di origine feudale».

La duplicazione dei codici, tuttavia, riflette ancora la divisione tra ricchezza fondiaria e ricchezza basata sul commercio: il codice civile è il codice del ceto che costruisce il proprio patrimonio sulle rendite derivanti dalla proprietà sia urbana che rurale; nel codice civile non è contemplata l'impresa, ma solo la proprietà ed in particolare quella immobiliare. Il codice del commercio, invece, rimane il diritto della borghesia commerciale e della nascente borghesia industriale<sup>130</sup>.

La differenza tra i due sistemi, abbandonato il sistema soggettivo, è quindi posta su basi oggettive, e il rapporto è riferibile a quello che intercorre tra diritto generale e diritto speciale<sup>131</sup>.

Il terzo periodo della storia del diritto commerciale, che inizia con la Rivoluzione francese e finisce con l'unificazione dei due codici nel 1942, vede il trionfo dell'industria, che è da considerare un fenomeno più economico che tecnico<sup>132</sup>. Lo sviluppo della grande industria, che trova nella rapida riproduzione e mobilitazione del capitale il suo presupposto fondamentale, non sarebbe stato possibile senza il continuo e progressivo aumento del mercato, perché è necessario per l'industriale poter mirare a una vasta clientela al fine di beneficiare dei bassi costi dati dalla produzione di prodotti uniformi<sup>133</sup>. Come per le altre rivoluzioni che si sono verificate nella storia, anche la Rivoluzione industriale è il risultato di una serie di presupposti di varia natura, ed essa stessa, a sua volta, si è rivelata in grado di indurre trasformazioni altrettanto nuove. La Rivoluzione industriale scaturisce da progressi tecnologici, quali l'aumento dell'uso delle macchine in sostituzione della forza dell'uomo, l'uso di nuovi materiali, l'introduzione e

---

<sup>130</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 81 e ss.

<sup>131</sup> FERRI G., *op. cit.*, 922. «L'oggettivazione del diritto risponde a sua volta alla formazione dello Stato nazionale che afferma la sua sovranità nei confronti dei particolarismi dei vari ordini e si ispira al principio di uguaglianza dei cittadini, essendo perciò ostile ad una differenziazione di disciplina giuridica secondo qualifiche oggettive», ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 59.

<sup>132</sup> L'influenza dell'industrializzazione di massa sul diritto commerciale è ben descritta in ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 95 e ss.

<sup>133</sup> LUZZATTO G., *Storia economica dell'età moderna e contemporanea*, cit., parte seconda, 4-5; DETTI T. - GOZZINI G., *Storia contemporanea*, Milano, 2000, 25 e ss.

la diffusione di un nuovo metodo di produzione<sup>134</sup>. Lo sviluppo messo in atto dalla Rivoluzione industriale non crea solo delle nuove classi sociali – gli industriali e i salariati – ma permette anche lo sviluppo del mercato per l’impresa capitalistica.

Anche l’analisi fatta dagli economisti di questo periodo favorisce il cambiamento provocato dallo sviluppo delle industrie; se nella pratica il dominio spetta ancora al mercantilismo, nella teoria comincia a farsi strada, tra la fine del Seicento e l’inizio del Settecento, una nuova corrente di pensiero che, pur traendo le sue origini dalle dottrine allora dominanti, affronta i cambiamenti della vita economica. Poiché la grande industria patisce l’eccessiva regolamentazione in campo economico e la ristrettezza del mercato, imposta dal protezionismo doganale, il nuovo pensiero economico invoca la libertà di commercio interno e la libertà di esportazioni. Gli effetti di tale richiesta iniziano ad arrivare verso la fine del XVII secolo, quando la regolamentazione statale della vita economica comincia a svanire: molte delle restrittive prescrizioni relative alla industria nazionale, ai salari, all’apprendistato, alla produzione, diventano inoperanti con lo sviluppo del sistema delle fabbriche; le regolamentazioni relative al mercato estero volgono verso il declino seppur più lentamente, il cui primo sintomo è la decadenza dai monopoli e lo sviluppo della concorrenza<sup>135</sup>.

Il pensiero economico, prendendo in considerazione i mutamenti prodotti dalla Rivoluzione industriale, sposta l’attenzione dal commercio alla

---

<sup>134</sup> DETTI T. - GOZZINI G., *op. cit.*, 12 e ss.; ma ciò che cambia in modo radicale rispetto al periodo precedente è l’introduzione del sistema di fabbrica. Anche nell’epoca preindustriale si faceva uso di macchine per la produzione manifatturiera: queste macchine erano, però, molto complesse e il processo lavorativo era ancora basato sull’abilità dell’uomo. Nelle fabbriche, invece, il lavoro dell’uomo è al servizio della macchina, la quale scandisce il ritmo del lavoro. Ma il nuovo sistema modificò anche il ruolo dell’imprenditore: nell’industria domestica questo era stato più che altro un mercante che comprava la materia prima e vendeva il prodotto finito; ora il centro della sua attività diventa la produzione. V. anche CIPOLLA C., *op. cit.*, 411 e ss. e LUZZATTO G., *Storia economica dell’età moderna e contemporanea*, cit., parte seconda, 88 e ss.; cfr. anche GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 97, il quale sottolinea che «la “commercializzazione” dei rapporti civili procede a misura che si compie quella profonda, decisiva trasformazione economico-sociale che va sotto il nome di rivoluzione industriale».

<sup>135</sup> LUZZATTO G., *Storia economica dell’età moderna e contemporanea*, cit., parte seconda, 55 e ss.; ROLL E., *op. cit.*, 84 e ss.

produzione, mettendo in discussione il problema dei prezzi e del valore; il problema, fino a quel momento, era stato visto nei termini dello scambio: per gli scolastici era stato un problema di giustizia elaborato con la teoria del “giusto prezzo”; per i mercantilisti lo scambio doveva portare al profitto del mercante al fine di ottenere moneta e così aumentare la ricchezza della nazione. Con l’espansione dell’industria, l’interesse primario degli economisti è rivolto al *laissez faire* proprio dei fisiocratici, come strumento per sostenere la crescita e lo sviluppo della nazione<sup>136</sup>. Il punto di partenza per capire quello che viene definito il *pensiero economico classico*, di cui Adam Smith viene definito il capostipite, è che per gli autori di questa corrente di pensiero, esiste un immanente ordine naturale superiore a qualunque opera dell’uomo e, pertanto, l’intervento dello Stato è visto come dannoso: se si lascia che ogni uomo agisca liberamente per massimizzare il suo profitto, si ottiene il bene comune. Per Smith lo Stato ha pochi compiti: la difesa dalle aggressioni straniere, l’amministrazione della giustizia e del sistema educativo, il mantenimento di istituzioni che non possono essere affidate a singoli individui o a gruppi di individui per mancanza di un profitto adeguato (come, ad esempio la manutenzione delle vie di comunicazione). Applicando l’idea dell’ordine naturale nel campo dell’economia, gli economisti classici diventano strenui oppositori di qualunque ingerenza statale nelle attività riguardanti l’industria e il commercio, in quanto sostengono che l’equilibrio naturale opera al massimo proprio nell’ambito economico. Smith, partendo dal fatto che gli imprenditori non sono spinti da fini altruistici ma dalla ricerca del profitto, dimostra che il capitalista considera il mercato in termini di beni finali e pertanto produce quei beni che sono richiesti al fine di incrementare i propri guadagni; la concorrenza svolge, poi, un ruolo importante perché permette che i beni vengano prodotti a un costo che garantisce al produttore di percepire un guadagno appena sufficiente a coprire i costi di produzione. Infatti, se un settore dell’economia dà un profitto superiore a quello normale, sorgeranno nuove imprese che produrranno quel bene cosicché, di conseguenza, si avrà un calo del prezzo fino ai livelli ordinari. I consumatori, infine, con il loro potere di acquisto mutano l’andamento dei prezzi a seconda delle loro preferenze<sup>137</sup>. La conclusione a

---

<sup>136</sup> LANDRETH H. - COLANDER D., *op. cit.*, 111 e ss.; ROLL E., *op. cit.*, 137 e ss.

<sup>137</sup> «Lo scopo che passa ad essere dominante (e col quale si coordina appunto il libero gioco delle forze economiche e così la rottura dei vincoli tramandati dal medio evo come dall’intervento mercantilista) è quello dell’interesse del consumatore; la battaglia instaurata tra produttori o commercianti si deve svolgere nell’interesse dei consumatori, onde appunto il

cui giunge il liberalismo economico è quello che il mercato non regolamentato è in grado di allocare ottimamente le risorse solo attraverso la concorrenza<sup>138</sup>.

La libertà di iniziativa economica suscita, però, il problema di individuare i destinatari del diritto commerciale, dato che chiunque può diventare mercante e non solo coloro che sono iscritti alla corporazione o in possesso di patente regia<sup>139</sup>. Si diventa, così, commerciante *quoad actum*<sup>140</sup>, e, pertanto, è sottoposto alla giurisdizione speciale anche colui che compie atti di commercio isolati e non solo colui che è iscritto alla *matricola mercatorum*<sup>141</sup>; la

---

carattere d'ordine pubblico della libertà di concorrenza. Il premio concesso dal successo economico deve, nel gioco della concorrenza, ridursi al minimo necessario, perché venga compiuta una iniziativa utile; ad una politica che diremmo oggi autarchica, quale quella del mercantilismo, si contrappongono iniziative liberali sempre più vivaci con un grande sviluppo degli scambi internazionali», ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 52 e anche 110 e ss.

<sup>138</sup> LANDRETH H. - COLANDER D., *op. cit.*, 118-127; ROLL E., *op. cit.*, 141-149. Successivamente nel pensiero economico viene superata l'idea che il sistema possa autoregolarsi e l'attività economica privata viene sottoposta a una disciplina pubblicistica con l'assunzione da parte dello stato o di enti pubblici di gestione delle imprese, sul punto cfr. ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 111.

<sup>139</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 86; SPADA P., *op. cit.*, 15.

<sup>140</sup> L'atto di commercio, che nel linguaggio contemporaneo potrebbe definirsi un'attività, è un modello di comportamento, il quale si lascia scomporre in più comportamenti rilevanti; qualora un comportamento è conforme al modello dell'atto di commercio, la relativa lite è devoluta ai Tribunali di commercio. «Tuttavia la distinzione non è sempre agevole perché mentre l'operazione commerciale in senso economico è sempre commerciale in senso giuridico, le operazioni di beni o servizi sono commerciali solo se assumono la veste di stabili organizzazioni produttive», SPADA P., *op. cit.*, 16.

<sup>141</sup> ASCARELLI T., *Lezioni di diritto commerciale*, cit., 53.

*commercialisation du droit privé* – secondo la formula di George Ripert<sup>142</sup> – ha così inizio.

In Francia, il diritto commerciale viene codificato come era già stato fatto per il diritto civile, sulla scia dei nuovi movimenti ispirati alla uguaglianza giuridica, propria della Rivoluzione francese, e alla libera iniziativa economica, dovuta alla Rivoluzione industriale. L'esistenza dei due codici trova la sua ragion d'essere sia per la considerazione che tale periodo ha del commercio e sia per il fatto che l'unificazione nazionale del diritto commerciale era già avvenuta, attraverso le ordinanze sul commercio marittimo e terrestre. Con la codificazione, che si basa su un sistema oggettivo, il diritto commerciale cessa di essere diritto di classe<sup>143</sup>; il principio generale secondo cui le norme di commercio sono applicabili a determinati atti comporta varie conseguenze: in primo luogo, l'adozione di un sistema che permetta di distinguere quali siano le caratteristiche di questi atti di commercio<sup>144</sup>; in secondo luogo, nonostante la fusione del diritto commerciale nel diritto comune, residuano, nel corpo di quest'ultimo, discipline che si applicano solo a coloro che compiano atti di commercio, e ciò non per esigenze di una classe, ma per quelle dovute alla natura e alla funzione degli stessi atti di commercio<sup>145</sup>. Sopravvivono, infatti, alcune caratteristiche del periodo precedente, e, in particolare, perdura la giurisdizione speciale per le controversie in materia di commercio: il *code Napoléon* del 1807, sancita l'oggettivazione del diritto commerciale, dispone, all'art. 631, che

---

<sup>142</sup> RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme*, Paris, 1951.

<sup>143</sup> ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 48-49.

<sup>144</sup> Il codice di commercio di Napoleone classificava, negli artt. 632 e 633, quattordici categorie di atti che dovevano ritenersi commerciali, indipendentemente dalla persona che li ponevano in essere. Inoltre, si riteneva che le controversie tra negozianti, mercanti e banchieri, relative alle obbligazioni e transazioni tra essi concluse, erano di competenza fissa dei Tribunali di Commercio, non tanto perché si trattasse di controversie tra commercianti, ma perché le obbligazioni tra i soggetti sopra citati si presumevano atti obbiettivi di commercio.

<sup>145</sup> FERRI G., *op. cit.*, 923.

le controversie relative agli atti di commercio sono di competenza dei Tribunali di commercio, qualunque siano le presone tra le quali sono sorte<sup>146</sup>.

Le invasioni francesi introducono anche in Italia il *code Napoléon*, dal quale traggono ispirazione le varie codificazioni degli Stati Italiani, dopo la fine del dominio francese. Con l'unità d'Italia, l'opera di unificazione investe anche la legislazione commerciale: nel 1865 viene promulgato il codice di commercio, modellato su quello Albertino del 1842, che a sua volta si rifà al modello francese. Il primo codice di commercio ha, tuttavia, vita breve, poiché presto si avverte l'esigenza di una sua riforma; il nuovo codice di commercio del 1882, pur rimanendo fedele all'impostazione francese, trae spunto anche dalle legislazioni tedesca e belga<sup>147</sup>.

Anche in Italia, fino al 1888, i Tribunali di Commercio restano l'ultimo residuo del sistema soggettivo ormai superato; in tale anno, con legge speciale, le controversie commerciali sono devolute ai Tribunali ordinari – pur persistendo alcune differenze tra il processo commerciale e quello civile<sup>148</sup>.

È, tuttavia, importante sottolineare che, nonostante la codificazione, permane l'autonomia del diritto commerciale rispetto al diritto civile la quale si ritrova nella gerarchia delle fonti<sup>149</sup>: la norma di diritto commerciale – sia scritta che consuetudinaria – prevale su quella di diritto civile che disponga diversamente.

L'estensione dell'ambito di applicazione delle norme di diritto commerciale va ricercato, secondo Ascarelli, «nella progressiva oggettivazione del diritto commerciale, che a sua volta trova corrispondenza in una generale oggettivazione del diritto. Il diritto si applica agli atti oggettivamente considerati prescindendo dalla

---

<sup>146</sup> ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 55.

<sup>147</sup> ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 62-63; NAVARRINI U., *Trattato elementare di diritto commerciale*, cit., 22.

<sup>148</sup> ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 73.

<sup>149</sup> FERRI G., *op. cit.*, 923.

qualifiche oggettive; a diritti diversi secondo le varie classi si sostituisce un diritto uniforme per i soggetti»<sup>150</sup>.

## 6. LA COMMERCIALIZZAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO E I RAPPORTI TRA IL CODICE CIVILE DEL 1865 E IL CODICE DI COMMERCIO DEL 1882.

Il codice del 1882, rispetto al precedente, accentua l'oggettività del sistema: gli atti di commercio, arricchiti di nuove figure, vengono disciplinati indipendentemente dalla funzione di individuare la competenza dei tribunali di commercio<sup>151</sup>.

Nell'art. 3 vengono elencati gli atti considerati oggettivamente commerciali, indipendentemente dalle persone che li hanno posti in essere. All'articolo 4, si suppongono commerciali, salvo prova contraria, tutti gli atti compiuti da un commerciante a meno che non risultino atti essenzialmente civili (detti anche atti di commercio soggettivi). Alcuni Autori<sup>152</sup>, avanzano, così, l'ipotesi che il sistema del codice di commercio del 1882 non è completamente oggettivo, ma che si tratti di un sistema misto.

Nel nuovo codice di commercio si trovano, accanto ad istituti disciplinati esclusivamente dal diritto commerciale, altri istituti regolati dal diritto commerciale e dal diritto civile. La duplicità di sistemi normativi riproduce «l'antica duplicità di sistemi di diritto privato, concorrenti fra loro nella disciplina delle medesime materie, un conflitto di norme e di giurisdizioni, che è l'espressione di

---

<sup>150</sup> ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 59.

<sup>151</sup> ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 63.

<sup>152</sup> NAVARRINI U., *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, Torino, 1913, 28 e ss.; MARGHERI A., *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 1910, vol. 1, 79 e FRANCHI L., *Commentario al codice di commercio*, Milano, 1900, 51. Per la ricostruzione del particolarismo del diritto commerciale si rinvia a GROSSI P., *Note introduttive: vocazione corporativa e vocazione globale del diritto commerciale*, in ROSSI S. - STORTI C. (a cura di), *Le matrici del diritto commerciale tra storia e tendenze evolutive*, Varese, 2009, 12 e ss.

un sottostante conflitto di classe, fra borghesia fondiaria (e superstita, o nuova nobiltà terriera) e borghesia mercantile, fra ragioni della rendita e quelle del profitto»<sup>153</sup>.

Il conflitto tra norme viene in rilievo per gli atti misti in cui l'atto era civile per una parte e commerciale per l'altra; il codice di commercio italiano del 1882 risolve la contrapposizione stabilendo che l'unilaterale commercialità del negozio comporta che esso sia completamente disciplinato dal diritto commerciale (artt. 54 e 870 c. comm.)<sup>154</sup>. L'art. 1 del codice di commercio, pone, infine, il diritto civile come fonte subordinata di diritto commerciale, disponendo che in materia di commercio si devono osservare le leggi commerciali e gli usi, solo in mancanza dei primi due si fa ricorso al diritto civile.

Sulla base di queste indicazioni normative la dottrina del tempo discusse della posizione del diritto commerciale di fronte al diritto civile. Il carattere di diritto eccezionale, da sempre conferito al diritto commerciale, nei confronti di quello civile è messo in discussione da parte della dottrina<sup>155</sup>. Si nota come il diritto commerciale sia in espansione e in grado di assorbire le norme del di-

---

<sup>153</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 88.

<sup>154</sup> Se da un lato, l'assicurazione, le società anonime, la cambiale sono disciplinate esclusivamente dal diritto commerciale, nonostante a volte lo scopo sia civile, dall'altro, alcuni istituti, come la vendita e il mutuo sono disciplinati ora dal diritto civile ora dal diritto commerciale. L'applicazione della disciplina commerciale o civilistica è fatta dipendere, nel sistema dei due codici, da requisiti che non attengono al tipo di atto ma ai motivi, all'accessorietà giuridica o alla connessione economica. Tutti gli atti compiuti da commerciante si presumono commerciali, salvo prova contraria o salvo che si trattasse di atti necessariamente civili, come i rapporti di famiglia; ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 71 e ss.; GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 89.

Il codice di commercio del 1882, inverte lo stato delle cose previsto dal precedente codice del 1865, il quale disponeva che le obbligazioni nascenti dal contratto sono commerciali o civili a seconda della persona del convenuto.

<sup>155</sup> FERRI G., *op. cit.*, 923.

ritto delle obbligazioni; ma si avanza anche la preoccupazione<sup>156</sup> che, se davvero il diritto commerciale è un diritto speciale, bisogna escludere la sua applicazione analogica, secondo quanto previsto dall'art. 4 delle disposizioni preliminari al codice civile del 1865.

Per giustificare l'ampia applicazione analogica, alcuni Autori<sup>157</sup> configurano il diritto commerciale come un *tertium genus* tra diritto comune e diritto speciale. Un'altra corrente della dottrina<sup>158</sup>, invece, ritiene che è necessario, fare una distinzione tra le norme di diritto commerciale: una categoria di esse si trova nel codice di commercio solo occasionalmente e, pertanto, queste norme possono avere portata generale non essendo altro che sviluppi di principi del diritto civile (come ad es. art. 36 del cod. comm.); un'altra categoria di norme, invece, si deve considerare diritto eccezionale in quanto deviazione ai principi generali di diritto civile. Queste norme, benché eccezionali, devono ritenersi organicamente riunite in un *sistema autonomo*, basato su propri principi che sono, all'interno del sistema commerciale, principi generali. Si conclude, così, che anche le norme di diritto commerciale, nell'ambito del sistema autonomo sono suscettibili di applicazione analogica.

La disputa, come osserva Navarrini<sup>159</sup>, era più di termini che di sostanza. Il risultato finale è, infatti, univoco nonostante fosse raggiunto per due vie diverse: il diritto commerciale costituisce un sistema distinto e autonomo nei confronti del diritto civile, avendo proprie fonti normative e una propria sfera di applicazione nella quale i rapporti venivano regolati da principi diversi da quelli di diritto civile.

---

<sup>156</sup> FRANCHI, *op. cit.*, cit., 4

<sup>157</sup> FRANCHI, *op. cit.* 3 e VIDARI, E. *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1900-08, 93.

<sup>158</sup> NAVARRINI U., *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, cit., 55. ROCCO A., *op. cit.*, 57-58.

<sup>159</sup> NAVARRINI U., *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, cit., 55

Questa distinzione di sistemi normativi, secondo un'autorevole dottrina comunemente accettata<sup>160</sup>, trova la propria giustificazione nella realtà economica e nella profonda diversità di esigenze della materia di commercio rispetto a quelle della materia civile: si riporta, cioè, alle naturali differenze di struttura esistenti tra economia industriale e commerciale, disciplinate dal diritto commerciale, ed economia agraria, compresa nell'ambito del diritto civile, i termini della questione<sup>161</sup>.

L'idea che il codice civile e il codice di commercio dovessero essere separati si poggia anche sulla considerazione che i rapporti civili, spesso fortemente connotati da un carattere pubblicistico, come in tema di stato e capacità delle persone, hanno una regolamentazione necessariamente diversa nei vari Stati e hanno un certo grado di stabilità. Il diritto commerciale, invece, necessita di essere modificato frequentemente anche per rispondere ad una uniformità sovranazionale<sup>162</sup>.

Questo stato di cose non è condiviso però da tutti, ed in particolare da Cesare Vivante il quale osserva che la divisione fra diritto commerciale e diritto civile appare faticosa ed incerta, poiché i principali istituti commercialistici sono divenuti nella pratica strumenti ordinari di diritto civile. La separazione, inoltre, reche-

---

<sup>160</sup> ROCCO A., *op. cit.*, 65 e ss.; NAVARRINI U., *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, cit., 55.

<sup>161</sup> FERRI G., *op. cit.*, 924. Osserva ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, cit., 74: «Piuttosto che a una posizione peculiare dell'attività commerciale, si finiva in realtà per far capo, nell'ambito del diritto delle obbligazioni, a una peculiare posizione dell'agricoltura che traeva dalle sue origini un accento che la faceva avvicinare alle attività di godimento e di consumo, contrapponendola all'attività "speculativa" del commerciante, facendo così quasi passare in seconda linea la destinazione dei suoi prodotti di mercato».

<sup>162</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 100; GOLDSCHMIDT L., *Storia universale del diritto commerciale*, cit., 13, il quale scrive: un diritto commerciale cosmopolita è concepibile, mentre il diritto civile non può in generale superare un certo confine territoriale». Sulla confutazioni a tali critiche si veda VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, cit., 28 e ss.

rebbe pregiudizio alla certezza del diritto, perché spesso è dubbio se una causa deve essere considerata civile o commerciale<sup>163</sup>. Si afferma, poi, che il dominio del diritto commerciale sull'intera attività giuridica di un individuo, costringe il non commerciante a subire le norme di un codice di classe, fatto esclusivamente per favorire i commercianti, e soprattutto, a subire gli usi commerciali che, formati dai commercianti nel loro esclusivo interesse, potrebbero essere ignorati dal colui che commerciante non è (chiamato da Vivante anche consumatore)<sup>164</sup>.

In altri termini, l'oggettivazione del diritto commerciale, secondo Vivante, avrebbe creato solo la parvenza di un sistema giuridico basato sull'uguaglianza e sull'unità del soggetto di diritto. Il fatto che al privato cittadino è applicata una legge diversa a seconda che contratti con un commerciante o meno, fa tramontare il mito della legge uguale per tutti proprio della Rivoluzione francese. Le codificazioni dell'Ottocento fanno, da un alto, così rivivere un diritto profondamente disuguale con la rinascita di un nuovo particolarismo giuridico di fonte ora statutale e, dall'altro, comportano che il diritto commerciale torni ad essere un diritto di classe<sup>165</sup>.

---

<sup>163</sup> VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, cit., 18.

<sup>164</sup> VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, cit., 17, il quale osserva che «il legislatore ha fatto di più favore ai commercianti, poiché ha delegato ad essi una parte del proprio potere legislativo, scrivendo nel codice un articolo che dice: gli usi commerciali varranno come legge per tutti quelli che contrattano coi commercianti. E siccome fra questi usi ve n'ha molti introdotti d'accordo fra i commercianti all'ingrosso per gabbare i consumatori, così questi son costretti a farsi gabbare in forza della legge che consacra la consuetudine».

<sup>165</sup> «Siccome il codice di commercio contiene esclusivamente le norme che il commercio, specie il grande commercio, si è venuto creando per proteggere i propri interessi così si costringono tutti i cittadini che contrattano coi commercianti (art. 54) a subire una legge che è fatta a favore di questa classe, infinitamente meno numerosa. Il nostro legislatore chiamò a compilare il nuovo codice gli industriali, i banchieri, gli assicuratori, i rappresentanti delle grandi società ferroviarie, le Camere di commercio, tutrici, anch'esse, del grande commercio, gli uomini che nella professione,

Su queste critiche si basa la proposta di un *codice unico delle obbligazioni*, sull'esempio del codice svizzero del 1881, un codice che fosse in grado di ricomporre il conflitto tra i due codici e di ristabilire l'uguaglianza tra i consociati. La proposta suscita una vasta polemica, la quale sembra essere superata con i primi progetti di riforma del codice di commercio che seguono l'impostazione di quello del 1882 e che si chiuse definitivamente con la conversione di Vivante alla tesi della necessità di un diritto commerciale autonomo<sup>166</sup>.

## 7. L'UNIFICAZIONE LEGISLATIVA DEL CODICE CIVILE E DEL CODICE DI COMMERCIO.

Si sviluppa, invece, un nuovo movimento dottrinario che, sempre criticando il sistema vigente, porta nel 1940 alla stesura di un nuovo progetto di codice di commercio. La critica principale al codice vigente è rivolta all'atto obiettivo di commercio: inteso quale atto isolato di speculazione, esso non sembra più adeguato alla nuova struttura organizzativa che aveva assunto l'attività commerciale: quella di impresa<sup>167</sup>. Si ritiene, quindi, che il commercio dovesse essere rilevante solo quando fosse organizzato

---

nell'insegnamento erano abituati a difenderne gli interessi, e poi disse ai consumatori: ecco il codice che deve valere anche per voi. Quindi, n'è uscita una legge di classe, che lascia senza sufficiente tutela chi tratta coi commercianti», VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, cit., 14. Sul punto cfr. anche GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 91.

<sup>166</sup> VIVANTE C., *L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, I, 572. Sul codice del commercio del 1882 si rinvia a PADOA SHIOPPA A., *Saggi di storia del diritto commerciale*, cit., 157 e ss. e a MAISANO A., *Il movimento di riforma del codice di commercio a cavallo tra i due secoli*, in *AA.VV., 1882-1982 – Cento anni dal codice del commercio*, Milano, 1984, 233.

<sup>167</sup> Sul punto si veda in particolare MOSSA L., *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, 233 e ss. e ID., *Per il nuovo Codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, I, 16 e ss.

nella forma dell'impresa e il diritto commerciale, di conseguenza, dovesse essere diritto delle imprese. La base organizzativa unitaria su cui ricostruire il diritto commerciale è, per tale dottrina, il concetto di impresa, tanto da ricomprendervi anche le imprese agricole se organizzate commercialmente; il diritto civile, invece, rimane destinato a regolare tutti gli atti non organizzati ad impresa.

Il progetto di codice di commercio del 1940, rifacendosi a queste idee, impronta il diritto commerciale sull'attività di impresa; tuttavia questo codice non entrò mai in vigore, in quanto tutta la disciplina relativa ai rapporti privati viene riunita in un unico testo legislativo, il codice civile del 1942.

Il dato peculiare consiste nel fatto che l'unificazione non è stata un accostamento tra la materia civile e quella commerciale, ma l'unificazione è stata anche normativa, estendendo i principi propri del diritto commerciale a tutta la materia delle obbligazioni e del contratto in generale. La generalizzazione dei principi, delle norme e degli istituti del diritto commerciale, nota anche come *commercializzazione del diritto privato*, ha portato così alla soppressione della duplicità di disciplina dello stesso atto riscontrata nel sistema previgente.

L'unificazione dei codici non è dovuta a motivi scientifici, ma a ragioni di carattere politico e ideologico. Il carattere classista del codice di commercio – denunciato da Vivante – mal si concilia con le posizioni ideologiche del fascismo, che proclama di voler superare ogni conflitto di classe<sup>168</sup>. Il *favor* espresso dal legislatore nei confronti della commercializzazione del diritto privato, è

---

<sup>168</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 103 e ss., il quale sottolinea che l'unificazione dei codici ha, di nuovo, solo formalmente creato una legge uguale per tutti: con la commercializzazione del diritto privato si è accentuata la subordinazione degli interessi della proprietà a quelli dell'impresa, sancendo così la sconfitta delle classi fondiarie. Cfr. anche VALERI G., *Manuale di diritto commerciale*, cit., 8; SPADA P., *op. cit.*, 25; OPPO G., *Codice civile e diritto commerciale*, cit., 227. PADOA-SCHIOPPA A., *Dal code napoléon al codice civile del 1942*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 543 e ss.

dovuto anche a ragioni di ordine economico: il forte ritardo dello sviluppo capitalistico in Italia. Nel nostro paese, infatti, il capitalismo non si era formato spontaneamente ma su spinta dello Stato, il quale, attraverso la politica economica (commesse dello Stato, incentivazione della produzione, nazionalizzazione di imprese), aveva iniziato il processo di accumulazione capitalistica. La creazione di un codice unico, improntato su quello del commercio, vuole, quindi, raggiungere l'obiettivo di capitalizzare «la società italiana, in ogni sfera di rapporti, civili oltre che commerciali»<sup>169</sup>.

## **8. LA QUESTIONE DELL'AUTONOMIA DEL DIRITTO COMMERCIALE: CENNI.**

Sia durante la preparazione che dopo la promulgazione dell'attuale codice civile, la dottrina si chiese se potesse ancora

---

<sup>169</sup> GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 106; FRANCESCHELLI R., *Imprese e imprenditori*, Milano, 1970, 6 e ss.; ASQUINI A., *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1941, 431: «A differenza quindi dell'unificazione del diritto civile e commerciale operata in altri paesi, che è stata guidata da uno spirito conservatore e che perciò ha compromesso, se non sacrificato, i principi informatori del diritto commerciale (caratteristico l'esempio del codice svizzero delle obbligazioni), la rifusione nel nuovo codice civile italiano della materia civile e commerciale è avvenuta secondo uno spirito molto più prossimo a quello del diritto commerciale, che a quello del diritto civile. Sarebbe certamente erroneo interpretare la riforma come una semplice commercializzazione del codice civile; perché il piano e lo spirito del nuovo codice sono il piano e lo spirito del nuovo ordinamento corporativo. Ma sarebbe non meno erroneo considerare la riforma come una eclissi dei principi informatori del diritto commerciale. Nel sistema del nuovo codice civile, questi principi rivivono su un piano più alto, dominando con la loro linea tutta la materia del nuovo diritto dell'economia». Si rinvia anche al recente studio di BUTTARO L., *L'autonomia del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 421.

considerare il diritto commerciale come un diritto dotato di autonomia<sup>170</sup>.

Alcuni Autori sostengono che anche con la nuova codificazione, il diritto commerciale può essere considerato come un sistema autonomo ricostruendo la sua autonomia attorno alla nozione di impresa, essendo eliminato solo l'atto oggettivo di commercio<sup>171</sup>. La materia del diritto commerciale, anche con la nuova codificazione manterrebbe la sua organicità, comprendendo la disciplina dell'impresa commerciale e delle società; dell'azienda commerciale e della concorrenza; dei contratti tipici dell'impresa commerciale. Anche se è vero che con l'unificazione dei codici si è perso il carattere dell'eccezionalità, permane il carattere della

---

<sup>170</sup> Favorevoli alla tesi dell'autonomia del diritto commerciale sono, sia pure in vario senso: VALERI G., *Manuale di diritto commerciale*, cit. 8 e ID., *Autonomia e limiti del nuovo diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 24; ASQUINI A., *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, cit., 429; ASQUINI A. - CARNELUTTI F. - MOSSA L., *Sulle nuove posizioni del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1942, 65; LA LUMIA I., *L'autonomia del nuovo diritto delle imprese commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1942, p. 1; MOSSA L., *La nuova scienza del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, p. 439; MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano 1952, vol. 1, 7. Contrari all'autonomia del diritto commerciale, FERRARA F. jr., *op. cit.*, 14 e ss.; ASCARELLI T., *Lezioni di diritto commerciale*, cit., 89 e ss.; GRECO P., *Il diritto commerciale tra l'autonomia e la fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, I, 1, ID., *Aspetti e tendenze odierne del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 337; FERRI G., *Revisione del Codice civile e autonomia del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, I, 96 e ss.

Sul pensiero di tali Autori si rinvia a COTTINO G., *L'impresa nel pensiero dei Maestri degli anni Quaranta*, in *Giur. comm.*, I, 2005, 5.

<sup>171</sup> Cfr. ASQUINI A., *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, cit., 432: «Il settore commerciale nel sistema del nuovo codice civile, non può essere dunque ricercato nel sistema degli *atti*, isolatamente considerati, ma va ricercato nella sfera della disciplina professionale dell'*impresa*».

specialità che giustifica ancora l'autonomia del diritto commerciale<sup>172</sup>.

Parzialmente diversa è l'opinione di altri Autori, i quali ritengono che il diritto commerciale non sia diritto dell'impresa ma una parte del diritto civile, la quale, al pari della materia delle successioni e del diritto di famiglia, ha le sue norme regolatrici: le norme di carattere eccezionale (che disciplinano esclusivamente i rapporti commerciali e derogano al diritto comune); le norme speciali (che pur non derogando al diritto comune di disciplinano esclusivamente i rapporti e gli istituti di carattere commerciale); le norme di prevalente carattere commerciale (che si applicano principalmente ai rapporti commerciali ma che talvolta trovano applicazione anche nei rapporti civili). Il contenuto di tale complesso di norme costituisce comunque per tale dottrina un sistema autonomo con propri principi fondamentali, che lo distaccherebbe dal diritto civile<sup>173</sup>.

La tesi dell'autonomia giuridica del diritto commerciale è stata, però, duramente criticata. Si è osservato che la ricerca delle norme specificamente destinate alla disciplina dell'attività commerciale non porta alla costruzione di sistema organico di norme caratterizzato da principi propri<sup>174</sup>. Per poter parlare di autonomia di

---

<sup>172</sup> Cfr. ASQUINI A., *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, cit., 438.

<sup>173</sup> Tra i principali sostenitori di tale tesi VALERI G., *Autonomia e limiti del nuovo diritto commerciale*, cit., 31 e ss.; ID., *Manuale di diritto commerciale*, cit. 10, ove si legge: «L'adottata tripartizione delle norme regolatrici del diritto commerciale chiarisce già di per sé, quale sia la posizione sistematica del diritto commerciale di fronte al diritto civile. Il diritto civile, la branca principale e più vasta del diritto privato, contiene le norme applicabili ai rapporti fra privati *in quanto tali*, ossia ha valore di diritto privato *generale*. È naturale chiamare il diritto commerciale, e noi lo abbiamo chiamato (n. 6), diritto privato *speciale*: esso disciplina, infatti, una determinata serie di rapporti fra privati, *in quanto* cioè si tratta di *rapporti commerciali*».

<sup>174</sup> FERRI G., *Revisione del Codice civile e autonomia del diritto commerciale*, cit., 97.

un sistema occorre che esso si basi su principi differenti da quelli che presiedono altre norme: la diversità di principi non deve solo risiedere nell'oggetto della materia, ma deve portare alla possibilità di far pervenire, da quei principi, metodi di interpretazione e di integrazione che siano in contrasto con i principi generali<sup>175</sup>; tale caratteristica mancherebbe alle norme relative all'impresa commerciale, le quali sono norme poste da una legge generale. Si nega così l'autonomia del diritto commerciale.

Nell'ordinamento attuale, il diritto commerciale è quindi considerato come un complesso di norme che si differenziano solo per la specialità della materia trattata. Pur essendo discussa l'autonomia giuridica del diritto commerciale sotto il profilo formale, in dottrina è generalmente ammessa l'autonomia scientifica e didattica<sup>176</sup>. La distinzione tra diritto commerciale e diritto civile va ricercata nel metodo di studio: nel secondo i rapporti sono studiati sotto il profilo statico, mentre nel primo vengono studiati sotto il profilo dinamico.

Ma recentemente, il diritto commerciale sembra rivivere, pur sotto altre sembianze, l'antica specialità<sup>177</sup>: nei rapporti contrattuali la presenza di un imprenditore o, meglio il fatto che il rapporto si insinui nell'attività di impresa, comporta con sempre maggiore intensità, il bisogno che le regole proprie del diritto civile ormai commercializzato siano abbandonate per favorire, non tanto i traffici giuridici, ma la stabilità del mercato in cui quei

---

<sup>175</sup> FERRARA F. jr., *op. cit.*, 15 e GRECO P., *Il diritto commerciale tra l'autonomia e la fusione*, cit., 5.

<sup>176</sup> FERRI G., *op. cit.*, 925; GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, cit., 12, il quale osserva che la dottrina commercialistica continua, come in passato, ad elaborare separatamente le proprie categorie.

<sup>177</sup> BUONOCORE V., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, 13 «la massa normativa postcodicistica regolante settori disciplinati non solo per tradizione, ma anche in questo caso per comune opinione, inquadabili nell'ambito del diritto commerciale, è di tale corposità, e da un punto di vista qualitativo e da un punto di vista metamente quantitativo, da costruire, pur mantenendo le sembianze della “specialità legislativa”, un vero e proprio novello codice di commercio».

rapporti si svolgono, tanto che, si è parlato di *ricommercializzazione del diritto commerciale*<sup>178</sup>.

L'indagine di questa nuova tendenza deve pertanto proseguire prendendo in considerazione uno aspetti che sembra avere un'ulteriore specialità nell'ampia materia del diritto commerciale, quello della contrattazione di impresa.

---

<sup>178</sup> PORTALE G.B., *Tra responsabilità della banca e «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, in *Jus*, 1981, 142.



# CAPITOLO I

## PARTE SECONDA

### **INQUADRAMENTO E STORIA NORMATIVA DEI CONTRATTI DI IMPRESA**

SOMMARIO: 1. Criteri di inquadramento della contrattazione di impresa. – 2. La materia dei contratti nel rigore del codice di commercio del 1882 e del codice civile del 1865. – 3. Il codice civile del 1942 e l'individuazione della categoria dei contratti commerciali all'interno del sistema unitario del codice civile. – 4. La riemersione dei contratti di impresa. Fonti e cause. – 4.1. La legislazione speciale. – 4.2. La legislazione internazionale e comunitaria. – 4.3. Il codice dei consumatori. Cenni. – 4.4. La *lex mercatoria*. – 4.5. I principi di *Unidroit*. – 4.6. Il diritto europeo dei contratti. Cenni. – 5. Prime considerazioni.

#### **1. CRITERI DI INQUADRAMENTO DELLA CONTRATTAZIONE DI IMPRESA.**

Ancora oggi in molti manuali di diritto commerciale<sup>1</sup> si trova una sezione dedicata ai contratti di impresa che raggruppa, secon-

---

<sup>1</sup> Comprendono la contrattazione di impresa all'interno della più ampia trattazione del diritto commerciale: GALGANO F., *Diritto Commerciale. L'imprenditore. Impresa Contratti d'impresa. Titoli di credito. Fallimento*, Bologna, 2008; CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, 3, *Diritto dell'impresa*, Torino, 2008; PRESTI G. - RESCIGNO M., *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2007; BUONOCORE V. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2006; COTTINO G., *Diritto commerciale*, II, Padova, 1996; FERRI G.B., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1993; sui contratti commerciali in genere si rinvia a: CAGNASSO O. - COTTINO G., *Contratti commerciali*, Padova, 2009; BREGOLI A., *I contratti di impresa*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 140; CAPO G., (voce) *Contratti d'impresa (evoluzione recente)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2008, 1; FALZEA A., *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 1; CIAN G., *Contratti civili, contratti commerciali e contratti di impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 849; OPPO G., I

do un orientamento tradizionale, «una pluralità di contratti qualificati dal fatto di realizzare (o di concorrere a realizzare) la esplicazione di quella attività umana che è l'attività di impresa (e particolarmente, d'impresa commerciale)»<sup>2</sup>.

Il fatto stesso che, anche dopo l'unificazione del codice civile e di quello commerciale, in molte opere sia prevista una parte riser-

*contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 841; ID., *Note sulla contrattazione di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 629; COTTINO G. (a cura di), *Contratti commerciali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano F., XVI, Padova, 1999; BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000; BUONOCORE V. - LUMINOSO L. (a cura di), *Contratti d'impresa*, Milano, 1993; DALMARTELLO A., *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962;

<sup>2</sup> DALMARTELLO A., (voce) *Contratti di impresa*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 1. Nel proseguo del presente scritto si utilizza la locuzione *contratti d'impresa* nel senso più ampio – riferendosi sia ai contratti in cui è presente un imprenditore sia ai contratti funzionali per lo svolgimento dell'attività d'impresa – prescindendo dalla distinzione tra *contratti d'impresa* e *contratti delle imprese*, presente nello scritto di Dalmartello appena citato secondo cui «il confronto fra le due locuzioni rende evidente che, mentre quest'ultima (*contratti "delle imprese"*) fa perno sul solo fatto della partecipazione di un imprenditore al contratto – considerata, a questo proposito, la parola “impresa” come sinonimo di “imprenditori”, nel profilo soggettivo del termine, secondo la metonimia segnalata da Asquini – la locuzione *contratti "d'impresa"* fa perno sul fatto che sono contratti caratterizzati non solo dalla partecipazione dell'imprenditore, ma anche (e più restrittivamente) del fatto che attraverso essi si esplica e realizza la specifica e oggettivamente qualificante attività d'impresa; perciò rientranti – come più circoscritto sotto gruppo (per il quale era stata proposta la denominazione di “contratti qualificativi”) – nel più vasto raggruppamento dei contratti “delle imprese”: comprensivo, come tale, anche di altri sotto-gruppi, e segnatamente di quelli attinenti alla costituzione e alla organizzazione della impresa, al ordinamento della sua attività con quella di altra imprese e alla crisi dell'impresa». Sull'utilizzo della locuzione *contratti commerciali* come contratti conclusi nell'esercizio delle imprese commerciali si rinvia a VALERI G., *Brevi note per lo studio del nuovo diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 137. Per l'utilizzo di altre espressioni, invece, si rinvia a OPPO G., *Note sulla contrattazione di impresa*, cit. 630.

vata alla trattazione dei *contratti d'impresa*, permette fin da subito di dare risposta positiva ad un quesito preliminare: se sia utile, anche nel diritto vigente, una considerazione d'insieme dei contratti che svolgono un ruolo importante nell'attività di impresa.

Pertanto, parte della dottrina, ha indirizzato i suoi sforzi per studiare la disciplina di quei contratti che individua come commerciali, cioè dei contratti che presuppongono la presenza di un imprenditore o che sono funzionali per lo svolgimento dell'attività di impresa<sup>3</sup>. La contrattazione di impresa, quindi, è un fenomeno alquanto vasto, poiché i suoi confini non sono segnati da termini oggettivi ma dal fatto che il contratto è utilizzato dall'imprenditore per la sua attività, cioè tenendo conto della funzione che il contratto svolge nell'ampio contesto dell'attività d'impresa<sup>4</sup>.

La scelta di raggrupparli e di definirli *di impresa*, trova la sua ragion d'essere non solo nell'idea di reputare utile il loro studio in relazione alla disciplina dell'impresa stessa, ma anche di ritenere che tali contratti possano avere il ruolo di *categoria*; attraverso argomentazioni di carattere sistematico e normativo, alcuni Autori<sup>5</sup>, di conseguenza, si sono proposti di individuare norme e principi comuni caratteristici della contrattazione di impresa, al fine di applicare tali regole ai contratti d'impresa innominati o di colmare le eventuali lacune legislative<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> CAGNASSO O. - COTTINO G., *op. cit.*, 1. Si tratta di quei contratti attraverso i quali l'imprenditore da un lato «si procura la disponibilità di fattori (umani e materiali) di produzione o di scambio e, dall'altro, offre direttamente sul mercato i beni e i servizi prodotti o ne promuove la circolazione attraverso catene distributive integrate», BUONOCORE V. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, cit., 893.

<sup>4</sup> CAGNASSO O. - COTTINO G., *op. cit.*, 2.

<sup>5</sup> Vedi nota 1.

<sup>6</sup> CIAN G., *Contratti civili, contratti commerciali e contratti di impresa*, cit., 853: «le categorie di cui ci stiamo occupando possono risultare idonee – come ho appena accennato – ad individuare e a comprendere in sé una serie di fenomeni e di vicende della vita sociale, riguardo ai quali è dato riscontrare che l'ordinamento prevede un complesso di regole e di principi

Altri autori, ad esempio Ferri, pur includendo nella trattazione del diritto commerciale una sezione relativa agli atti degli imprenditori, ritengono che «una differenziazione tra atti connessi all'esercizio dell'impresa e atti estranei a tale esercizio non sussiste e appare pertanto impossibile costruire, sulla base della disciplina positiva, una categoria di atti commerciali in contrapposto ad una categoria di atti civili. Ciò naturalmente non importa che il collegamento economico che sussiste tra i vari atti sia privo di qualunque rilevanza per il diritto: anche quando non costituisca un presupposto tecnico dell'atto singolo, il collegamento economico esplica la sua influenza, determinando particolari atteggiamenti e particolari diritti dei quali naturalmente il diritto tiene conto»<sup>7</sup>. In altri termini, secondo questa tesi, l'esistenza di norme particolari non è idonea a giustificare un sistema di diritto in quanto, non è tanto il fatto che l'atto sia inserito nell'esercizio dell'impresa a rendere la disciplina speciale, ma essa è speciale perché si inserisce in tale contesto; prova di ciò è data dalla considerazione che la disciplina speciale si applica anche quando l'atto è posto al di fuori dell'esercizio di impresa.

L'orientamento che, all'opposto, riconosce una distinzione di disciplina nel momento in cui il contratto è inserito nell'organizzazione di impresa non intende con ciò ripristinare il dualismo presente sotto la vigenza del vecchio codice civile e di quello commerciale, ma, rivendicando la legittimità e l'utilità della categoria, si pone l'obiettivo di valorizzare i tratti identificati-

---

particolari, ispirati ad una logica comune, alla cui stregua, quindi, l'interprete possa, secondo regole ermeneutiche proprie dell'ordinamento, procedere e alla migliore determinazione del significato delle disposizioni dettate dal legislatore, e, soprattutto, all'integrazione delle lacune, sia proprie che improprie delle discipline in discussione». Cfr. anche BUONOCORE V. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2006, 828; SIRENA P., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 787.

<sup>7</sup> FERRI G.B., *op. cit.*, 659

vi comuni ai contratti di impresa<sup>8</sup>. È, infatti, comunemente riconosciuto che l'unificazione delle due legislazioni nel codice del 1942 ha eliminato qualunque discriminazione sotto il profilo applicativo<sup>9</sup>: la costruzione di una categoria in termini non dissimili a quelli vigenti sotto l'imperio dei due codici, si porrebbe in contrasto con la caratteristica principale del nuovo diritto delle obbligazioni consistente nella «*indifferenza*, rispetto alle qualità del soggetto (imprenditore o non imprenditore, soggetto pubblico o privato) e alla materia regolata (attività d'impresa o di consumo, di scambio o di godimento)»<sup>10</sup>.

Ma è innegabile il fatto che il contratto, quando diviene elemento dello svolgimento dell'attività d'impresa, non si limita a regolamentare un rapporto giuridico isolato, passando così da una dimensione statica ad una dimensione dinamica. Il mutamento di prospettiva, quindi, mette in luce il fatto che la disciplina generale e speciale dei contratti presenta regole particolari che si applicano solo quando la vicenda contrattuale sia inserita nel contesto dell'impresa<sup>11</sup>.

Con l'evoluzione economica e sociale, a partire dagli anni Ottanta, la legislazione ha accentuato la specialità e l'autonomia dei contratti che vedono coinvolti un imprenditore e, i significativi mutamenti relativi alla disciplina di tali contratti, hanno messo in

---

<sup>8</sup> BUONOCORE V. - LUMINOSO L., *cit.*, 16; DALMARTELLO A., (voce) *Contratti di impresa*, *cit.*, 2.

<sup>9</sup> CAGNASSO O. - COTTINO G., *op. cit.*, 2.

<sup>10</sup> INZITARI B., *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Galgano, II, Padova, 1978, 319. Questa la ragione ha portato GALGANO F., *I contratti di impresa, i titoli di credito, il fallimento*, Bologna 1980, 1, a ritenere che la categoria dei *contratti d'impresa* nel nostro ordinamento possa avere solo la qualifica di "categoria convenzionale", rilevando che «nel nostro sistema giuridico, ... una speciale categoria di contratti, denominati come "contratti d'impresa", non ha ufficiale diritto di cittadinanza».

<sup>11</sup> PRESTI G. - RESCIGNO M., *op. cit.*, 93.

rilievo nuove prospettive per una sua distinta configurazione<sup>12</sup>. L'emanazione di una copiosa normativa speciale, anche di fonte comunitaria, per regolare alcuni particolari settori economici, singole fattispecie negoziali, ovvero specifiche figure professionali, ha causato la diffusione di nuove figure contrattuali, di nuove prassi commerciali e di nuovi usi.

Si è così evidenziata «la spiccata tendenza alla creazione di regole speciali extracodicistiche [...] che paiono relegare il cod. civ. a un ruolo residuale»<sup>13</sup> e delineare i contorni e i contenuti di «un diritto speciale dei contratti di impresa, che comincia a giustapporsi in maniera appariscente sul diritto comune dei contratti»<sup>14</sup>.

Le cause, che altro poi non sono che le stesse fonti, dell'emersione di questo nuovo diritto speciale costituito da regole specifiche destinate ai contratti in cui sia parte un imprenditore, sono molteplici, e tra esse si possono menzionare: la tendenza a creare regole distinte a seconda che l'altra parte sia un soggetto debole; l'inclinazione del legislatore a costruire le singole fattispecie contrattuali tenendo conto del fatto che sia presente un im-

---

<sup>12</sup> BUONOCORE V. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, cit., 828. Sul punto si veda anche CIAN G., *Contratti civili, contratti commerciali e contratti di impresa*, cit., 850 e ss. e ID., *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 549 e ss.; CAGNASSO O. - COTTINO G., op. cit., 5.

<sup>13</sup> PRESTI G. - RESCIGNO M., op. cit., 95.

<sup>14</sup> BUONOCORE V. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, cit., 828; sul tema si veda anche PATTI S., *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 735; BUONOCORE V., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, 20; MAZZONI A., *Le fonti del diritto commerciale tra memorie storiche e scenari futuri*, in *Riv. soc.*, 2001, 855; ALPA G., *Modificazioni del codice civile e nuove leggi speciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 789; FALZEA A., *A chiusura delle celebrazioni cinquantenarie del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 213; SCHLESINGER P., *Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 403; TABUCCHI A., *Il codice civile di fronte alla normativa comunitaria*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1993, 703.

prenditore; la propensione a creare regole per un diritto europeo dei contratti.

«Lo scenario normativo che si presenta alle soglie del terzo millennio registra quindi una *linea di sviluppo in controtendenza* rispetto a quella che aveva condotto all'assorbimento del codice di commercio all'interno del codice civile»<sup>15</sup>. La trattazione, quindi, procederà, prima ancora di analizzare le cause che hanno portato alla riemersione del fenomeno della contrattazione di impresa, con un raffronto tra il codice di commercio del 1882 e il codice vigente, per proseguire poi con l'analisi di questi nuovi fattori che sembrano far riemergere aspetti più simili a quelli esistenti quando ancora la materia commerciale e quella civile erano contenute in due *corpus* normativi diversi.

## **2. LA MATERIA DEI CONTRATTI NEL RIGORE DEL CODICE DI COMMERCIO DEL 1882 E DEL CODICE CIVILE DEL 1865.**

Il tema dei contratti commerciali, generale e particolare, riceve per la prima volta in maniera organica una sistemazione nel codice di commercio del 1882, per il dichiarato proposito, da un lato, di riparare alle omissioni del codice civile e dello stesso codice di commercio del 1865 e, dall'altro, di codificare usi già in vigore per alcuni contratti commerciali<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> BUONOCORE V. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, cit., 829, dove si prosegue rilevando che «mentre la unificazione dei codici muoveva dal desiderio di privare rilevanza, ai fini della disciplina applicabile al contratto, le qualità delle parti e di privilegiare soluzioni più favorevoli al ceto mercantile, ora la tendenza è quella di dare rilievo agli *status* dei contraenti, e inoltre assicurare una particolare protezione al consumatore (come individuo e come partecipante alla associazioni di categoria) – considerato dalla legge, in modo tipico e astratto, “contraente debole” – nei rapporti negoziali intercorrenti tra lo stesso e un operatore professionale».

<sup>16</sup> BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 8; SANTINI G., *Le obbligazioni e i contratti commerciali*, in A-

Secondo il codice di commercio, come visto anche nella prima parte di questo capitolo, l'impresa e i contratti di impresa sono atti oggettivi di commercio; gli altri atti compiuti dall'imprenditore sono considerati atti "soggettivi" di commercio. Entrambe le categorie sono sottoposte alla regole dettate per le obbligazioni commerciali<sup>17</sup>. Il codice di commercio del 1882, oltre ad accentuare l'oggettività del sistema, arricchisce gli atti di commercio di nuove figure<sup>18</sup>.

Relativamente alla parte generale delle obbligazioni commerciali, il codice del 1882 disciplina la conclusione del contratto tra assenti, adottando il criterio della conoscenza dell'accettazione<sup>19</sup>; prevede che la disciplina speciale prevista da alcune norme del codice civile del 1865 si estenda all'intero campo delle obbligazioni, come l'art. 39, cod. comm., dettato per le obbligazioni in moneta estera, che replica quanto previsto dal codice civile in materia di cambiale e assicurazione; codifica alcuni principi fondamentali per l'intero settore del commercio, come quelli sulla natura fruttifera dei debiti commerciali e sulla presunta solidarietà delle obbligazioni commerciali. Anche la parte dei singoli contratti è nutrita da significativi interventi: la vendita, la cui principale disciplina era dettata dal codice civile e solo poche norme speciali erano contenute nel codice di commercio del 1865, viene arricchita di nuovi articoli che disciplinano figure particolari, dichiarando valide, ad esempio, la vendita commerciale di cosa altrui, la vendita commerciale senza determinazione del prezzo; il contratto di riporto viene per la prima volta codificato e disciplinato come una

---

A.VV., *1882-1982 – Cento anni dal codice del commercio*, Milano, 1984, 153 e ss.

<sup>17</sup> OPPO G., *Note sulla contrattazione di impresa*, cit., 631.

<sup>18</sup> Per maggiore compiutezza si rinvia a BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 9-15 e a SANTINI G., *op. cit.*, 154-170.

<sup>19</sup> oggetto di acceso dibattito nella dottrina francese e tedesca per definire se il momento della conclusione del contratto fosse quello della spedizione, dell'accettazione al proponente o quello della conoscenza da parte di quest'ultimo dell'avvenuta accettazione

doppia compravendita; il contratto di conto corrente ordinario riceve maggiore disciplina; vengono rivisti i contratti di mandato commerciale, di trasporto e di assicurazione.

Le innovazioni introdotte dal codice di commercio del 1882, lette<sup>20</sup> sincronicamente confermano che la riforma ha raggiunto i suoi obiettivi: introdurre un *corpus* legislativo in grado di appagare i bisogni della società civile nel settore del commercio, anche al fine di superare le lacune del codice del 1865; offrire agli operatori una sorta di testo unico delle loro consuetudini ispirato all'esigenza di certezza del diritto, attraverso la consacrazione di usi consolidati; delimitare il campo di applicazione della disciplina legislativa, sia definendo degli istituti nati e regolati dalla prassi, sia generalizzando i principi applicabili all'intera materia del commercio e del singolo contratto.

La lettura diacronica della riforma del 1882, in confronto a quella del 1942, mette in evidenza il fatto che non vi sono state significative divergenze d'impostazione, in particolare, con riferimento ai contratti. In altri termini è mancato un diverso orientamento ideologico: la riforma del 1882 non ha fatto altro che, come più volte detto, seguire l'impostazione precedente semplicemente incrementando la sfera di influenza del codice di commercio.

Si deve, inoltre, sottolineare che in entrambe le riforme sono stati enunciati «principi validi anche al di là della materia commerciale, sia perché codificati in assenza di una corrispondente disciplina civilistica con la coscienza della loro ultrattività, sia perché suscettibili, prima o dopo, di divenire diritto comune perché assunti dall'intera società civile»<sup>21</sup>. La c.d. commercializzazione del diritto civile, almeno nel settore delle obbligazioni e dei contratti, non sembra essere il risultato delle riforme legislative

---

<sup>20</sup> Si propone lo schema proposto da Santini, adottato anche da BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 15, il quale distingue tra lettura sincronica o diacronica della riforma del 1882, SANTINI G., *op. cit.*, 170 e ss.

<sup>21</sup> SANTINI G., *op. cit.*, 171.

ma il semplice passaggio al diritto civile delle consuetudini del diritto commerciale, passaggio codificato dal legislatore in sede di ogni riforma<sup>22</sup>.

«Il che non significa affatto che il legislatore del '42 abbia recepito tutti interi contenuto e sistematica del codice di commercio del 1882, avendone, anzi, “fagocitato una sola parte”. È piuttosto vero che, valutando compiutamente l'intero secolo, la metabolizzazione delle norme introdotte dai commercianti e collaudate dal tempo tanto da venire accettate e subite dalla stessa società civile non ha decretato la morte o la scomparsa del *corpus* di regole proprie della società mercantile, perché questa continua a produrre di nuove “surrogando alle perdite per civilizzazione gli acquisiti normativi per nuova generazione”»<sup>23</sup>. Questa conclusione, peraltro, vale anche per la contrattazione di impresa la quale, oltre ad aver ricevuto nuovi fasti per merito di recenti indagini dedicate al tema, è una categoria viva in tutta Europa.

### **3. IL CODICE CIVILE DEL 1942 E L'INDIVIDUAZIONE DELLA CATEGORIA DEI CONTRATTI COMMERCIALI ALL'INTERNO DEL SISTEMA UNITARIO.**

Si è soliti affermare che il legislatore del 1942, disciplinando insieme contratti civili e contratti commerciali, ha unificato la materia dell'obbligazione e del contratto che trovavano disciplina separata nel codice civile del 1865 e nel codice di commercio del 1882. Tuttavia, l'unificazione non sembra aver spazzato via un problema di inquadramento dei contratti: è ancora possibile, passando in rassegna le norme sul contratto in generale e i singoli

---

<sup>22</sup> SANTINI G., *op. cit.*, 171. Aderiscono a queste considerazioni D'ALESSANDRO F., *Relazione di sintesi*, AA.VV., 1882-1982 – *Cento anni dal codice del commercio*, Milano, 1984, 291 e BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 16.

<sup>23</sup> BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 16.

contratti regolati dal codice civile, distinguere tra contratti in ordine ai quali ci si può chiedere se essi siano configurabili come contratti civili o commerciali e contratti neutri per i quali un problema di inquadramento non è nemmeno proponibile<sup>24</sup>. Lo stesso codice civile usa in più di un articolo le locuzioni “contratti relativi all’azienda” o “contratti relativi all’impresa” (come ad esempio negli artt. 2112, 2558, 2610).

Utilizzando un criterio *normativo*<sup>25</sup> si possono individuare, infatti, dei contratti (come il mandato, i contratti diretti a costituire una garanzia, i contratti destinati a dirimere una lite) che sono indirizzati allo svolgimento di una funzione subordinata ad altri rapporti obbligatori e per i quali un inquadramento all’interno della categoria di contratti civili o commerciali non ha alcun senso, potendo svolgere la loro funzione sia in relazione all’uno che all’altro tipo di rapporto.

Per altri contratti, come il contratto di lavoro subordinato, il contratto di deposito, il contratto di assicurazione, i contratti bancari, il contratto di appalto, la «inserzione nell’impresa assurge a presupposto dell’atto stesso e quindi assume rilevanza giuridica. [...] Tuttavia anche in questa categoria di rapporti una distinzione appare necessaria tra quegli atti in cui la esistenza di un organizzazione costituisce semplicemente un elemento della fattispecie, rientrando quindi nella previsione della norma, [...] e quegli atti in cui la esistenza di un’organizzazione costituisce un presupposto tecnico e, soltanto di riflesso, giuridico dell’atto»<sup>26</sup>; mentre nel primo caso, la legge prevede che la connessione all’impresa non è intrinsecamente necessaria, ma quando sussiste è produttiva di particolari esigenze giuridiche, nel secondo caso, invece, ragioni tecniche impongono la connessione dell’atto con l’organizzazione dell’impresa. Per fare due esempi: il contratto di deposito rientra

---

<sup>24</sup> BUONOCORE V., *Contrattazione d’impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 28, il quale ritiene che questa distinzione costituisca la base per tutte le altre distinzioni possibili.

<sup>25</sup> DALMARTELLO A., (voce) *Contratti di impresa*, cit., 2

<sup>26</sup> FERRI G.B., *op. cit.*, 661; BUONOCORE V. - LUMINOSO L., *op. cit.*, 19.

nella prima categoria, in quanto esso può aversi anche al di fuori dell'impresa, ma è soggetto a una particolare disciplina quando è stipulato all'interno della organizzazione imprenditoriale, si pensi al deposito nei magazzini generali o al deposito in albergo; i contratti bancari, di assicurazione o di appalto, invece, non vengono concepiti anche al di fuori dell'impresa, e quindi l'organizzazione di impresa diventa elemento giuridicamente rilevante<sup>27</sup>.

Ci sono poi altri "fatti normativi" presenti nel nostro codice che non riguardano disposizioni che regolano singole *species* contrattuali, ma che dettano per la generalità dei contratti una disciplina specifica che si applica quando una parte del contratto è un imprenditore.

Si possono portare come esempi l'art. 1330, che impedisce la caducazione degli effetti della proposta e dell'accettazione fatte dagli imprenditori, nonostante la sopravvenuta incapacità o morte degli stessi; l'art. 1368, il quale riconsacra gli usi commerciali, disponendo che nei contratti in cui una delle parti è imprenditore si interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è sede l'impresa; l'art. 1400, il quale sottrae alla disciplina della rappresentanza in generale le speciali forme di rappresentanza nelle imprese agricole e commerciali; l'art. 1722, n. 4, il quale stabilisce che il mandato non si estingue per la morte, l'incapacità o l'inabilitazione del mandante se ha per oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio di un'impresa; l'art. 2558, il quale comporta la successione automatica del cessionario dell'azienda in tutti i contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa (anche nei rapporti di lavoro e nei debiti da questo derivanti, art. 2112 cod. civ.).

Fin qui si sono viste le norme in cui la partecipazione dell'imprenditore, o meglio, l'inserzione del contratto nell'attività di impresa, è necessaria per il configurarsi della fattispecie. Al fi-

---

<sup>27</sup> FERRI G.B., *op. cit.*, 661-662.

ne di segnalare questa caratteristica si parla di contratti “*necessariamente*” d’impresa<sup>28</sup>.

Tuttavia nel codice civile è presente anche una serie di altri contratti che non rientrerebbero, alla stregua del criterio normativo, tra i contratti commerciali: quelli per cui la formazione codicistica non richiede il presupposto tecnico dell’esistenza di un’organizzazione imprenditoriale, né considera tale organizzazione come elemento della fattispecie. Si tratterebbe di quei contratti che possono essere posti in essere da qualunque soggetto di diritto ma che di norma sono posti in essere da un imprenditore; la dottrina definisce tali contratti “*naturalmente*” o “*funzionalmente*” d’impresa.

Tale espressione si suole riferire a quei contratti per i quali il legislatore ha riprodotto la normativa adottata nel codice del commercio abrogato: solo alla stregua di un criterio formale, non possono dirsi d’impresa perché non vi è nelle norme regolatrici alcun riferimento all’impresa e perché non sono contratti riservati all’imprenditore, nonostante il rilievo socio-economico del fenomeno<sup>29</sup>. Il discorso riguarda contratti quali la commissione (art. 1731 cod. civ.), la spedizione (art. 1737 cod. civ.), l’agenzia (art. 1742 cod. civ.), la mediazione (art. 1754 cod. civ.) e in misura più affievolita, il contratto estimatorio (art. 1556 cod. civ.), la somministrazione (art. 1559 cod. civ.), e alcune figure speciali della vendita (artt. 1510-1536 cod. civ.).

---

<sup>28</sup> Distinguono tra contratti *necessariamente* commerciali e *naturalmente* commerciali BUONOCORE V. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, cit., 830; BUONOCORE V. - LUMINOSO L., *op. cit.*, 25 e ss; OPPO G., *I contratti d’impresa tra codice civile e legislazione speciale*, cit., 84; VALERI G., *op. cit.*, 137; .

<sup>29</sup> BUONOCORE V., *Contrattazione d’impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 38, che riporta l’idea di SPADA P., (voce) *Impresa*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, VII, Torino, 1992, 67, il quale per marcare la differenza fra istituti, distingue tra quelli che possono essere inclusi nello statuti dell’imprenditore perché a questi riservati e istituti che, pur mutando la loro rilevanza per la circostanza di essere operativi nel mondo delle imprese, non sono esclusivi dell’imprenditore.

Dal punto di vista storico, infatti, la maggior parte dei contratti speciali richiamati è stata pensata per l'imprenditore e la loro disciplina assume una luce diversa quando questi sono riferiti all'impresa; in altri termini, la disciplina dei contratti *naturalmente* d'impresa è applicabile solo in via analogica a chi li pone in essere non professionalmente<sup>30</sup>.

Dal quadro legislativo sopra esposto sembra esistere nel codice un gruppo di contratti definibili *d'impresa* perché la presenza di un'organizzazione commerciale diviene elemento rilevante della fattispecie normativa. «In ordine a tali contratti, perciò, non avrebbe pregio alcuno l'obiezione – pezzo forte, soprattutto un tempo, di coloro che consideravano l'unificazione come momento abrogante della distinzione in parola – della “inutilità” di una classificazione fondata sull'inesistenza di norme applicabili solo ed esclusivamente ad essi. Può, oggi, scriversi che, alla stregua delle norme contenute nel codice civile, questi contratti non sorgono se nella fattispecie non c'è l'impresa»<sup>31</sup>.

Il legislatore del 1942, dettando, nel *corpus* unitario del codice civile, regole speciali applicabili solo se alla fattispecie partecipa un imprenditore nell'esercizio della propria attività – e la cui

---

<sup>30</sup> BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 45.

<sup>31</sup> BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 35. Si veda anche CIAN G., *Contratti civili, contratti commerciali e contratti di impresa*, cit., 856; OPPO G., *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, cit. 841 e ID., *Note sulla contrattazione di impresa*, cit. 631.

Sulla centralità del concetto di impresa nel nostro ordinamento si rinvia a SPADA P., (voce) *Impresa*, cit., 32 e ss; FERRI G.B., *Dai codici della proprietà al codice dell'impresa*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 401; OPPO G., *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 507, il quale ritiene che «le ragioni del diritto commerciale vanno dunque ricercate e colte sul piano degli interessi coinvolti nei rapporti interni dell'impresa, sul piano degli interessi coinvolti nella sua azione di mercato e anzitutto sul piano del rapporto con gli interessi generali della collettività con i quali devono confrontarsi tutti gli interessi che chiedono tutela all'ordine giuridico».

manca porterebbe alla applicazione di altre norme di carattere generale – avrebbe riconosciuto implicitamente l'esistenza del principio generale dagli “atti relativi all'esercizio dell'impresa”. Da tali norme, e soprattutto da quelle in cui la presenza dell'impresa è un presupposto tecnico, la dottrina<sup>32</sup> ricava due principi: quello della *insensibilità* dei contratti posti in essere dall'imprenditore alle proprie vicende personali e quello della *ambulatorietà*, intesa come trasferimento automatico del contratto in capo al cessionario senza il consenso del contraente ceduto in caso di trasferimento di azienda.

I principi della *insensibilità* e della *ambulatorietà* nascono dalla stessa impostazione del codice, il quale non ha utilizzato come principio informatore della nuova normativa l'impresa sotto il profilo soggettivo, ma ha identificato l'imprenditore come *soggetto* dell'attività di impresa e l'impresa come *attività organizzata*<sup>33</sup>, suscettibile di continuazione; in questa realtà il contratto, necessariamente da imputare all'imprenditore quale unico soggetto capace di assumere la veste di parte contrattuale, essendo un atto che concorre a realizzare l'attività di impresa, trae dalla sua “funzione strumentale oggettiva” la capacità di conservarsi e di transitare al soggetto che subentra. Queste caratteristiche, in altri termini, derivano dalla *funzione oggettiva del contratto di impresa*: il contratto, nella realtà globale dell'impresa, è un valore nella dinamica dell'azienda (con riguardo al suo avviamento) essendo necessario per realizzare l'attività stessa<sup>34</sup>.

La funzione svolta dal contratto nell'attività d'impresa è causa del fatto che esso ha una propria disciplina relativa alla sua ces-

---

<sup>32</sup> BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 37; DALMARTELLOA., (voce) *Contratti di impresa*, cit., 3. CIAN G., *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 545.

<sup>33</sup> Sul punto si rinvia a ASQUINI A., *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 7; BUONOCORE V., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., 19 e a OPPO G., *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 591.

<sup>34</sup> DALMARTELLOA., (voce) *Contratti di impresa*, cit., 3.

sione, che deroga alla disciplina generale prevista agli artt. 1406 e ss. del codice civile; quest'ultima richiede quale presupposto necessario il consenso del contraente ceduto, mentre è previsto l'automatico trasferimento del contratto in capo al cessionario con il solo temperamento del recesso per giusta causa (art. 2558 cod. civ.). Essa spiega inoltre perché i contratti conclusi da un imprenditore nell'esercizio dell'impresa presentino divergenze anche nella fase precontrattuale, restando l'imprenditore vincolato alle sue dichiarazioni dirette alla conclusione del contratto, nonostante sopravvenga la sua morte o la sua incapacità (art. 1330)<sup>35</sup>.

Una prima conclusione che si può trarre da queste considerazioni, quindi, è quella che anche nel codice civile vigente esiste una categoria di contratti che presuppone per la sua funzionalità l'esistenza dell'impresa e ai quali si applicano norme in deroga a quelle sancite per la generalità dei contratti, rivelando che il legislatore del 1942, non utilizzando volontariamente quale criterio informatore la soggettività dell'impresa, ha attuato una *oggettivazione* del contratto di impresa: in tal modo si è collegato il contratto più all'impresa che al soggetto<sup>36</sup>, con la conseguenza che la partecipazione di un imprenditore al contratto non è criterio idoneo né a definire se un contratto possa dirsi di impresa, né a giustificare l'esclusività normativa se non è diretta all'esercizio dell'attività di impresa<sup>37</sup>.

#### **4. LA RIEMERSIONE DEI CONTRATTI DI IMPRESA. FONTI E CAUSE.**

Il diritto dei contratti, e di quelli di impresa in particolare, ha innegabilmente subito un'evoluzione rispetto al momento in cui è

---

<sup>35</sup> DALMARTELLOA., (voce) *Contratti di impresa*, cit., 4.

<sup>36</sup> BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 37; DALMARTELLOA., (voce) *Contratti di impresa*, cit., 5.

<sup>37</sup> CAGNASSO O. - COTTINO G., *op. cit.*, 2.

entrato in vigore l'attuale codice civile, sul quale abbiamo fino ad ora posto le basi della presente trattazione.

Tuttavia, se si raffronta il codice civile del 1942 con il testo attuale, emerge con chiarezza che tra i due non vi sono modifiche di rilievo per quanto riguarda il libro delle obbligazioni; il dato riportato però è poco significativo, in quanto si limita a comparare i mutamenti avvenuti all'interno del codice. Si giunge a risultati notevolmente divergenti se si raffronta la materia regolata da tale libro con la legislazione speciale.

A partire dalla fine degli anni Ottanta fra gli studiosi italiani del contratto si sviluppa un dibattito – strettamente connesso a quello avviatosi dieci anni prima con le riflessioni di Natalino Irti sui processi di “decodificazione” del diritto privato<sup>38</sup> – sui rapporti tra parte generale e parte speciale del contratto in cui era discussa l'ipotesi se la disciplina di parte generale fosse in fase regressiva rispetto alla disciplina di parte speciale connotata da una maggiore forza propulsiva e, quindi, la migliore candidata su cui fondare lo sviluppo dei contratti<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1989.

<sup>39</sup> DE NOVA G., *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e Impresa*, 1988, 327; GALGANO F., *La categoria del contratto alla soglie del terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, 919; MONATERI P.G., *Ripensare il contratto: verso una versione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 409; LUCCHINI GUASTALLA E., *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 379 e 821; VETTORI G., *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 313; GABRIELLI E., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 905; PATTI S., *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, cit., 735.

L'idea del declino del contratto come categoria generale, così prospettata, è stata in ogni caso respinta, con convincente fermezza, da una importante parte della dottrina, la quale ha riaffermato l'utilità ed il valore di uno schema unitario astratto, come quello fornito dalla figura generale del contratto, che, quale categoria logica e formale, mantiene ancora oggi un ruolo centrale nel quadro degli atti di autonomia privata. Sul punto si rinvia a FERRI G.B., *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali*

Questo dibattito prende spunto dalle numerose e profonde modifiche che la parte del contratto in generale ha patito: in primo luogo, il ridimensionamento subito dall'autonomia contrattuale sancita dall'art. 1322 cod. civ. per il diffondersi della contrattazione per condizioni generali e, in determinati settori, per la legislazione speciale che, per proteggere una delle parti deboli del rapporto contrattuale, detta in maniera puntigliosa il contenuto del contratto (si pensi alla testo unico in materia bancaria e creditizia ed in particolare all'art. 124 del d.lgs. 385/93 o al decreto legislativo a tutela degli acquirenti degli immobili da costruire e in particolare all'art. 6 relativo al contenuto del contratto preliminare)<sup>40</sup>; in secondo luogo, la progressiva divaricazione tra l'art. 1323 del codice civile e le norme sui contratti speciali, dovuta a una tendenziale disciplina dei nuovi singoli contratti sempre più lontana dalla disciplina generale<sup>41</sup>.

Ma anche altri fattori, quali la nuova disciplina dettata per contratti appartenenti a determinati settori di particolare importanza, la modifica di alcune vicende che riguardano la formazione, l'invalidità o lo scioglimento del contratto, la riemersione della

---

*verso una disciplina per tipi?*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, spec., 428; ID., *La "cultura" del contratto e le strutture del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 843; VITUCCI P., *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contr. Impr.*, 1988, 805; BENEDETTI G., *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 669; RESCIGNO P., (voce) *Contratto. In generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, IX, 1988, 2.

<sup>40</sup> Sull'autonomia negoziale si rinvia a RESCIGNO P., *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito dell'integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, in *Contr. Impr.*, 1990, 43, DI MAJO A., *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 5; VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 20; GAMBINO F., *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 347.

<sup>41</sup> DE NOVA G., *op. cit.*, 333: «si è riaperta la forbice tra contratti privati e contratti d'impresa. Si è assunta maggiore consapevolezza della distinzione tra contratti individuali – oggetto di trattativa – e contratti di serie per adesione. Si è aperta la forbice tra contratti tra imprese e contratti con il consumatore. Si è aperta la forbice tra contratti domestici e contratti internazionali». Sul punto si veda anche VITUCCI P., *op. cit.*, 807

qualità dei contraenti, hanno portato alla frantumazione del diritto dei contratti e alla perdita del ruolo svolto dalla negoziazione<sup>42</sup>, tanto da parlare di “nuovo paradigma contrattuale”<sup>43</sup>.

In questo contesto generale segnato da un riscoperto particolarismo, si inserisce il tema della vicenda dei contratti di impresa, che proprio dalla creazione di nuovi contratti e da regole che derogano alla disciplina del contratto in generale, trae nuova linfa essendo riconducibile solamente a contratti che presuppongono l’impresa quale elemento della fattispecie contrattuale<sup>44</sup>.

#### 4.1. LA LEGISLAZIONE SPECIALE.

Il diritto dei contratti è stato modificato dalla legislazione speciale per il presentarsi di quattro ragioni, la cui prima è da individuarsi nella creazione di nuovi tipi contrattuali<sup>45</sup>.

La creazione di *nuovi tipi contrattuali* assume significato per il fatto che in queste nuove fattispecie l’esistenza dell’impresa asurge a presupposto dell’atto stesso, sia nel senso che l’esistenza di un’organizzazione costituisce elemento della fattispecie, sia nel senso che costituisce presupposto tecnico dell’atto stesso.

---

<sup>42</sup> VETTORI G., *op. cit.*, 313 e GITTI G., *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 492.

<sup>43</sup> ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, IX il quale sottolinea che questi sconvolgimenti dovuti alla normativa di settore consegnerebbero oggi alla riflessione degli interpreti un istituto in gran parte rimodellato rispetto agli schemi della tradizione, anche se si avverte che tale paradigma «che s’intravede dietro la crisi del vecchio, è tutt’altro che compiutamente definito: esso riflette una realtà ancora magmatica, allo stato nascente».

<sup>44</sup> BUONOCORE V., *Contrattazione d’impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 55 e ss.

<sup>45</sup> Sul rapporto tra contrattazione di impresa e legislazione speciale si rinvia a BUONOCORE V., *Contrattazione d’impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 58 e ss. e a CAPO G., *op. cit.*, 2.

Emblematico è l'esempio fornitoci dal contratto di subfornitura introdotto dalla legge n. 192 del 1998, la cui natura di contratto normativamente d'impresa si desume dall'articolo 1, che definisce la subfornitura il contratto con il quale «un imprenditore si impegna a effettuare per conto di un'impresa committente lavori su prodotti semilavorati o su materie prime fornite dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati a essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso»<sup>46</sup>.

Anche il contratto di affiliazione commerciale, introdotto con la legge 6 maggio 2004, n. 129, rientra in questa categoria.

Il secondo elemento prodotto dalla legislazione speciale è da individuarsi nella *creazione di nuovi gruppi di contratti*, accentuando le discipline settoriali: anche in questo caso l'impresa asurge a condizione di esistenza e funzionalità delle singole specie rientranti nel gruppo. Come esempio ci si può limitare a citare il testo unico in materia bancaria e creditizia (d.lgs. 385/1993 – TUB) e il testo unico in materia di intermediazione finanziaria (d.lgs. 58/1998 – TUF). Relativamente al primo si può notare che è la stessa legge, all'art. 10, a decretare che l'attività bancaria,

---

<sup>46</sup> Il contratto di subfornitura presenta un'analitica disciplina che presenta alcune delle significative novità presenti anche in altri contratti tra imprese e delle quali si tratterà nel terzo capitolo. In particolare: la forma scritta a pena di nullità, deroghe alla disciplina della nullità prevista del codice civile, disapplicazione dell'art. 1341, regole per il contenuto del contratto. Inoltre la tutela apprestata all'imprenditore in posizione di inferiorità non è solo per il contratto di subfornitura, di cui la presente legge fornisce una definizione, ma si ritiene che possa essere applicata anche ad altre situazioni analoghe.

Sul contratto di subfornitura si rinvia a TUCCI G. - CALIA G., *La subfornitura in Italia: sette anni di applicazione della legge 18 giugno 1998, n. 192*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 99; FRIGNANI A., *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192/1998: problemi di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 1999, 189; CASO R. - PARDOLESI R., *La nuova disciplina di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 712.

consistente nella raccolta di risparmio tra il pubblico e nell'esercizio del credito, ha *carattere di impresa*. Il provvedimento, con tale precisazione, intende chiarire che il *corpus* normativo presente nello stesso comporta una disciplina differenziata rispetto a quella contenuta nel codice civile sul contratto in generale e che la sola partecipazione della banca al contratto presuppone la disciplina di settore, cosicché è possibile rintracciare una disciplina dei contratti bancari retta da regole proprie<sup>47</sup>.

Anche per il TUF, che da un lato introduce la figura dell'*impresa di investimento*, e dall'altro riserva ai soli soggetti abilitati l'esercizio professionale nei confronti del pubblico dei servizi e delle attività di investimento, si può affermare che la presenza di determinati soggetti comporta l'applicazione della disciplina di settore, la quale prevede norme di comportamento degli investitori finanziari durante la fase precontrattuale e quella successiva, uniformando modelli contrattuali già in uso nella prassi (art. 1, comma 2, che elenca gli "strumenti finanziari").

All'interno di questo gruppo si possono ricordare anche le norme sui contratti di assicurazione privata, oggi contenute nel codice delle assicurazioni private (d.lgs. 209/2005) e le disposizioni in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti e di piani di risanamento, entrambi relativi alla composizione negoziale delle crisi d'impresa e introdotte nella legge fallimentare in virtù del

---

<sup>47</sup> Sulla disputa ormai sopita tra chi postulava l'esistenza di contratti oggettivamente bancari e chi escludeva la possibilità di ricercare un'autonoma categoria si veda MESSINEO F., *Caratteri giuridici comuni, concetto e classificazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1960, I, 321; ID., *Ancora sul concetto di contratto bancario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1962, I, 481; MINERVINI G., *Impresa bancaria e contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1966, I, 261; CASTRONOVO C., *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, 158; PICCININI V., *I rapporti tra banca e clientela. Asimmetria e condotte abusive*, Padova, 2008, 3 e ss. Sulla moltiplicazione di norme di parte generale settoriale che individua principi validi solo per una ristretta cerchia di tipi si veda TUCCI G., *Verso la tipizzazione dei contratti bancari*, in *Contratti*, 1995, 327.

d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 4 maggio 2005, n. 80.

La legislazione speciale ha modificato, ed è questo il terzo aspetto, *l'assetto normativo di alcuni contratti disciplinati dal codice civile*, accentuandone gli elementi di commercialità. Un primo esempio di questo fatto è rappresentato dal contratto di trasporto<sup>48</sup>, il quale, relativamente al trasporto di cose per conto di terzi, è stato diversificato dalla disciplina contenuta nel codice civile dalla legge 6 giugno 1974, n. 298 (successivamente modificato dal d.l. 82/1993, convertito in legge 162/1993): in primo luogo, il trasporto di cose per conto di terzi viene definito attività imprenditoriale, facendo uscire il contratto di trasporto, almeno per questa singola figura, dalla categoria dei contratti *naturalmente* di impresa per inserirla in quella dei contratti *normativamente* d'impresa; in secondo luogo, la prescrizione di iscrizione in apposito albo come condizione necessaria per l'esercizio di autotrasporto (art. 1, comma 3), l'assoggettamento a tariffe obbligatorie (art. 50), speciali nullità (art. 1), limitazioni al risarcimento dei danni, creano un *corpus* normativo che presenta un paradigma ben diverso da quello contenuto nel codice civile.

Un secondo esempio è il contratto d'agenzia la cui disciplina nell'ultimo decennio ha subito rilevanti modifiche a seguito della legge 3 maggio 1985, n. 204, successivamente modificata e integrata dell'attuazione della direttiva comunitaria 18 dicembre 1986, n. 653, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati Membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, alla quale è stata data attuazione, a più riprese, tramite l'emanazione del decreto legislativo 10 settembre 1991, n. 303, e del decreto legislativo 15 febbraio 1999, n. 65, i quali hanno innovato il codice civile in merito agli istituti della forma del contratto (richiedendo la forma scritta *ad probationem*), della provvigione, dell'esclusiva, dell'indennità di fine rapporto e del patto di non

---

<sup>48</sup> Per un'illustrazione del trasporto nel codice civile e nella legislazione speciale BUONOCORE V. - LUMINOSO L. (a cura di), *Contratti d'impresa*, cit., I, 445 e ss; CAGNASSO O. - COTTINO G., *op. cit.*, 473 e ss.

concorrenza dopo la cessazione del contratto. Successivamente, la legge comunitaria 21 dicembre 1999, n. 526 ha radicalmente modificato la disciplina della clausola dello “star del credere” e la legge comunitaria 29 dicembre 2000, n. 422, è intervenuta ulteriormente sul patto di non concorrenza<sup>49</sup>.

Ai nostri fini occorre segnalare che la legge 204/1985, stabilendo all’art. 1 che «l’attività degli agenti di commercio si intende esercitata da chiunque venga stabilmente incaricato da una o più imprese di promuovere la conclusione di contratti in una o più zone determinate», introduce nella disciplina il concetto di attività che evoca la figura dell’imprenditore. Inoltre, anche l’art. 9, comma 1, della legge in commento, accentua il profilo d’impresa del contratto di agenzia stabilendo che è vietato a chi non è iscritto al ruolo esercitare l’attività di agente o di rappresentante di commercio<sup>50</sup>. Va peraltro ricordato che prima della decisione della Corte di Giustizia del 1998 la giurisprudenza riteneva che fosse nullo il contratto di agenzia concluso da un agente non iscritto al ruolo; a seguito di tale sentenza non pare più possibile subordinare la validità di un contratto di agenzia all’iscrizione dell’agente di commercio in un apposito albo<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> CAGNASSO O. - COTTINO G., *op. cit.*, 263 e ss.; BORTOLOTTI F. - MOSCA C., *La nuova disciplina dell’agente commerciale*, Padova, 1999;

<sup>50</sup> Lo stesso è accaduto per il contratto di mediazione con la legge 3 febbraio 1989, n. 39, la quale ha reso la mediazione attività protetta ed esclusiva. Sul punto BUONOCORE V. - LUMINOSO L. (a cura di), *Contratti d’impresa*, cit., II, 1053 e ss.; RESCIGNO P., *Note a margine dell’ultima legge in tema di mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1991,

<sup>51</sup> L’intervento richiamato della Corte di Giustizia delle Comunità europee che ha fatto chiarezza in relazione alla disciplina nazionale relativa al difetto di iscrizione al ruolo da parte degli agenti di commercio è quello del 30 aprile 1998, causa C-215/97 – B.Bellone c. Yokohama s.p.a. (a commento di tale pronuncia v. BOCHICCHIO F., *Contratto di agenzia e mancata iscrizione nel ruolo dei rappresentanti e degli agenti di commercio: effetti civilistici – Il ruolo della nullità nell’attuale ordinamento*, in *Nuova giur. civ.*, 1999, I, 163; CODINANZI M., *Agenti di commercio italiani e direttive comunitarie*, in *Contr. Impr. Eur.*, 1998, 871). Con ordinanza 16 aprile 1997 il Tribunale di Bologna sottoponeva alla Corte di Giustizia europea,

---

ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE, una questione pregiudiziale concernente l'interpretazione della Direttiva del Consiglio 18 dicembre 1986, 86/653/CEE, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti. La vicenda processuale nasce dalla decisione del giudice di primo grado di escludere che l'agente commerciale potesse agire giudizialmente reclamando le provvigioni e le indennità relative all'attività svolta in quanto non iscritto al ruolo per gli agenti e i rappresentanti di commercio, iscrizione obbligatoria prevista dall'art. 2 e 9 della legge italiana 3 maggio 1985, n. 204 e di dichiarare la nullità del contratto di agenzia per violazione della norma imperativa.

Il giudice d'appello ha ritenuto che si ponesse un problema di diritto comunitario laddove le norme nazionali che subordinano i diritti degli agenti all'obbligo di iscriversi all'apposito ruolo potevano porsi in contrasto con la direttiva 86/653/CEE, la quale non prevede l'istituzione di tale ruolo. Di qui la sospensione del giudizio e la relativa formulazione della questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia se la direttiva 86/653/CEE sia incompatibile con gli artt. 2 e 9 della legge interna italiana n. 204 del 3 maggio 1985, che condizionano la validità dei contratti di agenzia all'iscrizione degli agenti di commercio in apposito albo. Premettendo che la direttiva lasciava ai singoli stati la facoltà di imporre l'iscrizione in un apposito albo per rispondere a talune esigenze di carattere amministrativo, il problema sollevato dal Tribunale di Bologna riguardava non tanto l'obbligo di iscrizione nel ruolo ma la subordinazione della validità del contratto di agenzia a tale incumbente.

La Corte dichiarò l'incompatibilità della normativa italiana con la direttiva 86/653/CEE, evidenziando come la direttiva riguardi la tutela delle persone che, ai sensi delle sue disposizioni, ricoprono la qualifica di agente commerciale. Dall'art. 1, n. 2, della direttiva che riconosce tale qualifica, risulta evidente come non venga richiesto il requisito dell'iscrizione ad un apposito albo per poter beneficiare della direttiva.

Effetto della decisione della Corte di giustizia risulta essere l'abbandono delle interpretazioni sostenute negli ultimi decenni dalla giurisprudenza e dalla dottrina in merito, le quali, salvo casi del tutto eccezionali (ci si riferisce a Cass. 7 aprile 1981, n.1979, in Mass. giur. it., 1981, col. 538, per la quale l'iscrizione nel ruolo degli agenti costituisce un mero adempimento amministrativo, ininfluenza per la validità del contratto), affrontavano il problema dell'eventuale tutela dell'agente abusivo partendo dal presupposto della nullità del contratto, rinvenendola o nell'illiceità della causa e dell'oggetto (Cass. sez. un., 12 novembre 1983, n. 6730, in Foro it., 1984, I, 92, con nota di PARDOLESI R.; Cass. sez. un., 12 novembre 1983, n.6729,

Altro contratto che ha subito una ricommercializzazione è il contratto di locazione, come dimostrato dalla legge 27 luglio 1978, n. 392. Le norme derogatrici al codice civile di questa legge, infatti, sono indirizzate a coloro che esercitano attività industriali, commerciali ed artigianali; tra queste norme si possono ricordare l'art. 34 che prevede un'indennità per la perdita dell'avviamento in caso di cessazione del rapporto di locazione; l'art. 36 il quale stabilisce, in deroga agli artt. 1406 e 1594 cod. civ., che il contratto di locazione può essere ceduto senza il consenso del locatore se gli succedono altri professionisti, artigiani o commercianti; gli artt. 38-40 che introducono nuovi diritti di prelazione reale. Queste norme influiscono sul tema trattato in quanto ripristinano una differenza di disciplina a seconda che l'immobile locato sia destinato ad abitazione o a sede dell'impresa.

L'ultimo dei profili della legislazione speciale è costituito dal complesso di quei provvedimenti che non sono dettati per singoli contratti ma creano *norme di carattere generale* derogatorie rispetto a quelle contenute nel codice civile. Un primo esempio di provvedimento normativo che detta una disciplina di carattere generale applicabile a contratti stipulati per l'esercizio dell'impresa è la legge 21 febbraio 1991, n. 52 recante la *Disciplina della cessione dei crediti di impresa*. Tale legge, che non si può dire aver

---

in Giust. civ., 1984, I, 1546), o per contrarietà ad una norma imperativa (Cass. 4 novembre 1994, n.9063, in Contratti, 1995, 171, con nota di FRANCESCHELLI).

Si segnala, sul medesimo argomento Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sez. I, sentenza 13 luglio 2000, causa C-456/98, Soc. Centrosteeel c. Adipol GmbH, in Foro it., 2001, IV, 26, nella quale viene ribadito che «la direttiva 86/653/CEE osta ad una normativa nazionale che subordini la validità di un contratto di agenzia all'iscrizione dell'agente di commercio in un apposito albo; il giudice nazionale, nell'applicare disposizioni del diritto nazionale anteriori o successive a tale direttiva, è tenuto ad interpretarle quanto più possibile alla luce del tenore e della finalità della stessa, in modo da consentirne un'applicazione conforme agli obiettivi di quest'ultima».

disciplinato in modo organico il contratto di *factoring*, rappresenta la disciplina «della cessione di un certo tipo di credito (...) fra un certo tipo di soggetti (...)»<sup>52</sup> ed assume così un valore di ordine generale.

La nuova normativa presenta quattro innovazioni: a) consente la cessione in massa dei crediti presenti e futuri anche se non è ancora stato stipulato il contratto da cui sorgeranno, alla sola condizione che tale contratto sia stipulato entro 24 mesi, e che sia indicato il debitore ceduto (art. 3); b) prevede come naturale la garanzia del cedente della solvenza del debitore ceduto (art. 4); c) individua, nel pagamento con data certa (di una parte) del corrispettivo, un nuovo criterio di opponibilità (art. 5); d) prevede una disciplina fallimentare speciale (art. 6, 7)<sup>53</sup>.

Introducendo una distinzione tra cessione commerciale e cessione civile del credito «senza alcuna intenzione enfattizzatrice, si

---

<sup>52</sup> DE NOVA G., *Disciplina dell'acquisto dei crediti d'impresa: un disegno di legge*, in *Riv dir civ.*, 1987, I, 287. Sul punto anche RIVOLTA G.C.M., *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 709.

<sup>53</sup> Non è certo, tuttavia, quando ricorra una “cessione di crediti d'impresa”, soggetta in quanto tale alla legge n. 52/1991 e non (in parte) alle norme del codice (artt. 1260-1267 c.c.), e ciò in ragione dell'ambiguo disposto del suo art. 1, comma 1, indicante, appunto, i presupposti di applicazione della disciplina speciale in discorso. Per la verità, dubbi non sorgono con riguardo ai requisiti soggettivi che devono essere posseduti da cedente e cessionario per l'assoggettamento dell'operazione da essi compiuta alle regole della legge speciale: ai sensi delle lett. a) e c) dell'articolo sopra citato, infatti, il primo non può che essere un imprenditore, mentre il secondo «una banca o un intermediario finanziario disciplinato dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia emanato ai sensi dell'art. 25, comma 2 o , della legge 19 febbraio 1992, n. 142, il cui oggetto sociale preveda l'esercizio dell'attività di acquisto dei crediti d'impresa». Decisamente problematica è invece l'esatta delimitazione dei presupposti oggettivi di applicazione della legge, e in particolare l'interpretazione delle previsioni secondo cui si ha riguardo alla “cessione dei crediti pecuniari verso corrispettivo”, i quali devono sorgere “da contratti stipulati dal cedente nell'esercizio dell'impresa” (art. 1, comma 1, lett. b).

può convenientemente scrivere che questa legge sembra costituire un inizio di riempimento di quella lacuna normativa di ordine generale che dalla maggioranza degli autori veniva evidenziata come ostativa alla giustificazione non meramente concettuale di un' autonoma categoria di contratti di impresa»<sup>54</sup>.

Un secondo intervento legislativo di portata generale è quello relativo al *credito al consumo* (inizialmente regolato e istituito dalla legge 19 febbraio 1992, n. 192 e poi confluito nel TUB agli artt. 121-126), per il quale si «intende la concessione, nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale, di credito sotto forma di dilazione di pagamento, di finanziamento o di altra analoga facilitazione» ed il cui esercizio è riservato alle banche, agli intermediari finanziari e agli altri soggetti autorizzati (in quest'ultimo caso solo nella forma della dilazione di pagamento del prezzo).

La norma che presenta una divergenza con il codice civile è l'art. 124 del T.U. bancario, il quale stabilisce che ai contratti di credito al consumo si applica l'art. 117, comma 1 e comma 3, cioè la redazione per iscritto a pena di nullità della concessione del credito e l'obbligo di consegnarne “un esemplare” al cliente e il secondo comma del medesimo articolo che si occupa della determinazione del contenuto minimo del contratto<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 82.

<sup>55</sup> E' stato rimarcato (MACARIO F., *Il credito al consumo*, in LIPARI N. (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Vol. IV, Padova, 2003, 89) che il carattere sostanziale del controllo contenutistico del contratto è riscontrabile anche nella giurisprudenza che ha inteso rilevare d'ufficio la nullità del contratto per l'assenza di indicazione dei beni oggetto della compravendita finanziata, posto che la carenza informativa sulle caratteristiche del bene acquistato con il finanziamento non è suscettibile di integrazione attraverso i meccanismi di inserzione automatica di clausole. E' interessante notare che la rilevabilità d'ufficio di una nullità relativa, quale è quella prevista dall'art. 127 a tutela del cliente e/o debitore consumatore, è giustificata dalla ricordata giurisprudenza in considerazione, da un lato, dello stesso carattere imperativo della disposizione, dall'altro della sua *ratio* protettiva della

Altre sono poi le normative che derogano alla disciplina generale in tema di obbligazione e di contratto, come il d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50, in materia di contratti stipulati fuori dai locali commerciali o il d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 recante norme relative alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza. Queste discipline sono però oggi confluite nel codice del consumo e pertanto, per quanto necessario alla presente trattazione, si rinvia al paragrafo 4.3. del presente capitolo. Da ultimo va ricordato il d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, relativo alla disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, da cui emerge una deroga alla disciplina contenuta nel codice civile relativamente all'inadempimento delle obbligazioni.

#### **4.2. LA LEGISLAZIONE INTERNAZIONALE E COMUNITARIA.**

Il secondo fattore che ha inciso sulla contrattazione di impresa è dato dalla legislazione internazionale e da quella comunitaria in particolare.

L'importanza di queste due fonti è indubbiamente apparsa già da quanto esposto nel precedente paragrafo, in quanto la legislazione interna che ha inciso sulla disciplina dei contratti è legislazione di recepimento delle normativa internazionale, la quale all'interno l'ampio ambito del settore privatistico si è interessata maggiormente a quello commerciale.

Questo interesse è dovuto al fatto che il diritto dei traffici e degli affari, proprio della materia commerciale, è quello che ha maggiormente sentito la necessità dell'uniformità e

---

parte più debole del rapporto (Pret. Bologna, 4 gennaio 1999, in *Corriere giur.*, 1999, 600). Sul credito al consumo si rinvia a ALPA G., *Il credito al consumo*, in *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 1995; DONA M., *Il codice del consumo, regole e significati*, Torino, 2005; NIGRO C.A., *Introduzione alla nuova disciplina del credito al consumo – Le novità della direttiva 2008/48/ce del 22 maggio 2008 in materia «contratti di credito ai consumatori»*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali<sup>56</sup>: è noto che tra gli obiettivi materiali della Comunità europea è presente la realizzazione di un c.d. mercato interno tra gli Stati comunitari<sup>57</sup>.

È necessario, però, tenere distinti l'obiettivo della armonizzazione da quello della unificazione: mentre il primo, tramite le direttive comunitarie, incide sugli ordinamenti dei singoli Stati, il secondo, tramite progetti quali quello per la realizzazione di un "codice europeo dei contratti", investe solo la disciplina dei rapporti commerciali transazionali.

Tra le Convenzioni internazionali, utili ai fini della presente trattazione, meritano di essere ricordate; la Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, ratificata con la l. 11 dicembre 1985, n. 765, sulla "*vendita internazionale di beni mobili*", la quale, pur prescrivendo all'art. 1, comma 3, che il carattere civile o commerciale delle parti o del contratto non sono presi in considerazione ai fini della applicazione della Convenzione stessa, all'art. 2 stabilisce che essa non si applica alle vendite di «*beni mobili acquistati, per uso personale, familiare o domestico*»; la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, ratificata con la l. 18 dicembre 1984, n. 975, la quale costituisce uno strumento per evitare le possibili interpretazioni difformi da parte dei giudici nazionali, prevedendo all'art. 18 che «*nell'interpretazione e applicazione delle norme uniformi che precedono, si terrà conto del loro carattere internazionale e dell'opportunità che siano interpretate e applicate in modo uniforme*».

---

<sup>56</sup> ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 59, il quale ricorda la Risoluzione del 26 maggio del 1989 del Parlamento europeo sul ravvicinamento del diritto privato degli Stati membri della Comunità. Cfr. in proposito anche le considerazioni di BONELL M.J., (voce) *Unificazione internazionale del diritto*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 720 e ss.

<sup>57</sup> CARBONE S.M., *Obiettivi di diritto materiale e tendenze del diritto internazionale privato e processuale comunitario*, in *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento "Roma I"*, Milano 2007, 12.

La Convenzione di Roma, insieme alla Convenzione di Bruxelles (trasformata nel Regolamento CE 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernete la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale), costituisce il precedente logico e una prima concreta attuazione del disegno di fare del territorio comunitario uno spazio giuridico integrato per quel che concerne la materia civile e commerciale.

Ai fini della determinazione della legge applicabile, la Convenzione si ispira a tre principi: il primo è quello dell'autonomia della volontà, le parti, infatti, sono libere di designare la legge regolatrice del contratto (art. 3); il secondo principio prevede che, in assenza di scelta, il contratto è sottoposto alla legge con cui presenta il collegamento più stretto (art. 4); il terzo principio è il *favor negotii*, considerando valido il contratto se soddisfa i requisiti formali della legge che ne regola la sostanza o quelli della legge in cui il contratto è concluso.

Dalla lettura delle norme della Convenzione di Roma emerge chiaramente che il proprio fine è quello di favorire il suo utilizzo nel diritto degli affari, in quanto, lasciando alle parti la libertà di individuare la legge regolatrice del contratto, intende garantire loro, nella massima misura possibile, la produzione degli effetti che hanno ricercato attraverso la stipulazione del contratto.

La scelta di lasciare ampio spazio all'autonomia privata è, però, valida solo con riferimento ai rapporti contrattuali in cui le parti in causa si collocano su una posizione di tendenziale parità<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> CARBONE S.M., *op. cit.*, 23, «In questo senso, pertanto, affidando alla volontà delle parti la scelta della legge applicabile, si è inteso favorire il loro interesse materiale, non essendovi motivi per considerare la scelta di legge attribuita all'autonomia privata “incompatibile con qualsiasi criterio materiale”, oppure inidonea nel “perseguire una politica materiale”. Infatti, l'impiego dell'autonomia internazionalprivatistica non si riduce a mera tecnica rivolta ad esprimere il legame più stretto con la sede di esecuzione delle prestazioni oggetto della fattispecie negoziale e/o la sua migliore localizzazione, bensì soprattutto consente di garantire, nella massima misura possibile nell'ottica delle parti, la produzione degli effetti di carattere mate-

Ma nel momento in cui tale parità viene meno, emerge la scelta del diritto comunitario di proteggere, anche attraverso tecniche di diritto internazionale privato o di diritto processuale civile internazionale, le categorie sociali ritenute deboli, introducendo una disciplina specifica in loro favore, derogatoria dei principi generali, evitando che il maggior potere contrattuale della loro controparte vanifichi le tutele poste in loro favore.

Pertanto, anche nella Convenzione di Roma vengono distinte e separate le regole dell'*optio legis* per quanto concerne i contratti in cui una delle parti sia un consumatore o un lavoratore (artt. 5 e 6 della Convenzione), stabilendo che la scelta non può avere come risultato quello di privare tali soggetti della protezione prevista dalle disposizioni imperative della legge che regolerebbe il contratto in caso di mancanza di scelta o in cui il contraente debole abitualmente risiede.

La tutela di protezione del contraente debole, ed in particolare del consumatore, è il principio ispiratore di molte direttive comunitarie, le quali, recepite dall'ordinamento interno, hanno comportato la modifica o la creazione di nuovi principi generali in tema di contratti. L'imponente normativa relativa al consumatore è ora racchiusa nel codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), il quale ha posto fine all'ipertrofia e frammentazione legislativa che aveva sinora caratterizzato il diritto dei consumatori.

### **4.3. IL CODICE DEI CONSUMATORI. CENNI.**

I contratti stipulati dai consumatori rappresentano una sottocategoria dei contratti d'impresa, in quanto le norme che li discipli-

---

riale secondo le ragioni economiche alla base dell'operazione di cui il contratto costituisce la formalizzazione in termini giuridici. Da ciò consegue che il fine principale dell'impiego internazionalprivatistico dell'autonomia privata è da individuarsi in una specifica scelta politica di tutela degli interessi materiali dei contraenti, che si identificano anche nella tutela del perseguimento del loro identico scopo».

nano fanno riferimento solo ai contratti unilateralmente commerciali (in cui solo una parte agisce nello svolgimento della propria attività intellettuale).

Mentre si indugia sul riconoscimento di un' autonoma categoria dei contratti di impresa, la dottrina individua nei contratti del consumatore il maggior punto di divaricazione tra la disciplina contenuta nel codice civile nel Titolo II del Libro IV e le norme a carattere speciale derivanti dalla legislazione speciale, tanto da mettere in crisi la stessa unitarietà del concetto e della categoria del contratto<sup>59</sup>.

La disciplina dei contratti *business to consumer* è stata introdotta nell'ordinamento italiano grazie all'attuazione di alcune direttive comunitarie emanate a partire dalla metà degli anni Ottanta ed oggi per la maggior parte confluite nel codice del consumo, il quale è per lo più costituito dalla semplice trasposizione delle norme previgenti<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Il fenomeno del *consumerism* è importante perché ha contribuito a portare in maggior evidenza la categoria dei contratti di impresa, ma non esaurisce il fenomeno della contrattazione di impresa in quanto la categoria dei contratti di impresa è più ampia della categoria dei contratti dei consumatori. Sul punto cfr. BUONOCORE V., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., 83 e ss.; BREGOLI A., *op. cit.*, 140; SIRENA P., *La categoria dei contratti di impresa e il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 423.

<sup>60</sup> Per un commento sul codice di consumo si rinvia a ALPA G., *Il codice del consumo*, in *Contratti*, 2005, 1047; CAPOBIANCO E., *La protezione del consumatore tra obiettivi di razionalizzazione normativa e costruzione del sistema nell'esperienza del codice del consumo*, in *Vita not.*, 2008, 1187; CALVO R., *Il Codice del consumo tra consolidazione di leggi e autonomia privata*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2006, 74; CAPOBIANCO E., *La protezione del consumatore tra obiettivi di razionalizzazione normativa e costruzione del sistema nell'esperienza del codice del consumo*, in *Vita not.*, 2008, 1187; DE CRISTOFARO G., *Le disposizioni «generali» e «finali» del Codice del consumo: profili problematici*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2006, 43; DE CRISTOFARO G., *Il «codice del consumo»: un'occasione perduta?*, in *Studium iuris*, 2005, 1137; DI MARZIO F., *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 837; PATTI S., *Il codice*

La parte prima del codice contiene le “Disposizioni Generali”, in cui sono confluite alcune norme della l. 281/98. Immutato è l’elenco dei diritti dei consumatori (art. 2) così come identiche<sup>61</sup> sono le definizioni di consumatore o utente, di professionista e di associazione dei consumatori contenute nell’art. 3; la nozione di consumatore, in particolare, continua ad essere limitata alla sola «*persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*». Non c’è stato, quindi, l’ampliamento della categoria dei consumatori teso a farvi rientrare anche le piccole imprese (specie le ditte individuali) auspicato dalle associazioni di categoria.

Il professionista continua ad essere la «*persona fisica o giuridica che agisce nell’esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero di suo intermediario*».

È quasi pleonastico osservare che solo dalle definizioni dei contraenti emerge chiaramente che siamo nell’ambito della contrattazione di impresa in quanto il codice prende in considerazione solo quei rapporti svolti in quell’ambito.

La Parte Seconda del codice disciplina l’educazione, l’informazione e la pubblicità, ed accoglie norme tratte dalla legge 281/98, dalla legge 126/91 e dal decreto ministeriale 101/97.

Rispetto alla formulazione della citata disciplina previgente è stata aggiunta una norma (art. 4) relativa all’educazione del consumatore di cui vengono individuate le finalità nel favorire la consapevolezza dei diritti, lo sviluppo dell’associazionismo, la partecipazione ai procedimenti amministrativi e la rappresentanza.

Il Titolo II, dedicato all’informazione ai consumatori (già d.lgs. 84/2000), contiene poche aggiunte rispetto alla normativa precedente: viene specificato che ai fini delle norme sull’informazione deve intendersi per consumatore «*la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali*» (art. 5) senza riferimento alcuno alla natura professionale o meno del destinatario; viene aggiunto al contenuto minimo delle informazioni l’indicazione del Paese di origine dei prodotti se situato fuori dall’UE

---

*civile e il diritto dei consumatori. Postilla, in Nuova giur. civ. comm., 2005, II, 282;*

<sup>61</sup> salvo per l’aggiunta delle parole “commerciale, artigianale” inserite ad opera del art. 3, comma 2, del d.lgs. 33 ottobre 2007, n. 221 nelle nozioni di consumatore e professionista.

(art. 6) ed è introdotto l'obbligo per i distributori di carburanti di esporre in modo visibile dalla strada i prezzi praticati al consumo (art. 15).

Il Titolo III, relativo alla pubblicità (ex d.lgs. 74/1992 e d.lgs. 67/2000), che conteneva una ulteriore e diversa, nozione di consumatore, comprendendo anche la persona fisica o giuridica cui sono dirette le comunicazioni commerciali o che ne subisce le conseguenze (art. 18), è stato modificato dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146 e la nozione di consumatore è tornata ad essere quella di persona fisica che agisce per scopi estranei alla propria attività economica. Ciò è dovuto al fatto che la normativa sulle pratiche commerciali scorrette, in attuazione delle direttiva 2005/29/CE, è stata sdoppiata a seconda che disciplinasse la pubblicità ingannevole e comparativa e le sue conseguenze sleali nei rapporti tra imprenditori (d.lgs. 145/2007 che resta collocato in un *corpus* normativo separato dal codice del consumo) o che riguardasse le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori (d.lgs. 146/2007, confluito nel codice del consumo).

Dopo la normativa sulla pubblicità ingannevole e comparativa, la quale riguarda anche le pratiche commerciali aggressive, si trova nel Titolo IV la rinnovata disciplina (articoli 28-32) a tutela del consumatore in materia di televendite (l. 120/1998 e l. 39/2002).

La Parte Terza del codice disciplina il rapporto di consumo e si apre con la disciplina dei contratti del consumatore in generale (artt. 33-37), precedentemente contenuta nel codice civile (artt. 1469-*bis* - 1469-*sexies*).

L'elencazione delle clausole vessatorie è rimasta pressoché invariata ma nella trasposizione dal codice civile al codice del consumo, la disciplina ha subito tre importanti modificazioni. In primo luogo il legislatore ha modificato la sanzione prevista per le clausole di cui sia accertata la vessatorietà: mentre nella precedente formulazione venivano dichiarate inefficaci, nel nuovo codice sono invece dichiarate nulle, introducendo così una sanzione più incisiva rafforzando la tutela del consumatore. In secondo luogo, è stato precisato che solo le associazioni di consumatori iscritte nell'elenco di cui all'art. 137 cod. cons. sono legittimate ad esperire l'azione inibitoria dell'utilizzo di condizioni generali di contratto dal contenuto vessatorio. In terzo luogo, si è stabilito che solo ai giudizi promossi attraverso l'esperimento dell'azione inibitoria si applicano le disposizioni dell'art. 140 del codice del consumo recante la disciplina processuale dei giudizi promossi attraverso l'esercizio dell'inibitoria "generale" a tutela degli interessi collettivi dei consumatori. Il Titolo I si chiude poi con la disposizione, la quale, al fine di collegare la disciplina presente nel codice del consumo con le norme generali contenute nel codice civile, stabilisce che ai contratti

conclusi tra consumatori e professionisti si applicano, per quanto non previsto dalla disciplina dettata per i consumatori, le norme del codice civile.

L'impatto che tali norme hanno avuto e continuano ad avere sulla disciplina del contratto è ben noto e non resta altro che rinviare a quanto scritto in materia<sup>62</sup>.

Alla "parte generale" della disciplina dei contratti dei consumatori contenuta nel Titolo I, fa seguito il Titolo II, che comprende una novità: la norma generale dell'art. 39, la quale prevede che le attività commerciali sono «*improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori*». Segue poi la disciplina del Credito al Consumo, artt. 40-43 (già d.lgs. 63/2000 ed art. 125, commi 4 e 5 del d.lgs. 385/1993).

Il Titolo III della Parte Terza, relativo alle "modalità contrattuali", raccoglie agli artt. 45-49 le norme relative ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali (d.lgs. 50/1992) ed agli articoli 50-61 quelle relative ai contratti a distanza (d.lgs. 185/1999).

Entrambe le normative previgenti avevano ad oggetto la disciplina del c.d. diritto di ripensamento del consumatore, ovvero il suo diritto a recedere, entro termini e con modalità speciali stabilite dalla legge, dai contratti medesimi. La trasposizione delle citate norme nel codice è stata l'occasione per alcune modifiche. In primo luogo è stata unificata la disciplina del diritto di recesso ora collocata nell'autonoma sezione IV (artt. 64-68) adottando un unico termine per l'esercizio del diritto di recesso che è ora, in ogni caso, di 10 giorni lavorativi generalizzando così la previsione più vantaggiosa

---

<sup>62</sup> ALPA G., *L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 237; ID., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Corr. Giur.*, 1993, 639; BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 17; BIN M., *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. Impr. Eur.*, 1996, II, 437; BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 97 e ss.; NUZZO M., *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 308; PARDOLESI R., *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 523; ID., *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, 1995, V, 137; PATTI S., *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime considerazioni*, in *Contr. Impr.*, 1993, 71; ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 277.

per il consumatore, precedentemente limitata ai contratti a distanza (contro i sette giorni dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali). Una seconda modifica importante concerne la disciplina delle spese accessorie che il consumatore che eserciti il diritto di recesso è tenuto a risarcire al professionista: mentre nella precedente disciplina era stabilito che il consumatore dovesse risarcire le spese accessorie indicate preventivamente nel contratto, l'art. 67 comma 3 del codice stabilisce che «le sole spese dovute dal consumatore per l'esercizio del diritto di recesso sono le spese dirette di restituzione del bene al mittente, ove espressamente previsto dal contratto». La nuova formulazione della norma è volta a contrastare la prassi di quei soggetti che inserivano nei contratti clausole sulle spese accessorie assolutamente esorbitanti, costringendo quindi il consumatore che avesse esercitato il diritto di recesso a pagare, sotto forma di rimborso di spese accessorie, delle vere e proprie penali. La terza novità rilevante concerne la materia del credito al consumo: l'art. 67 al sesto comma generalizza la regola, precedentemente limitata ai soli contratti a distanza, secondo cui l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore determina la risoluzione di diritto dell'eventuale contratto di finanziamento collegato al contratto di fornitura. La novità ha quindi l'effetto di rafforzare, anche sul piano sistematico, la figura ed il rilievo del collegamento negoziale.

In tale parte del codice sono state inserite anche le norme concernenti i contratti aventi ad oggetto l'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili (d.lgs. 427/1998) e quelle sui servizi turistici (d.lgs. 111/1995).

Nella Parte Quarta, relativa alla sicurezza e qualità, sono confluite, restando sostanzialmente invariate, anche le norme sulla sicurezza dei prodotti (d.lgs. n.172/2004), sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi (d.lgs. 224/1988 e d.lgs. n.25/2001), nonché quelle sulla garanzia legale di conformità e le garanzie commerciali per i beni di consumo (inserite agli artt. 1519-*bis* - 1519-*novies* del codice civile dal d.lgs. n. 24/2002).

Si segnala, a proposito di tale ultima normativa, che non è stata modificata la previsione dell' art. 1519-*quinquies*, ora art. 131 cod. cons., che sancisce la natura disponibile del diritto di regresso del venditore finale, che abbia ottemperato ai rimedi esperiti dal consumatore, nei confronti del soggetto o dei soggetti responsabili del difetto di conformità facenti parte della medesima catena contrattuale distributiva ovvero di qualsiasi intermediario. Il venditore può rinunciare o escludere sin dall'inizio del rapporto il proprio diritto di regresso nei confronti dei venditori precedenti della medesima catena distributiva per la responsabilità nei confronti del consumatore.

Tale previsione determina una posizione di debolezza dei piccoli rivenditori nei confronti delle grandi aziende che tendono ad imporre contrattualmente, in virtù della maggior forza negoziale, la preventiva rinuncia al diritto di regresso del venditore, scaricando così sui piccoli commercianti gli oneri relativi alla responsabilità verso i consumatori.

La Parte Quinta del codice, che disciplina le Associazioni dei Consumatori e l'accesso alla Giustizia, non modifica le norme previgenti ma aggiunge, all'articolo 141, una nuova regola per la composizione extragiudiziale delle controversie, intesa a favorire il ricorso alle procedure conciliative, specie quelle amministrate dalle Camere di Commercio.

Riassumendo i punti più salienti della disciplina del codice del consumo, è indubbio che essa incide sistematicamente e profondamente sul regolamento contrattuale fin dalla sua iniziale contrattazione. Il codice del consumo, infatti, attribuisce centrale rilevanza al momento dell'informazione, imponendo al professionista forme di pubblicità – fissando un contenuto minimo necessario dell'informazione – che hanno come obbiettivo quello di colmare, tramite la trasparenza, lo squilibrio informativo intercorrente tra consumatore e professionista. La tutela del consumatore nella formazione del consenso è rafforzata, inoltre, dalla possibilità di esercitare nelle forme previste dal codice il diritto di recesso senza alcun onere.

È stata ulteriormente accresciuta la tutela relativa alle clausole vessatorie la cui efficacia non è più legata alla sola “doppia sottoscrizione”: viene prevista la nullità delle clausole che, indipendentemente dalla buona fede di colui che la ha predisposte, comportano un significativo squilibrio dei diritti ed obblighi contrattuali a carico della parte debole.

Il fatto che il rapporto tra impresa e consumatore fosse un momento particolarmente rilevante nel contratto lo intuì già mezzo secolo fa Ascarelli<sup>63</sup>; tuttavia alla scoperta del consumatore non fa

---

<sup>63</sup> ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, 119 e ss. Cfr. anche BARREA M., *Teoria della concorrenza e libertà del consumatore: l'insegnamento di Tullio Ascarelli*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 909, in particolare 943 e ss.

seguito l'adozione immediata di misure legislative a sua difesa<sup>64</sup>. È necessario «un lungo periodo di tempo per sensibilizzare l'opinione pubblica e richiamare l'attenzione dei legislatori sui problemi dei consumatori. E il merito non deve solo ascriversi alle analisi dottrinali di economisti e sociologi, ma anche delle organizzazioni spontanee di consumatori che danno inizio a campagne di stampa con il compito di segnalare i fenomeni più gravi e dannosi nei quali si manifesta la strategia di profitto dell'impresa».

La rilevanza della tutela del consumatore prende davvero forma con l'adesione dell'Italia alla Comunità europea, tanto da potersi affermare che il vero e proprio diritto dei consumatori riceve pieno riconoscimento nel nostro ordinamento solo con tale avvenimento. È da questo momento che si ha, riprendendo il termine usato da Buonocore, l'alluvione di leggi speciali di impulso comunitario.

Il diritto dei consumatori, però, non si ancora arrestato essendo subentrato in una nuova fase che ha ampliato ulteriormente gli orizzonti: con la *globalizzazione* si è passati dal mercato interno europeo al mercato globale. La globalizzazione, riguardando la dimensione planetaria dei rapporti economici, investe direttamente il mercato e, di riflesso, la posizione dei consumatori<sup>65</sup>.

#### 4.4. LA *LEX MERCATORIA*

Ulteriore fattore che ha riportato alla riemersione dei contratti commerciali o d'impresa è la capacità della *lex mercatoria* di creare nuovi strumenti e nuovi modelli contrattuali, mettendo in evidenza l'inadeguatezza del codice civile a soddisfare le esigenze

---

<sup>64</sup> ALPA G., *Il codice del consumo*, cit., 1048.

<sup>65</sup> ALPA G., *Il codice del consumo*, cit., 1054. GALGANO F., *Il riflesso giuridico della globalizzazione*, in *Vita not.*, 2002, 51 e ss.; SIRENA P., *La categoria dei contratti di impresa e il principio di buona fede*, cit., 415.

nascenti dalla nuova centralità assunta dall'impresa<sup>66</sup>. L'esigenza di normazione parallela a quella pubblica, e generata dal mercato stesso esiste da oltre due millenni, e come, quella di cui si è discusso nella prima parte capitolo, è solamente l'evoluzione di quella unica e risalente esigenza rapportata ai modelli economici e politici attuali. Il mercato globale, da sempre, cerca modelli di autonormazione che assolvano anche e soprattutto ad esigenze di comunicazione mediante un codice linguistico e precettivo unitario, così da facilitare gli scambi.

L'attuale *lex mercatoria* non sembra discostarsi molto da quella che regolava il commercio già nel tardo medioevo, essendo medesime le ragioni che hanno portato alla rinascita ai giorni nostri di questo diritto sovranazionale del commercio di origini antiche: da un lato, offrire regole comuni agli operatori commerciali mettendo a loro disposizione gli strumenti per sanare eventuali lacune che si potrebbero presentare, mancando una regolamentazione univoca cui fare riferimento e, dall'altro, permettere che la creazione di nuove figure contrattuali possono valere in quegli ordinamenti in cui l'immobilismo giuridico presenza l'assenza di moderne figure giuridiche<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 108; OPPO G., *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, cit., 84. Sul ruolo svolto dalla *lex mercatoria* anche nel passato si rinvia a BUONOCORE V., *Problemi di diritto commerciale europeo*, in *Giur. comm.*, 2008, 3.

<sup>67</sup> La *lex mercatoria*, figlia della prassi, ha infatti l'obiettivo di proporre una disciplina in linea con le esigenze del tempo, che, grazie alla grande flessibilità da cui dovrebbe essere caratterizzata, sia in grado di offrire alle parti strumenti idonei al pieno soddisfacimento dei loro interessi (con connotazione internazionalprivatistica), MAZZOLETTI E., *op. cit.*, 519. Su tale funzione della *lex mercatoria* si veda anche VALLE L., *op. cit.*, 697; MORELLO U., *op. cit.*, 289; FERRARESE M.R., *La lex mercatoria tra storia e attualità: da diritto dei mercanti a lex per tutti?*, in *Soc. dir.*, 2005, 164; FORTUNATI M., *La lex mercatoria nella tradizione e nella recente ricostruzione storico-giuridica*, in *Soc. dir.*, 2005, 29 ss.; PADOA-SCHIOPPA A., *Brevi note storiche sulla lex mercatoria*, in *Soc. dir.*, 2005, 77.

Sotto la denominazione di *contratti d'impresa* si devono comprendere, infatti, anche i nuovi modelli contrattuali, legalmente atipici, che non hanno ricevuto un'organica disciplina legislativa. Le regole dei contratti in questione sono, quindi, costituite in prevalenza da prassi negoziali, condizioni generali di contratto, usi. Si possono richiamare a titolo esemplificativo i contratti di *leasing*, di *factoring*, di *franchising*, di *merchandising*, di *engineering*, di *swap*, tutti contratti che sono – almeno unilateralmente – d'impresa<sup>68</sup>.

La *lex mercatoria* non è, però, delimitabile entro confini precisi e il l'unico modo per tracciarne i limiti ed individuarne i contenuti sembra perciò quello di procedere all'analisi delle varie norme che sicuramente ne fanno parte.

Fonti della *lex mercatoria* sono di vario tipo e tra esse si possono ricordare<sup>69</sup>: a) gli usi generali o settoriali del commercio internazionale, comunitario o domestico (raccolti dalle organizzazioni imprenditoriali o da organismi a ciò delegati, come la Camera di commercio internazionale); b) i principi che derivano dalle principali convenzioni uniformi; c) le clausole contrattuali di più frequente utilizzazione; d) le regole della giurisprudenza arbitrale internazionale<sup>70</sup>; e) i principi elaborati da organizzazioni interna-

---

<sup>68</sup> BUONOCORE V. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, cit., 831

<sup>69</sup> PRESTI G. - RESCIGNO M., *op. cit.*, 97.

<sup>70</sup> La giurisprudenza arbitrale internazionale, cui sempre più spesso ricorrono i contraenti per risolvere le questioni fra di loro insorte con riferimento al contratto che le vincola, è forse l'ambito in cui, più degli altri, gli usi sono stati utilizzati come fonte del diritto. Il ricorso alla giurisprudenza arbitrale è dovuto ad una serie di ragioni: innanzitutto, il giudizio che ne deriva è, rispetto a quello ordinario, indiscutibilmente più rapido ed economicamente vantaggioso; in secondo luogo, l'arbitro è svincolato, e così le parti, dai rigorismi formali e procedurali del giudizio avanti al Tribunale statale; inoltre, nello stabilire di rimettere in arbitri la controversia le parti possono indicare sia quale legge intendono applicare al loro rapporto; infine, possono vincolare gli arbitri a decidere tenendo in considerazione le regole dettate dalla *lex mercatoria* per regolare una precisa fattispecie. Sul punto MAZZOLETTI E., *op. cit.*, 519.

zionali tra i quali si ricordano i *Principi di Unidroit* e i *Principi di diritto europeo dei contratti* (PECL) sviluppati in sede comunitaria.

Per comodità, quindi, le fonti individuate si possono raggruppare in tre categorie a seconda dell'ambito di applicazione, e del diverso riferimento normativo positivo. La fonte domestica, che sorge per esigenze interne al mercato statale; la fonte europea destinata tendenzialmente ad operare fra operatori economici europei, pur se nulla vieta che essa sia applicata anche in ambito extraeuropeo; la fonte internazionale, essenzialmente volta al soddisfacimento di esigenze di scambio con operatori intercontinentali.

Oggi gli usi, nonostante il rilievo marginale ad essi attribuito dal codice civile<sup>71</sup>, si pensi all'art. 1362 cod. civ., assumono nuovo vigore e la tipologia di usi che ha acquistato maggiore rilevan-

---

<sup>71</sup> Tra le norme del codice civile che in modo sparso fanno riferimento agli usi come fonti di diritto (art. 1, n. 4 disp. prel.) si possono ricordare, oltre all'art. 8, primo comma, disp. prel. che restringe l'ambito di efficacia degli usi ai soli casi di esplicito richiamo da parte della legge, quelle che prevedono: la presunzione di esistenza degli usi (art. 9 disp. prel.); la possibilità di adempimento parziale, se gli usi lo consentano (art. 1181); la possibilità che gli usi determinino il luogo di adempimento (art. 1182, primo comma); la portata direttamente normativa degli usi in relazione al tempo di adempimento (art. 1183, primo comma); la possibilità che gli usi impediscano la proroga del termine di adempimento cadente in giorno festivo (art. 1187, secondo comma); la forma dell'offerta di adempimento, diversa da quella disciplinata dalla legge (art. 1214); il tempo di accettazione della proposta contrattuale (art. 1326, secondo comma).

Il catalogo completo sarebbe lungo ma esso ha lo scopo di sottolineare la differenza normativa, fra uso e prassi, la quale emerge in modo netto, proprio in relazione alla materia qui considerata, dall'art. 1368, secondo comma, cod. civ., il quale prevede che «nei contratti in cui una delle parti è un imprenditore, le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è la sede dell'impresa». Questa norma non concerne l'uso, che, seppure con vari limiti, costituisce pur sempre una fonte normativa prevista dall'ordinamento per la propria eterointegrazione, ma una fonte interpretativa esterna all'ordinamento, che però entra a farvi parte nel momento in cui il giudice la applichi a fini ermeneutici.

za in materia contrattuale è quella che deriva dal commercio internazionale. Si è venuto a formare un insieme di regole non scritte a cui le parti fanno implicitamente riferimento, in quanto applicate abitualmente nel luogo e nell'ambito in cui esse operano, cosicché essi vengono ritenuti, oltre che operanti, anche vincolanti<sup>72</sup>.

Relativamente agli usi internazionali si deve, però, rilevare che negli ordinamenti statuali non è possibile un'applicazione estesa ed incondizionata degli usi in quanto sono presenti nel diritto codificato regole e principi che frenano il loro utilizzo, come i principi di ordine pubblico<sup>73</sup>. In altri termini, quindi, non sembra possibile recepire nell'ordinamento italiano un diritto commerciale dei contratti fondato sugli usi, almeno fino a quando non sia superata la difficoltà dovuta al formalismo del nostro ordinamento.

Il diritto civile e commerciale internazionale è quello maggiormente indirizzato alla creazione di un diritto unico ed uniforme: si cominciano a delineare i primi contorni di un diritto soprannazionale che, in attesa di norme scritte ed univoche in grado di regolarne compiutamente gli aspetti del moderno diritto, utilizza gli usi come principale fonte di regolamentazione essendo l'unica realmente comune a tutti gli operatori dei diversi settori<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> MORELLO U., *L'efficacia della lex mercatoria nel sistema italiano: tendenze e prospettive*, in *Soc. dir.*, 2005, 287; MAZZOLETTI E., *Gli usi contrattuali e la nuova lex mercatoria*, in *Giur. comm.*, 2007, 519.

<sup>73</sup> MORELLO U., *op. cit.*, 295. Frequenti difficoltà di inserimento degli usi internazionali nell'ordinamento interno sono inoltre dovute alla riluttanza degli stessi giudici tanto all'integrazione quanto all'interpretazione del contratto. La tendenza è quella di ricondurre il contratto a fattispecie note, a casi simili già esaminati da dottrina e giurisprudenza: in tal modo il contratto non presenterebbe mai lacune tali da richiedere un intervento suppletivo dell'autorità. Per ovviare a tale limite si tende, oggi, ad investire le parti contrattuali dell'autonomia decisionale di scegliere la legge applicabile al loro rapporto. Operando in tal modo i contraenti avrebbero la possibilità di aggirare facilmente l'ostacolo rappresentato dai limiti fissati dagli ordinamenti interni.

<sup>74</sup> VALLE L., *Progetti per la realizzazione di un diritto comune europeo dei contratti*, in *Contr. imp. Europa*, 2000, 713; BASEDOW J., *Un comune*

Nella costante e sempre più consapevole presa di coscienza della progressiva caduta delle barriere territoriali e della conseguente necessità di una modifica dell'organizzazione giuridica dei rapporti, non solo economici, che si svolgono nello spazio così determinato, si inserisce il tentativo di uniformazione del diritto civile e commerciale extrastatuale.

Va, peraltro rilevato che vi è una chiusura verso l'applicazione spontanea della *lex mercatoria*, da parte dei giudici italiani, anche qualora le parti si siano riferite ad essa e ne abbiano applicate le regole<sup>75</sup>. Una tale chiusura rischia di portare all'isolamento, poiché all'interno del sistema giuridico italiano vengono molto frequentemente utilizzati contratti e schemi giuridici derivanti dalla prassi internazionale e che proprio nella *lex mercatoria* trovano una compiuta disciplina. Va per altro rilevato che dato l'alto grado di fumosità della *lex mercatoria* è comprensibile l'atteggiamento di quanti ritengono che «con simili presupposti sembra dunque difficile potersi rifugiare a cuor leggero nella *lex mercatorum* e può forse risultare maggiormente comprensibile l'atteggiamento di chi, pur consapevole della necessità di adeguarsi ai cambiamenti del diritto moderno, non rinnega le solide e sicure fondamenta delle leggi – scritte – dell'ordinamento interno»<sup>76</sup>.

#### 4.5. I PRINCIPI DI UNIDROIT

I dubbi e le perplessità sulla applicabilità della *lex mercatoria*, ha portato all'elaborazione di principi comuni ai diversi ordinamenti giuridici, la cui necessità si è avvertita con sempre maggiore intensità. L'iniziativa fu presa, inizialmente da un professore della Business School di Copenaghen, Ole Lando, che negli anni

---

*diritto dei contratti per il mercato comune*, in *Contr. imp. Europa*, 1997, 85.

<sup>75</sup> MORELLO U., *op. cit.*, 293. MAZZONI A., *op. cit.*, 855.

<sup>76</sup> MAZZOLETTI E., *op. cit.*, 519.

Ottanta costituì una commissione per cercare di realizzare un codice dei contratti comune a livello europeo, il quale pur ricevendo critiche positive da parte degli studiosi della materia, non sembra aver ancora trovato un'applicazione effettiva nella pratica<sup>77</sup>.

Parallelamente a tale iniziativa, anche l'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato ha perseguito un obiettivo analogo: disciplinare la tipologia dei contratti del commercio internazionale attraverso una raccolta di regole che si propone come rappresentativa della nuova *lex mercatoria* intesa quale *lex contractus*. Questa raccolta di regole ha dato alla luce i "Principi dei Contratti Commerciali Internazionali", conosciuti anche come "*Principi Unidroit*"<sup>78</sup>.

Tali principi rappresentano una sorta di codificazione "privata" con la quale un gruppo di lavoro internazionale, composto da esperti e rappresentanti di differenti sistemi giuridici, ha cercato di riassumere le norme ed usi in materia contrattuale che appaiono comuni alla maggior parte degli ordinamenti giuridici, di dare corpo alla *lex mercatoria* che, come visto, ha sempre subito la critica di essere troppo vaga e incerta circa i suoi contenuti e di proporre alcune soluzioni innovative che possano soddisfare le esigenze del commercio internazionale.

Il successo riscosso dai *Principi Unidroit* del 1994 ha condotto, nell'aprile del 2004, alla pubblicazione dei nuovi principi, che, sostanzialmente, riprendono e mantengono inalterati quelli del 1994 aggiungendovi nuovi capitoli e articoli così da migliorarne ulteriormente l'utilità.

Il preambolo dei *Principi Unidroit*, stabilendo che essi enunciano regole generali in materia di contratti commerciali interna-

---

<sup>77</sup> CASTRONOVO C., *I principi di diritto europeo dei contratti come ipotesi di codificazione possibile*, in *Vita not.*, 2002, 1203 e ss.; GENTILI A., *I principi del diritto contrattuale europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 20; VALLE L., *op. cit.*, 684 e ss.

<sup>78</sup> MAZZOLETTI E., *op. cit.*, 519; VALLE L., *op. cit.*, 693; MARRELLA F., *Lex mercatoria e Principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in *Contr. imp. Europa*, 2000, 32.

zionali, prevede che tali principi possano essere: a) applicati quando le parti hanno convenuto che il loro contratto sia da essi disciplinato; b) applicati quando le parti contrattuali hanno scelto di assoggettare il contratto ai “principi generali del diritto”, alla *lex mercatoria* o simili.; c) applicati quando le parti non hanno scelto il diritto applicabile al loro contratto; d) utilizzati per l’interpretazione o l’integrazione degli strumenti di diritto internazionale uniforme o del diritto nazionale applicabile; e) utilizzati come modello dai legislatori nazionali ed internazionali.

I *Principi Unidroit* stabiliscono regole generali applicabili ai *contratti commerciali internazionali*, cioè a quei contratti che in qualsiasi modo presentino elementi di internazionalità; la precisazione di limitare l’ambito ai soli ai contratti *commerciali* non è dovuta all’idea di far rivivere la distinzione tradizionalmente presente in alcuni sistemi giuridici tra atti *civili* e *commerciali* o per far dipendere la loro applicabilità dalla circostanza se le parti abbiano o meno lo *status* formale di commerciante, ma quanto per evitare l’applicazione dei *Principi Unidroit* ai contratti con i consumatori i quali, oggetto di normativa speciale a carattere inderogabile, sono in molte legislazioni inseriti nella categoria dei contratti civili<sup>79</sup>.

I *Principi*, in altri termini, non vogliono fornire una definizione esplicita del concetto di *contratto commerciale*, ma utilizzano il termine perché esso sia inteso nel più ampio senso possibile per includervi non solo i contratti di commercio per la fornitura o lo scambio di beni o servizi, ma anche altri tipi contrattuali<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Con ciò non si intende rinnegare quanto detto precedentemente. Al fine della presente trattazione, la quale mira studiare il fenomeno che vede la disapplicazione delle regole generali contenute nel codice civile a un certo gruppo di contratti in cui sia presente un imprenditore, si avalla la tesi di chi ritiene che i contratti dei consumatori siano una sottocategoria della contrattazione di impresa. In argomento si rimanda a CIAN G., *Contratti civili, contratti commerciali e contratti di impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, cit., 853.

<sup>80</sup> BONELL M.J. (a cura di), *Principi Unidroit*, Roma, 2004, 2.

È anche interessante notare che il giudice o l'arbitro chiamato a dirimere una controversia derivante da contratto, qualora si trovasse in difficoltà per individuare la legge applicabile ad esso, potrebbe fare riferimento ai *Principi Unidroit* per la risoluzione della controversia. A tale riguardo, è decisamente più probabile che, in assenza di un qualsiasi richiamo nel contratto, un tale utilizzo di essi sia effettuato nell'ambito di un arbitrato internazionale, piuttosto che da un giudice nazionale (il quale solitamente cerca di individuare una legge nazionale o una convenzione internazionale che disciplini il caso di specie).

La stessa situazione può verificarsi anche quando le parti abbiano individuato una specifica legge, o convenzione internazionale, alla quale assoggettare il contratto, ma il giudice o l'arbitro chiamato a dirimere una controversia derivante da esso non sia in grado di individuare in maniera precisa la norma o il principio da applicare al caso concreto. Le convenzioni di diritto internazionale uniforme, infatti, non diversamente da un qualsiasi altro testo legislativo, possono dar luogo a dubbi interpretativi o presentare vere e proprie lacune. Tradizionalmente per l'interpretazione e l'integrazione dei singoli strumenti di diritto uniforme si è fatto ricorso ai principi e criteri di diritto interno o del diritto che, secondo le norme di diritto internazionale privato, sarebbe applicabile in mancanza del diritto uniforme. Oggi, sia i giudici ordinari che gli arbitri, tendono ad abbandonare un siffatto approccio, cercando invece di interpretare ed integrare gli strumenti di diritto uniforme con riferimento a principi autonomi ed uniformi a livello internazionale<sup>81</sup>, cosicché i *Principi Unidroit* potrebbero essere

---

<sup>81</sup> Questo orientamento è espressamente sanzionato nelle convenzioni più recenti (cfr. ad es. l'articolo 7 della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili del 1980), in quanto si ritiene che il diritto uniforme, anche dopo la sua incorporazione nei vari sistemi giuridici nazionali, diviene solo formalmente parte integrante di questi ultimi, mentre dal punto di vista sostanziale non perde il suo carattere originario di corpo normativo sviluppatosi autonomamente a livello internazionale.

un efficace strumento integrativo o interpretativo della legge nazionale o delle convenzioni internazionali<sup>82</sup>.

Infine, i *Principi Unidroit* si prestano, per loro natura, ad essere considerati dal legislatore nazionale e internazionale come un modello da seguire nella loro attività di elaborazione della normativa disciplinante i contratti o taluni tipi di operazioni commerciali. Già diversi Stati hanno preso ispirazione da tali principi per le riforme della legislazione interna. Ad esempio il nuovo codice civile della Federazione russa e progetti analoghi di Israele, Estonia, Lituania, Cina e Indonesia fanno riferimento ai *Principi Unidroit*.

Fino ad oggi la terminologia usata per esprimere i medesimi concetti giuridici cambiava notevolmente da convenzione a convenzione, con il rischio di generare errate interpretazioni. Tali difformità ed incongruenze potrebbero essere evitate ove la terminologia adottata nei Principi entrasse nell'uso come una sorta di glossario internazionale uniforme<sup>83</sup>.

Sebbene ancora non offra una soluzione definitiva e del tutto soddisfacente<sup>84</sup>, i *Principi Unidroit* rappresentano un valido punto di partenza. Viene innanzitutto lasciata ampia autonomia contrattuale alle parti, assicurando ai contraenti sia la possibilità di assoggettare i loro rapporti alle norme in oggetto, sia l'opposta facoltà di prevedere una loro disapplicazione totale o solo parziale. «Proprio su tale volontà, comunque, nasce e si fonda la forza delle regole di Unidroit, le quali offrono una serie di valide norme alternative a quelle del diritto privato internazionale»<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> BONELL M.J. (a cura di), *Principi Unidroit*, cit., 5.

<sup>83</sup> BONELL M.J. (a cura di), *Principi Unidroit*, cit., 6.

<sup>84</sup> VALLE L., *op. cit.*, 696; CASTRONOVO C., *I principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, 32.

<sup>85</sup> MAZZOLETTI E., *op. cit.*, 519, l'A. prosegue notando che «l'assoluta estraneità dei Principi rispetto ad ogni legislazione nazionale comporta che questi siano autonomamente privi di forza coercitiva. Se ciò può apparire, di primo acchito, come un limite gravoso che ne impedisce un ampio utilizzo, da altro punto di vista proprio tale assenza di autoregolamentazione e di autonoma capacità coercitiva, in presenza dei quali sarebbe ravvisabile un vero e proprio sistema a sé stante, può risultare un vantaggio di notevole

#### 4.6. IL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI. CENNI

Come sopra riscontrato, la *lex mercatoria* è costituita da un insieme non definito (o definibile) di norme, usi e consuetudini; tra questi possono ora rientrare, al pari dei *Principi Unidroit*, anche i *Principi di diritto europeo dei contratti* (PECL) che sono in via di definizione<sup>86</sup>; si tratta, in particolare, di un insieme di norme predisposte da un gruppo di lavoro creato dalle istituzioni dell'Unione europea che non hanno carattere vincolante.

Da più parti in dottrina è stata segnalata una certa similitudine tra i *Principi Unidroit* ed i *Principi di diritto europeo dei contratti*, tanto da far pensare che quest'ultimo costituisca una inutile ripetizione dei primi; a ben vedere, invece, sussistono diverse differenze tra i due lavori.

Senza voler entrare troppo nello specifico, basti considerare il diverso ambito territoriale di applicazione dei *Principi Unidroit* e

---

portata: si pensi, ad esempio, alla duttilità delle norme contenute in *Unidroit*, nonché al loro inserimento all'interno degli ordinamenti nazionali, che si prospetta assai rapido e, soprattutto, non condizionato o, peggio, subordinato ad alcuna macchinosa autorizzazione e/o riconoscimento governativo».

<sup>86</sup> *Principles of European Contract Law, Part I and II*, a cura di LANDO O. e BEALE H., Kluwer Law International, 2000, per la versione italiana *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, a cura di CASTRONOVO C., Milano, 2001. Sul tema si veda PELEGGI R. - DI MEO E., *Principi unidroit dei contratti commercial internazionali (2004), principi di diritto europei dei contratti e (progetto di un) quadro comune di riferimento: una tavola sinottica*, in *Dir. comm. internaz.*, 2009, 207. Va peraltro precisato che appartengono al diritto europeo dei contratti anche le elaborazioni sviluppate nell'ambito del gruppo che lavora a un "codice civile europeo", guidato da Christian von Bar; le iniziative di "Secola" (Society of European Contract Law); il progetto di un codice europeo dei contratti steso dall'Accademia dei giusprivatisti europei. Per il "quadro comune di riferimento" si rinvia a ALPA G., *Il «Quadro comune di riferimento» e le nuove prospettive di diritto contrattuale europeo*, in *Contratti*, 2005, 308.

i *Principi di diritto europeo dei contratti*: i primi si applicano ai contratti intenzionali commerciali; i secondi mirano a creare un quadro comune di norme da applicarsi ai contratti stipulati all'interno dell'Unione europea.

Inoltre, i *Principi Unidroit* riguardano solo i contratti commerciali (cioè ai rapporti tra professionisti del settore, detti anche *business to business* o B2B) escludendo espressamente dal loro ambito di applicazione i contratti dei consumatori (detti anche *business to consumers* o B2C); i *Principi di diritto europeo dei contratti* riguardano, invece, tanto i contratti commerciali quanto i contratti dei consumatori<sup>87</sup>.

Il diritto europeo dei contratti è una disciplina in fase di evoluzione, essendo recenti sia i provvedimenti normativi che la stessa elaborazione dottrinale che lo riguardano<sup>88</sup>. Di tale disciplina si cercherà di darne conto nel proseguo del presente lavoro.

---

<sup>87</sup> MONATERI P.G., *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 489.

<sup>88</sup> GRUNDMANN S., *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 366, «L'ambito operativo del diritto europeo dei contratti ricomprende tutte le regole comunitarie che disciplinano la formazione, il contenuto e l'estinzione dei contratti. Esso è più ampio e, allo stesso tempo, più ristretto di quello del diritto nazionale dei contratti: più ampio, perché si estende anche alla regolamentazione degli interessi pubblici relativi alle transazioni professionali, più ristretto perché ne sono escluse tutte le discipline rispetto alle quali la parti sono libere di scegliere la legge applicabile». Sul diritto comune europeo dei contratti si rinvia anche a FALZEA A., *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, cit., 1; GANDOLFI G., *Il diritto privato europeo agli inizi del terzo millennio: prospettive e problemi*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 221; DE NOVA G., *I contratti di oggi e la necessità di un elenco condiviso di divieti e clausole vietate: a proposito di armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 463; GENTILI A., *I contratti di impresa e il diritto comune europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 7; ROPPO V., *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 439; CAFAGGI F., *Introduzione*, in CAFAGGI F. (a cura di), *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Padova, 2003, VII e MACARIO F., *Alla ricerca dei "principi comuni" per l'armonizzazione del diritto europeo dei contratti*,

## 5. PRIME CONSIDERAZIONI

Da quanto emerso, si possono fare alcune preliminari considerazioni: a) la rilevanza data dal legislatore all'impresa all'interno del sistema unitario del codice civile, permette ancora di individuare norme che sono riservate all'imprenditore come soggetto che esercita l'attività di impresa; b) il contratto, se dal punto di vista statico può essere definito quale negozio che costituisce, modifica o estingue un rapporto giuridico patrimoniale tra privati, nel contesto dell'impresa diventa uno strumento tipico dell'attività della stessa cosicché il contratto è definito e disciplinato in questa sua funzione essenziale o naturale; c) anche quando un contratto non è un tipico atto di impresa, la stipulazione all'interno dell'ambito dell'impresa può influire sulla sua disciplina rendendola speciale, cioè diversa da quella generale, in relazione alla conclusione, interpretazione e trasferimento; d) la distinzione, finora in termini oggettivi, tra *contratti d'impresa* e *contratti civili*, dall'esame della normativa più recente, pare porsi anche in termini soggettivi: diventano rilevanti le posizioni dei soggetti che agiscono nel mercato della domanda e dell'offerta, cosicché è possibile oggi distinguere tra contratti unilateralmente d'impresa (contratti tra imprenditori e consumatori) e contratti bilateralmente d'impresa (contratti conclusi tra imprenditori); e) l'asimmetria nel potere contrattuale sembra essere un nuovo elemento che può portare a definire meglio la contrattazione d'impresa, in quanto idonea a proporsi quale perno nell'applicazione di una specifica disciplina.

Questi singoli aspetti, finora tracciati sommariamente, saranno ripresi nei capitoli successivi, in quanto sono la base per poter indagare sulla possibile categoria dei contratti di impresa.

---

ivi, 1; VETTORI G., *Carta dei diritti e codice europeo dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 673.

## CAPITOLO II

# LA CONTRATTAZIONE DI IMPRESA: PROFILI SOGGETTIVI

## L'UGUAGLIANZA SOSTANZIALE NELLA CONTRATTAZIONE DI IMPRESA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La rilevanza dei soggetti contraenti nei contratti di impresa. – 2.1. Imprenditori e consumatori. – 2.1.1. La nozione di consumatore nella legislazione... – 2.1.2 ... e nella dottrina e giurisprudenza. – 2.1.3. Conclusioni in tema di consumatore. – 2.2. Banca e risparmiatore. – 2.3. Operatori del risparmio e investitori: cenni. – 3. Imprenditore debole e “terzo contratto”. – 4. Altre considerazioni.

### **1. PREMESSA.**

Nel corso di questo ultimo decennio si è sottolineato, da parte di più di un Autore<sup>1</sup>, come la disciplina del contratto stia subendo

---

<sup>1</sup> VETTORI G., *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 751 e ss.; ZOPPINI A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 515; PATTI S., *Il codice civile e il diritto dei consumatori. Postilla*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, 282; SIRENA P., *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, 277; ID., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 787 e ss.; GABRIELLI E., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 93; DI MARZIO F., *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione disuguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 721 e ss.; ROPPO V., *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 e ss.; BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 17 e ss.; NUZZO M., *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 308 e ss.; FERRI G.B., *La «cultura» del contratto e le strutture del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 843 e ss.;

un profondo cambiamento, tanto da chiedersi da parte di taluno<sup>2</sup> se la parte generale del contratto possa ancora essere considerata come un sicuro punto di riferimento per il civilista. Si è posto, addirittura, il quesito se si stia formando, almeno in determinati ambiti, un nuovo diritto dei contratti, la cui caratteristica sarebbe quella di avere una disciplina divergente da quella prevista dal codice civile agli articoli 1321 e seguenti. Da qui l'ulteriore domanda, ove sia data risposta affermativa al primo quesito, se da questa nuova categoria di contratti sia possibile trarre principi di carattere generale da estendere a fenomeni simili.

Apparentemente il diritto delle obbligazioni e dei contratti è quello che ha subito minori modifiche nel corso degli ultimi sessant'anni: a differenza di altre parti del codice civile – si pensi alla riforma del diritto di famiglia o al ruolo svolto dalla giurisprudenza in tema di responsabilità civile – nessuna riforma ha novelato gli articoli dei primi due Titoli del Libro IV, inoltre è stato inesistente sia l'apporto abrogativo o additivo della Corte Costituzionale, sia il ruolo creativo della giurisprudenza. Tuttavia, nemmeno il diritto dei contratti può dirsi che sia rimasto immutato: la profusione di leggi speciali che nel tempo si sono aggiunte alla disciplina codicistica ha apportato deroghe e modifiche a quest'ultima<sup>3</sup>.

---

DI SABATO D., *Contratti dei consumatori, contratti di impresa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 657e ss.; ALPA G., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 1993, 639; PATTI S., *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime considerazioni*, in *Contr. Impr.*, 1993, 71 e ss. VITUCCI P., *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contr. Impr.*, 1988, 804, il quale sottolinea come si teorizzi un declino del contratto come categoria generale.

<sup>2</sup> ZENO-ZENCOVICH V., *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 57.

<sup>3</sup> BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, 115; ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 277; DI SABATO D., *cit.*, 657, la quale osserva che non sembra esistere isti-

La spinta maggiore al proliferare di queste nuove disposizioni è data dalla pressione del diritto comunitario che impone al legislatore nazionale di adeguare i propri ordinamenti interni alle direttive comunitarie, il cui obiettivo finale, peraltro, consiste soprattutto nella tutela del mercato e nel suo funzionamento<sup>4</sup>. Anche la normativa a tutela del consumatore, quella che ha avuto maggiore impatto sulle norme del codice civile in tema di contratto in generale, è da ascrivere all'intenzione di tutelare lo sviluppo e la razionalità del mercato<sup>5</sup>.

Quali ulteriori esempi di normative di fonte comunitaria che hanno inciso sul codice civile si possono portare, oltre agli artt. 1469-*bis* e ss. del cod. civ., introdotti dalla legge 52 del 1996, in attuazione della direttiva 93/13<sup>6</sup>, ed ora confluiti ed espansi nel codice del consumo di cui al d.lgs. n. 206/2005, la legge 192 del

---

tuto che possa essere studiato tenendo unicamente conto della regolamentazione dettata dal codice civile.

<sup>4</sup> ZENO-ZENCOVICH V., *op. cit.*, 58.

<sup>5</sup> Sul fenomeno del *consumerism*, si veda BESSONE M., «*Consumerism* e la tutela dei consumatori. I percorsi obbligati di una politica del diritto», in *Pol. dir.*, 1987, 611; ROPPO E., *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in *Pol. dir.*, 1975, 701; ALPA G., *Strategie d'impresa e tutela del consumatore. Per una critica del fenomeno «consumerism»*, in *Pol. dir.*, 1974, 494. La necessità di tutelare il consumatore attraverso la corretta regolamentazione del mercato è un'idea che già apparteneva a Tullio Ascarelli, si veda in particolare *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim.*, 1954, 873. Sull'attualità del pensiero di Ascarelli sul tema del consumatore si veda, inoltre, BARREA M., *Teoria della concorrenza e libertà del consumatore: l'insegnamento di Tullio Ascarelli*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 909 e ss.

<sup>6</sup> Sulla rilevanza di tale direttiva, in particolare nel nostro ordinamento, si rinvia agli interventi di ALPA G., *L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 237; PARDOLESI R., *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 523; ID., *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, 1995, V, 137; ORSTANO A., *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 467.

1998 in tema di subfornitura (direttiva 85/577/CEE); la legge 142 del 1992 sul credito al consumo (direttiva 87/102/CEE), le cui norme sono state poi trasfuse nel testo unico bancario; le norme dettate dal d.lgs. 58/1998 per i contratti di investimento finanziario (in attuazione della direttiva n. 93/22/CEE) e dal d.lgs. 231 del 2002 in materia di ritardi nel pagamento nelle transazioni commerciali (in attuazione della direttiva n. 2000/35/CE)<sup>7</sup>.

Dall'esame dell'innovato quadro normativo emergono con chiarezza due dati: a) le modifiche non riguardano aspetti secondari della disciplina dei contratti, ma l'intera materia dal momento della formazione a quello dello scioglimento<sup>8</sup>; b) le modifiche apportate dalla legislazione speciale alla disciplina del "contratto in generale" come prevista dagli artt. 1321 cod. civ. e seguenti, riguardano, il più delle volte, i contratti intervenuti tra un imprenditore e una massa indefinita di controparti, di norma identificati come "consumatori"<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Si possono ancora ricordare, tra le tante, le seguenti direttive: 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole; 85/374/CEE in tema di responsabilità per danno da prodotti difettosi; 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali; 87/357/CEE, in materia di prodotti che possono compromettere la salute dei consumatori; 88/378/CEE, in merito alla sicurezza dei giocattoli; 90/314/CEE in materia di viaggi, vacanze e circuiti "tutto compreso"; 92/59/CEE relativa alla sicurezza generale dei prodotti; 93/13/CEE in tema di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; 94/47/CEE sugli acquisti in multiproprietà.

Infine anche il legislatore nazionale si è preoccupato di dettare normative specifiche a tutela dei soggetti "deboli" anche al di fuori del recepimento di direttive comunitarie, si pensi al d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122 in materia di diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire.

<sup>8</sup> BUONOCORE V., *op. ult. cit.*, 116; CAMARDI C., *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 703 in particolare 716 e ss.

<sup>9</sup> Cfr. le considerazioni di ZENO-ZENCOVICH V., *op. cit.*, 59, riportate anche da BUONOCORE V., *Contratti del consumatore e contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 7. Per un excursus sul consumatore si veda ALPA G., *Il codice del consumo*, in *Contratti*, 2005, 1047 e ss.

Il primo dato ha riportato in attualità la questione della valenza della categoria dei contratti commerciali come categoria ancora viva, nella quale la partecipazione di un imprenditore al contratto, nell'esplicazione della sua attività di impresa, comporta divergenze rispetto alla disciplina generale del contratto, quasi a segnalare che tale parte del codice civile proprio per la sua astrattezza non è più adatta ai bisogni di una società complessa come quella attuale<sup>10</sup>.

Il secondo dato, invece, per la rilevanza data ai “gruppi di individui, portatori di interessi omogenei”<sup>11</sup> ha indotto taluno a riparlare di *status*, dovendosi comprendere, poi, se tale termine si voglia riferire a nuove forme di soggettività o a nuove situazioni giuridiche soggettive<sup>12</sup>. La nozione di *status* è richiamata, più o

---

<sup>10</sup> BUONOCORE V., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, 17.

<sup>11</sup> L'espressione è di FERRI G.B., cit., 853.

<sup>12</sup> Riferimenti alla rilevanza degli *status* nella contrattazione di impresa in ZENO-ZENCOVICH V., *op. cit.*, 69; BUONOCORE V., *Contratti del consumatore e contratti di impresa*, cit., 39; BUONOCORE V. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2006, 829; DI MARZIO F., *Intorno alla nozione di «consumatore» nei contratti*, in *Giust. civ.*, 2001, 2151; ID., *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore – Prime riflessioni sulla previsione generale di vessatorietà*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 513; LIPARI N., *Introduzione*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, I, 11; ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, cit., 282; SOMMA A., *Il diritto dei consumatori è un diritto dell'impresa*, in *Pol. dir.*, 1998, 679; KLESTA DOSI L., *Lo status del consumatore: prospettive di diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, 667; SCOGNAMIGLIO C., *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 950; BOCCHINI F., *Tutela del consumatore e del mercato*, in BIANCA - BUSNELLI (a cura di), *Comm. al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 778; GITTI G. - DELFINI F., *Autonomia privata e tipizzazione contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 471; PRESTI G. - RESCIGNO M., *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2007, 93; GITTI G., *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 491; CAGNASSO O. - COTTINO G., *Contratti commerciali*, Padova, 2009, 7.

meno consapevolmente, soprattutto dal legislatore comunitario in quanto le norme comunitarie appaiono per lo più ordinate per tipologie economiche di soggetti<sup>13</sup>.

È da qui che intende prendere le mosse la presente indagine, la quale ha in animo di valutare se nella contrattazione d'impresa la partecipazione al contratto di un soggetto con (o meglio senza) determinate qualità siano presupposto per l'applicazione di una disciplina diversa rispetto a quella delineata dal codice civile, tanto da tracciare i contorni di una nuova categoria di contratto che possa avere i requisiti di disciplina generale applicabile per analogia alle fattispecie simili.

## 2. LA RILEVANZA DEI SOGGETTI CONTRAENTI NEI CONTRATTI DI IMPRESA.

Dopo l'unificazione dei codici operata del legislatore del 1942, un'analisi relativa ai contraenti aveva poca ragion d'essere poiché le caratteristiche soggettive delle parti erano oramai irrilevanti al fine di individuare la disciplina ad esse applicabile.

L'inclusione del codice del commercio all'interno di quello civile, con l'unificazione della disciplina contrattuale e con la conseguente commercializzazione del diritto privato, è stato il punto di arrivo della lontana *querelle* sulla utilità o meno di una duplicazione di norme a seconda della qualità dei soggetti<sup>14</sup>. Questo punto di arrivo sembra oggi rimesso in discussione dalla creazione di regole distinte a seconda che una delle parti sia o meno un "consumatore"<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. LIVI M.A. - MACARIO F., *I soggetti – profili generali*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, I, 136. Sul punto anche CHINÈ G., *Il consumatore*, ivi, 177.

<sup>14</sup> BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 121.

<sup>15</sup> BUONOCORE V., *Contratti del consumatore e contratti di impresa*, cit., 20; più critico BENEDETTI G., *cit.*, 20, il quale afferma che nel consumatore, tuttavia, difetta «il requisito che qualifica lo *status*: l'appartenenza istitu-

Questa inversione di tendenza – dalla irrilevanza alla rilevanza degli *status* dei contraenti – presenta però un dato peculiare: con l'unificazione dei due codici il legislatore, avendo recepito le norme contenute nel codice del commercio, sembra privilegiare soluzioni più favorevoli al ceto mercantile, in quanto nell'impostazione originaria dei due codici, lo *status* di commerciante era sufficiente per attirare la disciplina del contratto e dell'obbligazione nell'orbita del codice del commercio; ora, invece, sembra si verifichi l'inverso: la qualità di consumatore, quale controparte di un imprenditore, comporta l'applicazione di una disciplina aliena a quella generale contenuta nel codice civile<sup>16</sup>.

Se la presenza di un soggetto con determinate qualità tali da applicargli una disciplina diversa da quella generale rappresenta già di per sé una novità (o meglio una ritrovata novità), l'innovazione maggiore consiste nel fatto che la legislazione spe-

---

zionale di un soggetto ad una collettività più o meno estesa, a un gruppo organizzato. Qualunque persona fisica può essere consumatore: questo è il ruolo che essa, volta per volta, anche scambievolmente, in concreto può assumere. L'attributo di consumatore vale piuttosto ad individuare in termini soggettivi l'*atto di consumo* ovvero il negozio posto in essere per finalità prevalentemente personali». L'Autore nega che le nuove normative che riguardano i “contratti dei consumatori” costituiscano una categoria in relazione alla qualifica o allo *status* del consumatore, la categoria può essere invece riferita al *modo* in cui i contratti vengono conclusi, senza essere negoziati; secondo l'Autore gli interventi del legislatore comunitario e di quello nazionale nell'ambito della contrattazione di massa sono dovuti non tanto per la tutela del consumatore ma per la tutela del contratto e dell'autonomia privata. Tra coloro che negano la rilevanza dello *status* di consumatore si veda MAZZONI C.M., *Contro una falsa categoria: i consumatori*, in *Giur. comm.*, 1976, I, 622.

<sup>16</sup> ALPA G., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, cit., 640, ZENO-ZENCOVICH V., *op. cit.*, 69, SIRENA P., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, cit., 808, SIRENA P., *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, cit., 281, il quale auspica che la scienza civilistica «così come nel passato ha individuato e studiato il fenomeno della “commercializzazione” del diritto civile, debba occuparsi in futuro della sua “consumerizzazione”».

ziale non dà rilievo alla parte c.d. “forte”, ma alla c.d. “parte debole”<sup>17</sup>.

Il cambio di direzione, spinto dalle direttive comunitarie, nasce con l’esigenza di tutelare il contraente debole, in via immediata, per tutelare, in via mediata, il corretto sviluppo della concorrenza: assicurandosi che nessun operatore del mercato approfitti delle condizioni di inferiorità del consumatore si garantisce che non si creino vantaggi anticoncorrenziali.

Questa esigenza, a sua volta, ha portato il legislatore a rivedere lo stesso concetto di contratto: non più – o meglio non solo – il contratto come momento di accordo, ma il contratto come operazione economica<sup>18</sup>. «Ciò trova ragione nel fatto che l’operazione economica è una categoria concettuale particolarmente idonea a tenere conto degli elementi di complessità espressi dall’atto di autonomia e a cogliere l’essenza dell’affare stesso»<sup>19</sup>. In altri termi-

---

<sup>17</sup> BUONOCORE V., *Contrattazione d’impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 119.

<sup>18</sup> In questa nuova visione del contratto anche la nozione di causa viene rivista: la dottrina (in particolare BIANCA C.M., *Diritto civile, vol. 3, il contratto*, Milano, 2000, 450), insoddisfatta della classica teoria oggettiva della *funzione-economico sociale* della causa, individua la causa del contratto nella *funzione economico-individuale*, cioè nella concreta contrapposizione di interessi che attraverso il meccanismo contrattuale vengono contemporaneamente soddisfatti. La teoria della *funzione economico-individuale* sposta l’attenzione al concreto e dinamico assetto di interessi che le parti programmano attraverso il contratto, cosicché la causa viene vista come una sintesi di interessi e non di effetti negoziali. La tesi della *causa concreta* ha ricevuto nel 2006 l’avallo della Corte di Cassazione, la quale nella sentenza n. 10490/2006 abbandona la nozione classica di causa del contratto «in virtù dell’obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa come strumento di controllo della sua utilità sociale» e accoglie la nozione di causa in termini di sintesi reale degli interessi che il contratto è diretto a realizzare, precisando che sintesi (e, dunque, ragione concreta) della dinamica contrattuale non significa anche sintesi della volontà delle parti.

<sup>19</sup> GABRIELLI E., *I contraenti*, in SIRENA P. (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d’impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del*

ni, prendendo in considerazione il contratto come operazione economica è possibile valutare meglio le dinamiche sottese all'affare: si può dare, in tal modo, maggiore rilevanza alle qualità dei contraenti all'interno della disciplina del contratto ed eventualmente accordare protezione alla parte debole del rapporto.

L'introduzione di norme volte alla tutela del contraente debole, e in particolare del "consumatore" ha portato così al tramonto del principio del "diritto dei privati uguale per tutti"<sup>20</sup>. Individuato nella contrattazione con il consumatore il punto di origine del fenomeno, va osservato che esso comincia a propagarsi ad altri contratti ascrivibili alla categoria della contrattazione di impresa: non solo a quelli tra impresa e consumatore (c.d. *business to consumer*) ma anche a quelli tra imprenditori (c.d. *business to business*). Anche i contratti *business to business*, infatti, hanno subito un'evoluzione normativa che tende a "commercializzarli", essendo insufficiente la protezione che il codice civile accorda alla parte "debole"<sup>21</sup>.

## 2.1. LA RILEVANZA DEI SOGGETTI CONTRAENTI NEI CONTRATTI DI IMPRESA.

Da quanto sopra esposto, il nuovo codice del consumo (introdotto dal d.lgs. 206 del 2005) e il consumatore sono insieme punto di partenza e passaggio obbligato per qualunque dibattito sull'evoluzione dei contratti di impresa. La definizione di consumatore permette, infatti, di tracciare il confine della categoria dei contratti del consumatore a sua volta distinguendola da quella dei

---

*mercato*, Milano, 2006, 114. Sul concetto di operazione economica si veda anche dello stesso Autore *Il contratto e l'operazione economica*, cit.

<sup>20</sup> STELLA-RICHTER G., *Il tramonto di un mito: la legge uguale per tutti (dal diritto comune dei contratti al contratto dei consumatori)*, in *Giust. civ.*, 1997, 199.

<sup>21</sup> GABRIELLI E., *I contraenti*, cit., 115; SIRENA P., *La categoria dei contratti di impresa e il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 417.

contratti tra imprese e i contratti estranei alla più ampia categoria della contrattazione d'impresa<sup>22</sup>.

### 2.1.1. LA NOZIONE DI CONSUMATORE NELLA LEGISLAZIONE...

L'art. 3 del codice del consumo alla lettera a) definisce consumatore «*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*». La definizione, peraltro, è quasi identica a quella contenuta nell'abrogato art. 1469-*bis* cod. civ., se non per le parole “*commerciale, artigianale*”, inserite dall'articolo 3 comma 2 del d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221.

Il codice del consumo, che ha abrogato molte delle norme di attuazione delle direttive comunitarie che definivano il consuma-

---

<sup>22</sup> Sulla nozione di consumatore e le sue problematiche, sia prima che dopo il codice del consumo, si veda ALPA G., *Gli usi del termine «consumatore» nella giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, 4 e ss.; COREA U., *Sulla nozione di «consumatore»: il problema dei contratti stipulati a scopi professionali*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 13; ID., *Ancora in tema di nozione di «consumatore» e contratti a scopi professionali, un intervento chiarificatore*, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2119; DI MARZIO F., *Intorno alla nozione di «consumatore» nei contratti*, cit., 2151; ALPA G., *Ancora sulla definizione di consumatore*, in *Contratti*, 2001, 205; BARCA A., *Brevi note in ordine alla nozione di consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 367; GABRIELLI E., *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1149; REICH N., *Il consumatore come cittadino – il cittadino come consumatore: riflessioni sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'unione europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 345; DE CRISTOFARO G., *Le disposizioni «generali» e «finali» del Codice del consumo: profili problematici*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2006, 43 e ss. specificamente 53; CHINÈ G., *Uso ed abuso della nozione di consumatore nel codice del consumo*, in *Corr. merito*, 2006, 431 e ss.; ID., *Il consumatore*, cit., 164; DALIA C., *Le nozioni di consumatore e il valore della dichiarazione di agire per finalità di consumo*, in *Giur. merito*, 2009, 1733e ss.; PICCININI V., *La nozione di consumatore*, in DEMARCHI P.G. (a cura di), *I diritti del consumatore e la nuova class action*, Bologna, 2010, 1 e ss..

tore<sup>23</sup>, è stato sentito da più parti come un'occasione mancata per una definizione di consumatore precisa ed uniforme<sup>24</sup>. Il legislatore

---

<sup>23</sup> Nella legislazione speciale abrogata si rinvenivano queste definizioni di consumatore: art. 2, lett. a), d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50, in attuazione della direttiva n. 85/577/CEE, in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, «*la persona fisica che, in relazione ai contratti o alle proposte contrattuali disciplinati dal presente decreto, agisce per scopi che possono considerarsi estranei alla propria attività professionale*»; art. 2, lett. a), l. 30 luglio 1998, n. 281, Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, «*persone fisiche che acquistano o utilizzano beni o servizi per scopi non rinvenibili all'attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta*»; art. 1, lett. b), d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185, in attuazione della direttiva n. 97/7/CE, relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza «*la persona fisica che, in relazione ai contratti di cui alla lett. a) agisce per scopi non riferibili all'attività professionale eventualmente svolta*».

Non sono state invece abrogate le definizioni di consumatore contenute nell'art. 2, comma 1, d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, in tema di commercio elettronico, secondo il quale è consumatore «*qualsiasi persona fisica che agisca con finalità non riferibili all'attività commerciale imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*», né, quella contenuta all'art. 121, comma 1, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, Testo unico in materia bancaria e creditizia, in materia di credito al consumo, in cui il consumatore è «*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*».

In particolare si veda COREA U., *Sulla nozione di «consumatore»: il problema dei contratti stipulati a scopi professionali*, cit., il quale sottolinea come l'esistenza di tali differenti definizioni testimonia l'incertezza e la difficoltà del legislatore comunitario «nel qualificare in maniera unitaria la figura del consumatore e nel superare le divergenze sussistenti tra le normative dei singoli paesi membri, spesso risultato di approcci sostanzialmente diversi».

<sup>24</sup> Sul tema, in particolare, DELOGU L., *Leggendo il codice del consumo alla ricerca della nozione di consumatore*, in *Contr. impr. Europa*, 2006, 87 ss. e DE CRISTOFARO C., *Il "codice del consumo": un'occasione perduta?*, in *Studium iuris*, 2005, 1137 e ss., il quale osserva che se lo scopo perseguito dal legislatore con il codice del era quello di riorganizzare le leggi a tutela dal consumatore succedutesi nel tempo per darne una visione unitaria, molto poco di quanto preannunciato è stato in concreto realizzato: il legislatore si sarebbe, infatti, limitato ad accorpate nel codice del consumo le

re, infatti, nel codice del consumo ha accorpato normative pubblicistiche e privatistiche, inserendo non solo le disposizioni relative ai contratti conclusi tra consumatori e professionisti, ma anche norme concernenti le fasi anteriori e successive alla conclusione del contratto. Va sottolineato, anche, che non tutte le norme a tutela del consumatore sono state incluse nel codice del consumo, come ad esempio quelle a tutela delle persone fisiche acquirenti di immobili da costruire (d.lgs. 122/2005).

L'art. 3, primo comma, d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221, che ha aggiunto all'art. 3 del codice del consumo anche l'inciso «*ove non diversamente previsto*», ha lasciato, inoltre, aperta la possibilità che altre norme definiscano caso per caso cosa debba intendersi per consumatore. Ciò nondimeno è lo stesso codice del consumo che contiene definizioni diverse di consumatore: all'art. 5 viene data una nozione di consumatore più ampia<sup>25</sup> di quella prevista all'art. 3, lett. a), in quanto si prescinde dallo scopo per il quale agisce il soggetto, facendosi riferimento solo alla persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali<sup>26</sup>; all'art. 83,

---

variegate discipline contenute in separati ed autonomi provvedimenti legislativi. Accoglie, invece, con favore il codice del consumo CAPOBIANCO E., *La protezione del consumatore tra obiettivi di razionalizzazione normativa e costruzione del sistema nell'esperienza del codice del consumo*, in *Vita not.*, 2008, 1187. Sull'impatto del codice del consumo nel nostro ordinamento si veda ALPA G., *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*, in *Vita not.*, 2009, 3.

<sup>25</sup> Prima del d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146, che ha novellato il Capo I del Titolo III del codice del consumo, in materia di informazioni commerciali e pubblicità ingannevole, anche l'art. 18 offriva una definizione più ampia di consumatore ricomprendendovi anche le persone giuridiche. Il decreto legislativo citato ha soppresso il riferimento alla persona giuridica ed ora l'art. 18, comma 1, lett. a), definisce consumatore «*qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale*».

<sup>26</sup> Cfr. DALIA C., *op. cit.*, 1733, che giustifica la scelta di adottare un concetto restrittivo nella sede contrattuale e uno più esteso in tema di informazione in ragione del fatto che l'art. 5, comma 1, del codice del consumo è destinato all'attuazione del principio della trasparenza, strumentale

lett. c), si adotta una definizione di consumatore ancora differente, riferendosi solamente al fruitore del servizio.

La nozione di consumatore, contenuta nel codice del consumo, appare quindi insoddisfacente per due ordini di motivi: in primo luogo, la definizione manca di effettiva portata generale, essendo valida solo per il codice del consumo, o meglio, solo per alcune parti del codice; in secondo luogo, la definizione ricalcando quasi alla lettera quelle antecedenti non risolve le questioni sollevate dalle precedenti formulazioni circa l'ambito di applicazione.

Sulla prima considerazione si deve tener conto quanto riportato da insigne Autore, il quale ha notato che il neonato codice del consumo a soli pochi anni dalla sua approvazione sembra già messo in crisi da leggi successive aventi la stessa finalità di tutela; queste nuove discipline non hanno novellato il codice del consumo, come poteva essere logico aspettarsi, ma si sono poste al di fuori di esso<sup>27</sup>. L'Autore allude in particolare ai due "decreti Bersani", i quali, oltre ad introdurre norme di protezione dei consumatori al di fuori del codice stesso, disciplinano rapporti che non possono riferirsi al consumatore in senso stretto pur utilizzandone ampiamente il termine.

Nel primo decreto Bersani (decreto legge n. 233/2006, convertito nella legge 248/2006), due sono le norme che qui interessano: l'art. 8 e l'art. 10 entrambe contenute nel Titolo I, il quale reca tra l'altro la dicitura "*tutela dei consumatori*".

L'art. 8, in materia di r.c. auto, fa ampio uso del termine consumatore: al comma 1 dove è fatto divieto alle compagnie assicurative di stipulare clausole di distribuzione esclusiva nei contratti con gli agenti che promuovono per conto di queste *l'offerta ai consumatori* delle polizze; al comma 2 dove è previsto che sono

---

al corretto funzionamento del mercato e, quindi, per la connotazione pubblicistica che riveste tale materia.

<sup>27</sup> Si veda più ampiamente sul punto ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore* (a cura di NAVARRINI E.), Milano, 2007, 309 e ss., dal cui scritto si riportano le considerazioni che seguono.

nulle le clausole contrattuali che impongono agli agenti il prezzo minimo o lo sconto massimo *praticabili ai consumatori* per gli stessi servizi; al comma 3 che stabilisce che costituiscono intesa restrittiva ai sensi della disciplina Antitrust, l'imposizione del rispetto di prezzi minimi o di sconti massimi *al consumatore finale*. Infine il comma 3-*bis*, che introduce un nuovo comma all'art. 131 del codice delle assicurazioni private, prevede sia l'obbligo per l'intermediario di rilasciare *preventiva informazione al consumatore* sulle provvigioni riconosciutegli dall'impresa per conto di cui opera, sia che l'informazione risulti nella documentazione rilasciata al contraente.

È evidente che il soggetto indicato dalla norma come consumatore non coincide con il soggetto definito dall'art. 3, comma 1, lett. a), del codice del consumo. Il "consumatore" di cui all'art. 8 del primo decreto Bersani è più propriamente il "cliente": ogni potenziale soggetto che entra in contatto con la compagnia di assicurazioni, dalla persona fisica che stipula il contratto di r.c. auto per un'autovettura di uso privato, alla società che, invece, intende assicurare le autovetture aziendali; è tuttavia evidente che solo il primo soggetto riveste la qualità di consumatore in senso stretto, come previsto dal codice del consumo.

L'art. 10 del primo decreto Bersani, che modifica l'art. 118 del TUB in tema di *ius variandi* unilaterale delle condizioni contrattuali, usa più appropriatamente il termine "cliente" al posto di quello di "consumatore", comprendendo così qualunque soggetto, persona fisica o giuridica, sia che agisca per scopi personali sia per ragioni professionali o imprenditoriali. Ma è da notare che l'art. 10 è contenuto nel Titolo I e, quindi, all'interno delle «*misure urgenti per [...] la tutela dei consumatori*».

La conclusione è che il primo decreto Bersani allarga le maglie della definizione di consumatore contenuta nel codice del consumo: «afferma di regolare posizioni e rapporti di "consumatori"; in realtà regola posizioni e rapporti di "clienti" (consumatori e non), cui ritiene di offrire un sovrappiù di tutela in ragione dell'asimmetria di potere contrattuale di cui essi fisiologicamente

soffrono nel rapporto con controparti di mercato quali assicurazioni e banche»<sup>28</sup>.

Quanto detto per il primo decreto Bersani (decreto legge 7/2007, convertito nella legge 40/2007), si deve ripetere anche per il secondo, anch'esso intitolato «*misure urgenti per la tutela dei consumatori*», intitolazione che viene ripetuta anche nel capo I. Ma anche in questo caso i destinatari della tutela non sono i consumatori in senso stretto, ma i clienti delle imprese che agiscono in determinati settori di mercato. Nel secondo decreto Bersani vengono presi in considerazione i clienti delle società di telecomunicazione, dei gestori di reti stradali, di vettori di aerei; nuovamente si torna sul tema dei contratti stipulati tra banche ed assicurazioni e i loro clienti.

### **2.1.2. ... E NELLA DOTTRINA E GIURISPRUDENZA.**

Come si diceva, la sintetica definizione di consumatore contenuta nell'art. 3 del codice del consumo e l'uso non corrispondente a tale definizione da parte dello stesso codice e delle nuove normative citate, non sembrano aver risolto il problema, già espresso in passato da dottrina e giurisprudenza, dell'ambito di applicazione della normativa<sup>29</sup>: se si possa riferire al consumatore il concetto di *status* e, quindi, se sia possibile estendere analogicamente la funzione protettiva predisposta dalla norme sui consumatori, soprattutto a quei soggetti che, pur non avendo la qualità di persona

---

<sup>28</sup> ROPPO V., *op. ult. cit.*, 310.

<sup>29</sup> DE CRISTOFARO G., *Le disposizioni «generali» e «finali» del Codice del consumo: profili problematici*, cit., 54-55, il quale ritiene censurabile la decisione del legislatore di lasciare sostanzialmente inalterata la definizione di consumatore, lasciando così impregiudicata la questione relativa all'applicabilità analogica delle disposizioni sul consumatore. Contra CHINÈ G., *Uso ed abuso della nozione di consumatore nel codice del consumo*, cit., 432, il quale pur ritenendo che la nuova definizione di consumatore risolva il problema della sua applicabilità alle sole persone fisiche ammette che rimane inalterato il dibattito relativo agli atti compiuti per finalità promiscue.

fisica che agisce per scopi estranei all'attività d'impresa, presentano le stesse esigenze di tutela accordata ai consumatori normativamente disciplinati.

Alcuni Autori<sup>30</sup>, infatti, ritengono che la disciplina, rispondendo all'esigenza di offrire tutela al soggetto "debole", possa trovare applicazione anche al di fuori dei casi previsti e che, quindi, possa essere applicata anche alle persone giuridiche, ai piccoli imprenditori, agli artigiani e ai professionisti, notando come anche questi soggetti possano compiere atti di consumo. Alla base di tale impostazione militano argomenti basati sui principi di uguaglianza sostanziale e di ragionevolezza<sup>31</sup>.

Altri Autori<sup>32</sup>, invece, trovano difficoltoso ravvisare nei consumatori una "classe" composta di soggetti ugualmente deboli e

---

<sup>30</sup> In questo senso, GATT L., *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in BIANCA - BUSNELLI (a cura di), *Comm. al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 803 e ss.; BIGLIAZZI GERI L., *Commento sub art. 1469-bis, comma 1*, in BIANCA - BUSNELLI (a cura di), *Comm. al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 794 ss.; BIN M., *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. impr./Europa*, 1996, II, 437 ss.; ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, cit., 282; RINALDI F., *L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di uguaglianza?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 39.

<sup>31</sup> In questo senso, CALVO R., *La tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 876, il quale sottolinea che «l'obbligo di adeguamento alla direttive comunitarie incontra l'intrinseco limite rappresentato dal rispetto del principio di parità sostanziale di trattamento (art. 3, cpv., cost.)»; ID., *Il Codice del consumo tra consolidazione di leggi e autonomia privata*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2006, 83; IUDICA G., *Clausole abusive e razionalità del mercato*, in BIANCA - BUSNELLI (a cura di), *Comm. al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 777.

<sup>32</sup> In questo senso CHINÈ G., voce *Consumatore (contratto del)*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 402 ss.; ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1995, 42 ss.; CIAN G., *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, 414; GABRIELLI E., *Sulla nozione di consumatore*, cit., 1152;

respingono una definizione ampia di consumatore tale da ricomprendere anche soggetti diversi dalle persone fisiche che compiono atti di consumo, rilevando come il legislatore, quando ne ha ravvisato la necessità, abbia dettato discipline di tutela apposite per altre categorie di soggetti deboli, come ad esempio in tema di subfornitura, o, in alternativa, abbia volontariamente allargato la nozione di consumatore ricomprendendovi altri soggetti. Ma anche tra coloro che negano che si possa giungere a una definizione omnicomprensiva di consumatore sorge la preoccupazione di dare tutela a situazioni analoghe al fine di evitare la disparità di trattamento<sup>33</sup>.

La giurisprudenza di legittimità e quella comunitaria avallano la tesi restrittiva circoscrivendo il campo di applicazione della normativa dettata per il consumatore alle sole persone fisiche<sup>34</sup>.

---

BENEDETTI, *op. cit.*, 23; FERRI G.B., *op. cit.*, 855; MAZZONI C.M., *Contro una falsa categoria: i consumatori*, cit., 624. In giurisprudenza, v. Pret. Salerno, 2 maggio 1996, in *Arch. civ.*, 1996, 1172 ss.

<sup>33</sup> ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, 69 e BUONOCORE V., *Contratti del consumatore e contratti di impresa*, cit., 39: «il punto fondamentale è che l'inquadramento del contraente aderente (debole) entro categorie costruite intorno a particolari elementi di qualificazione – fissati *una tantum* – costituisce una strategia che presta il fianco a profonde discriminazioni. Il problema allora è quello di presidiare la posizione del contraente debole a prescindere dalla sua collocazione nel quadro delle categorie protette *ex se*».

<sup>34</sup> Per le pronunce di legittimità sul tema si veda: Cass. civ., 14 aprile 2000, n. 4843, in *Corr. giur.*, 2001, 524, con nota di CONTI R., *Lo status di consumatore alla ricerca di un foro esclusivo e di una stabile identificazione*; Cass. civ., 25 luglio 2001, n. 10127, in *Contratti*, 2002, 338, con nota di CASERTA I., *La nozione di consumatore secondo la Cassazione*, in *Giur. it.*, 2002, 543, con nota di FIORIO P., *Professionista e consumatore, un discriminate formalista?* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 634, con nota di RINALDI F., *Incompatibilità tra la nozione di consumatore e quella di professionista debole*; Cass. civ., 11 ottobre 2002, n. 14561, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 174, con nota di BONOFILIO P., *L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 1469-bis cod. civ.* e Cass. civ., 5 giugno 2007, n. 13083, in *Contratti*, 2008, 251, con nota critica di GUARINO A., nella specie, la Suprema Corte ha confermato la decisione del giudice di merito che ha ritenuto non qualificabile come consumatore il consulente legale che

Va, tuttavia, rilevato che in ambito giurisprudenziale si sta facendo strada una concezione “allargata” di consumatore: si ritiene applicabile, infatti, la disciplina a tutela dei consumatori qualora il beneficiario del contratto, da altri stipulato ai sensi dell’art. 1411

---

sottoscrive un contratto di fornitura di una banca dati giuridica in formato elettronico in presenza di elementi che comprovano che il contratto è stipulato nel quadro della sua attività professionale, avendo la parte dichiarato per iscritto che la stipula del contratto non era estranea alla sua attività professionale. Cfr. anche Cass. civ., 22 maggio 2006, n. 11933; Cass. civ., 23 febbraio 2007, n. 4208, in *Contratti*, 2007, 1071, con nota adesiva di ROCCO DI TORREPADULA N., secondo il quale «deve essere considerato “consumatore” la persona fisica che, pur svolgendo attività imprenditoriale o professionale, conclude un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all’esercizio di tale attività, mentre deve essere considerato “professionista” tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che, invece, utilizza il contratto “nel quadro” della sua attività imprenditoriale o professionale. Perché ricorra la figura del “professionista” non è necessario che il contratto sia posto in essere nell’esercizio dell’attività propria dell’impresa o della professione, essendo sufficiente – come si evince dalla parola “quadro” – che esso venga posto in essere per uno scopo connesso all’esercizio dell’attività imprenditoriale o professionale» (nella specie, la Suprema Corte ha cassato la sentenza del giudice di pace che aveva qualificato come consumatore finale una imprenditrice agricola nei confronti della compagnia di assicurazione con cui aveva stipulato un contratto per la copertura dei rischi derivati dall’attività dell’azienda). Si vedano anche le pronunce di merito Trib. di Torino, 4 ottobre 1996, in *Nuova giur. comm.*, 1997, I, 193, con nota di KLESTA DOSI L., *Clausole abusive nei contratti del consumatore e tutela inibitoria: prime applicazioni degli artt. 1469 bis e ss. cod. civ.*; Trib. di Roma 24 marzo 1998, in *Corr. giur.*, 1998, con nota di DI MAJO A.; Pretura di Foggia – Otranto, 17 dicembre 1998, in *Giur. it.*, 2001, 312, con nota di TORRISI T., *Consumatore, professionista. Fermenti giurisprudenziali*; Trib. di Torino, 16 agosto 1996, in *Vita Not.*, 1997, 125, con nota di ASTONE F., *Sull’utilizzo delle clausole*; Trib. di Torino, 15 novembre 1996, in *Corr. giur.*, 1997, 203, con nota di CONSOLO C.

Per le pronunce della giurisprudenza comunitaria si veda: CGCE, 22 novembre 2001, cause riunite C-541/99 e C-542/99, in *Corr. giur.*, 2002, 445, con nota di CONTI R., *La corte CE a tutto campo sulla nozione di consumatore e sulla portata della dir. 93/13/CEE in tema di clausole abusive*; CGCE, 17 luglio 1998, causa C-291/96, in *Foro it.*, 1999, IV, 129 ss.

cod. civ., sia un soggetto in possesso dei requisiti indicati dall'art. 3 del codice del consumo, indipendentemente dal fatto che lo stipulante abbia la veste di consumatore<sup>35</sup>.

Della questione della applicazione analogica della disciplina a tutela del consumatore è stata investita per due volte anche la Corte Costituzionale<sup>36</sup>, in entrambi i casi per apprestare tutela anche ai soggetti che, pur agendo per scopi imprenditoriali, si trovino

---

<sup>35</sup> Sul punto si veda l'ordinanza della Corte Costituzionale, 16 luglio 2004, n. 235, in *Foro it.*, 2005, I, 992, con nota di PALMIERI A., *Alla (vanna?) ricerca del consumatore ideale*, pronunciata a seguito dell'ordinanza di rimessione emessa dal Tribunale di Napoli, 22 luglio 2002, in *Corr. giur.*, 2003, 659, con nota di FAVA P., *L'estensione della necessaria facoltatività delle perizie contrattuali alle polizze infortuni cumulative: i lavoratori assicurati sono consumatori ex art. 1469-bis c.c.*. Il caso preso in esame riguardava un contratto di assicurazione sugli infortuni sul lavoro concluso tra una compagnia di assicurazioni ed una società ed avente come beneficiari i dipendenti di quest'ultima, il quale presentava clausole abusive ai sensi della disciplina del consumatore. La stessa questione era stata sottoposta all'esame della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (CGCE, 22 novembre 2001, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3 ss.) che, tuttavia, non l'aveva accolta, sostenendo che, ai sensi dell'art. 2, lett. b), della direttiva 93/13/CE, la nozione di consumatore include unicamente le persone fisiche.

Successivamente, su una questione simile che riguardava una polizza stipulata da un'associazione sportiva conclusa a favore dei propri soci, si è espressa in senso favorevole all'applicazione della disciplina sul consumatore, quando il beneficiario è un soggetto avente i requisiti per la sua applicazione la Corte di Cassazione 11 gennaio 2007, n. 369, in *Foro it.*, 2007, I, 1778, con nota di PALMIERI A., e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 1055, con nota di DELLI PRISCOLI L., *Assicurazione per conto altrui e foro del consumatore*. Si veda anche PICCININI V., *op. cit.*, 7.

<sup>36</sup> Cfr. Giudice di Pace L'Aquila, 3 novembre 1997, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2341 ss., con nota di GATT, *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie* e poi Giudice di Pace di Sanremo, 5 luglio 2001, in *Giur. mer.*, 2002, 649. Sui nessi tra Costituzione e tutela del consumatore si veda ESPOSITO M., *La tutela dei consumatori tra codice civile e costituzione*, in *Giur. merito*, 2000, IV, 181 e ss.

nella stessa situazione di debolezza contrattuale ed economica<sup>37</sup>. In particolare, è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli articoli 3, 25 e 41 della Costituzione, dell'art. 1469-*bis* cod. civ. nella parte in cui non estende la sua applicazione agli enti e ai soggetti che, pur non essendo consumatori tradizionalmente intesi, versino nelle medesime condizioni.

La Corte Costituzionale nel primo caso<sup>38</sup> non è entrata nel merito; nel secondo caso<sup>39</sup>, invece, ha rigettato la questione, ritenendo ragionevole la scelta del legislatore di tutelare solo le persone fisiche che agiscono per fini estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, in ragione del fatto che le altre categorie di soggetti – quali quelle dei professionisti, dei piccoli imprenditori, degli artigiani – hanno, invece, cognizioni idonee per contrattare su un piano di parità poiché agiscono con finalità diverse da quelle del mero consumo.

La *ratio* della normativa sui consumatori, per la Consulta, andrebbe ricercata nell'intento di rimuovere la debolezza non solo economica ma anche informativa presente in determinati ambiti di contrattazione di mercato, come nell'ambito del consumo. Conse-

---

<sup>37</sup> In dottrina si veda CALVO R., *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico e il sonno della ragione*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2003, 715; ID., *La tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale*, cit., 869 ss.; DELLI PRISCOLI L., «Consumatore», «imprenditore debole» e principio di uguaglianza, in *Contr. Impr. Eur.*, 2003, 749 e ss.; GABRIELLI E., *I contraenti*, cit., 133 e PICCININI V., *op. cit.*, 9 e ss.

<sup>38</sup> Corte Cost., 30 giugno 1999, n. 282, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3118 ss., con nota di PALMIERI A., *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*.

<sup>39</sup> Corte Cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Foro it.*, 2003, I, c. 332, con nota di PALMIERI A., *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte Costituzionale* e di PLAIA A., *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*. Cfr. anche su tale sentenza il commento di AZZARO A.M., *Tutela del «consumatore» e regolazione del mercato*, in *Giust. civ.*, 2003, 237 e di CAPILLI G., *La nozione di consumatore alla luce dell'orientamento della consulta*, in *Contratti*, 2003, 653.

guentemente, non si potrebbe prestare la stessa tutela ai quei soggetti che non possono ritenersi totalmente inesperti rispetto alla controparte imprenditoriale, ma che si trovano rispetto a questa solo in una condizione di debolezza economica.

In altri termini, la diversità di disciplina tra consumatore e “imprenditore debole” si giustifica nel fatto che il secondo non può dirsi privo della necessaria competenza per negoziare. L’incapacità di un soggetto diverso dal consumatore a contrattare deriva da altre situazioni, prima fra tutte la dipendenza economica, ed è quindi necessaria una differente tutela.

Parte della dottrina<sup>40</sup> si è schierata a favore delle motivazioni esposte dalla Consulta, condividendone la tesi: i soggetti “deboli” non consumatori non sono privi di tutela, ma essa deve essere ricercata altrove; in primo luogo nei principi di carattere generale (in particolare, l’interpretazione secondo buona fede ex art. 1366 cod. civ.), in secondo luogo, nelle norme previste dal codice civile agli artt. 1341 e 1342 e , infine, nei provvedimenti in materia di contrattazione di impresa che, in via autonoma, disciplinano i rapporti tra imprenditori con un diverso grado di potere contrattuale ed economico<sup>41</sup>. Secondo tale impostazione il legislatore,

---

<sup>40</sup> Sul punto, v. DELLI PRISCOLI L., «Consumatore», «imprenditore debole» e principio di uguaglianza, cit., 766; DI MARZIO F., *Intorno alla nozione di «consumatore» nei contratti*, cit., 2151; ID., *Ancora sulla nozione di “consumatore” nei contratti*, in *Giust. civ.*, 2002, 689; FICI A., “Consumatore”, “professionista” e criteri di vessatorietà nei contratti del consumatore, in *Corr. giur.*, 2002, 1629, il quale giustifica la discriminazione negativa di enti e persone giuridiche rispetto alle persone fisiche a cui tutela sono dettate le norme di protezione in base al fatto che gli enti necessariamente agiscono professionalmente agendo per il perseguimento di uno scopo. Cfr. anche CHINÈ G., *Uso ed abuso della nozione di consumatore nel codice del consumo*, cit., 431.

<sup>41</sup> Si portano come esempi l’art. 36, comma 4, del codice del consumo (già art. 1469-*quinquies*, comma 4, cod. civ.)<sup>41</sup>, la legge 18 giugno 1998, n. 192 sulla subfornitura che ha introdotto la figura dell’“abuso di dipendenza economica”, il d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, attuativo della direttiva 2000/35/CE, sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, la legge 6 maggio 2004, n. 129 sull’affiliazione commerciale.

ogni volta che ne ha ravvisato la necessità, apprestando tutela ai quei soggetti, diversi dai consumatori, che si trovino in condizione di inferiorità rispetto ad altro imprenditore, avrebbe indirettamente stabilito che la normativa dei consumatori, ha una *ratio* diversa, non idonea a tutelare queste differenti situazioni<sup>42</sup>. Nei contratti dei consumatori ciò che deve essere salvaguardato è il potere di autodeterminarsi del privato e la parte debole è così tutelata attraverso norme imperative che rimuovono la disparità di informazione; nella contrattazione tra imprese ciò che deve essere difeso non è tanto l'autonomia negoziale ma l'equilibrio economico del contratto, e tale tutela viene fornita attraverso disposizioni imperative che limitano l'autonomia contrattuale<sup>43</sup>.

La dottrina che ha criticato la decisione della Consulta, invece, rileva come la posizione di debolezza di un soggetto dipende dalla possibilità di intraprendere con l'altra parte una trattativa individuale e non dall'agire per finalità di consumo o per finalità lucrative<sup>44</sup>. Questi Autori ritengono che la *ratio* della legge vada ricer-

---

<sup>42</sup> DI MARZIO F., *Ancora sulla nozione di "consumatore" nei contratti*, cit., 689, il quale, osserva che sia il legislatore comunitario che quello nazionale hanno inteso limitare la protezione generalizzata della parte debole che contratta con la parte forte al solo consumatore, preferendo una tutela settoriale quando il problema di salvaguardia del contraente debole dall'abuso esercitato in suo danno dal contraente forte si proponga nella contrattazione d'impresa. Vedi anche DALIA C., *cit.*, 1734, secondo la quale il riconoscimento normativo della posizione di debolezza del contraente impresa non si concilia con una definizione ampia di consumatore, in quanto la coesistenza di due normative garantiste, presentando ambiti sovrapponibili, avrebbe generato il rischio di incertezza in merito alla normativa applicabile.

<sup>43</sup> GABRIELLI E., *I contraenti*, cit., 135 e SIRENA P., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, cit., 810.

<sup>44</sup> Cfr. CALVO R., *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico e il sonno della ragione*, cit., 718, il quale afferma che «la categoria del consumatore sprigiona dunque una luce effimera giacché non descrive determinate qualità della persona né esaurisce la situazione soggettiva di debolezza nella costituzione del contratto, limitandosi a simboleggiare un modo d'essere del mercato»; anche SIRENA P., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, op. cit., 817, sottolinea

cata nella condizione di debolezza del contraente a nulla rilevando, invece, la sua qualifica soggettiva, anche al fine di non porsi in contrasto con il principio di uguaglianza sostanziale. In altri termini, la speciale tutela accordata dal diritto positivo andrebbe ancorata a parametri oggettivi, quali l'effettiva natura dei rapporti negoziali. Ragionando diversamente l'introduzione di classi o categorie a base personale farebbe risorgere l'ordinamento disuguale<sup>45</sup>.

Il consumatore, allora, descriverebbe il ruolo economico di coloro che sono privati del potere di trattativa, non ambendo a essere l'archetipo del soggetto bisognoso di tutela, essendo eterogenea e non riconducibile ad unità la nozione di consumatore<sup>46</sup>.

A sostegno di tali argomentazioni si rileva come i concetti di consumatore e di atto di consumo sono inadeguati di fronte alle ipotesi di parte soggettivamente complessa, cioè di quella parte che con uno stesso negozio compia atto di consumo e atto relativo all'attività di impresa<sup>47</sup>. Anche l'argomentazione della dottrina

che la predisposizione di condizioni generali di contratto crea in ogni caso una sorta di monopolio di fatto dell'imprenditore sull'informazione giuridicamente rilevante e che l'eventuale esperienza professionale dell'altra parte non è di per sé idonea a superare l'asimmetria informativa.

<sup>45</sup> CERRI E., *Eguaglianza giuridica e egualitarismo*, L'Aquila-Roma, 1984, 105.

<sup>46</sup> CALVO R., *op. ult. cit.*, 723.

<sup>47</sup> CALVO R., *op. ult. cit.*, 735; COREA U., *Sulla nozione di «consumatore»: il problema dei contratti stipulati a scopi professionali*, cit., 20, il quale sottolinea come sia illogico «sostenere che il soggetto che si rivolge al servizio postale per la spedizione di due diversi plichi raccomandati, possa essere assoggettato per ciascuna di esse a due diverse discipline» e ciò per il solo fatto di avere spedito in un caso una lettera privata e nel secondo una comunicazione attinente alla sua attività di impresa. «Se, com'è pacifico, il presupposto della normativa comunitaria di protezione è la condizione di debolezza contrattuale propria del consumatore soggetto di diritto non è ammissibile che al suddetto contraente venga imputata una forza contrattuale maggiore nel primo caso rispetto al secondo, ove solo si consideri che in entrambe le ipotesi le sua capacità di negoziare con il fornitore del servizio e di incidere sul contenuto del contratto è assolutamente la medesima (cioè, praticamente nulla)». In giurisprudenza si veda Trib. Roma, 20 otto-

opposta, la quale ritiene che la necessità di tutela dell'imprenditore debole sia stata superata dalle norme dettate per sanzionare l'abuso di dipendenza economica, viene respinta osservandosi che la disciplina in questione ha quale necessario presupposto anche la mancanza di scelta della controparte da parte del contraente vessato e non solo l'assenza di trattativa<sup>48</sup>.

Va segnalato, peraltro, che l'ambito di applicazione dell'art. 9, della l. 192/1998, il quale vieta l'abuso da parte di un'impresa dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi confronti, un'impresa cliente o fornitrice, ha dato adito a dibattiti in dottrina; da un lato vi è chi ritiene che la normativa sulla subfornitura sia applicabile a tutti i contratti tra imprese; dall'altro, parte della giurisprudenza e della dottrina si sono espresse per l'applicabilità dell'art. 9 al solo rapporto di subfornitura<sup>49</sup>. Esiste,

---

bre 1999, in *Contratti*, 2000, 443, con nota critica di MAFFEIS D., *Ambito soggettivo di applicazione degli artt. 1469-bis ss. c.c.*, il quale ha stabilito che è consumatore il soggetto che acquista un bene o un servizio da utilizzare nell'ambito della propria attività imprenditoriale o professionale, purché non rientri nel quadro di tale attività la conclusione di contratti dello stesso genere di quello stipulato. Infatti, al fine di stabilire se il contraente abbia agito "per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta", occorre verificare se la conclusione di tale contratto sia o non un atto della professione di chi acquista il bene o il servizio, come lo è per la sua controparte (nella specie è stato ritenuto consumatore uno scultore professionista che aveva stipulato un contratto di trasporto di un'opera d'arte per la partecipazione ad un concorso, non rientrando la conclusione di un atto di tal genere nel quadro della sua attività di scultore).

<sup>48</sup> Cfr. FRIGNANI A., *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192/1998: problemi di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 1999, 189; DELLI PRISCOLI L., *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con le clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 835.

<sup>49</sup> CALVO R., *La tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale*, cit., 874, il quale sottolinea come i giudici abbiano ristretto anche l'ambito di tale normativa ai soli contratti di subfornitura, pur essendo, secondo l'Autore, intenzione del legislatore estendere la norma a tutti i contratti tra imprese. La giurisprudenza ha, infatti, fatto un uso assai parsimonioso del divieto di abuso di dipendenza economica, e solo rara-

poi, una posizione intermedia la quale afferma che l'ambito di applicazione della normativa non debba essere limitato ai rapporti di subfornitura, ma a tutti i rapporti di collaborazione commerciale tra imprese, in particolare nei rapporti nei quali la posizione delle parti è "verticale"<sup>50</sup>.

Non si può, quindi, dire che le due normative – quella del consumatore e quella sulla subfornitura – apprestino identica tutela

mente lo ha applicato fuori dai confini della subfornitura: cfr. Trib. di Bari, ord. 6 maggio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2178, con note di PALMIERI A., *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*, e di OSTI C., *Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica*; tale ordinanza è stata poi revocata in sede di reclamo, cfr. Trib. di Bari, ord. 2 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3208 e ss. con nota di PALMIERI A., *Abuso di dipendenza economica: dal «caso limite» alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto*. Sottolinea la portata generale della l. 192 del 1998, DE NOVA G., *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 451.

<sup>50</sup> Cfr. Trib. di Roma, 5 febbraio 2008, n. 2688, il quale dopo aver premesso che l'art. 9 della l. 192/1998 è diretta a tutelare non solo il soggetto che fornisce ma anche il soggetto che intende acquistare un bene e un servizio, afferma che «l'ambito di applicazione, tuttavia, non può essere ulteriormente "allargato" e dunque esteso ad ogni ipotesi di dipendenza economica tra imprese, quale che sia il rapporto che la determina. Si tratta pur sempre di disposizione inserita in una normativa di settore che – come rilevato in dottrina – esprime un potere invasivo del Giudice sul piano dell'autonomia negoziale, e che fa riferimento a situazioni di dipendenza economica non già in sé e per sé considerate in relazione ad una situazione generale di mercato (come la normativa in tema di abuso di posizione dominante), bensì a situazioni in cui un'impresa è in grado di determinare un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi "nei rapporti commerciali con un'altra impresa". Il legislatore dunque non ha inteso prendere in considerazione tutte le situazioni di dipendenza economica tra imprese ma solo quella che, come la subfornitura, si collocano in un contesto nel quale diverse imprese si coordinano per la realizzazione di un unico processo economico, dando luogo ad una integrazione "verticale" delle rispettive attività; sicché estrapolarla da quel contesto normativo per farla assurgere a norma di generale applicazione a rapporti contrattuali caratterizzati ad equilibrio tra posizioni contrattuali costituisce opera interpretativa non condivisibile».

diversificandosi solo per il soggetto protetto, dovendosi d'altra parte sottolineare che, seguendo la teoria restrittiva, gli enti non lucrativi e i professionisti restano sprovvisti di protezione non ricevendo alcuna tutela: non dalla prima (essendo applicabile solo alle persone fisiche che compiano "atti di consumo"), non dalla seconda (essendo applicabile solo agli imprenditori).

### 2.1.3. CONCLUSIONI IN TEMA DI CONSUMATORE.

Da ultimo va rilevato che anche lo stesso legislatore nazionale sembra risentire della mancanza di una nozione più ampia di consumatore finendo per dettare discipline contenute in corpi normativi diversi ma sostanzialmente coincidenti a seconda che la parte c.d. "debole" a cui è rivolta la tutela sia un consumatore o un professionista. Un esempio è dato dalla normativa sulle pratiche commerciali scorrette, contenuta nei decreti legislativi 2 agosto 2007 nn. 145 e 146, in attuazione delle direttiva 2005/29/CE: il primo decreto, che disciplina la pubblicità ingannevole e comparativa e le sue conseguenze sleali nei rapporti c.d. *business to business*, resta collocato in un *corpus* normativo separato dal codice del consumo; parallelamente il secondo decreto, che disciplina le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori, è confluito nel codice del consumo.

La scelta del legislatore di sdoppiare la normativa, al fine di evitare incertezze in ordine al soggetto destinatario della tutela, ha destato nella dottrina qualche perplessità<sup>51</sup>, notando che entrambi

---

<sup>51</sup> Sul punto si veda CICCARELLI S., *La tutela del consumatore nei confronti della pubblicità ingannevole e delle pratiche commerciali scorrette ex d.lg. n. 146 del 2007*, in *Giur merito*, 2008, 1820; GENOVESE A., *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2008, 762; TUVIERI C., *Il decreto sulle pratiche commerciali scorrette. Una nuova frontiera in tema di tutela dal consumatore*, in *Giur. merito*, 2008, 1830, il quale, peraltro, sottolinea come il d.lgs. 146/2007 abbia modificato la nozione di consumatore prevista dall'art. 18 del codice del consumo, in materia di pubblicità e altre comunicazioni commerciali. La novella, evidenzia

i decreti mirano alla tutela dell'interesse pubblicistico e comunitario al corretto svolgimento del mercato in ambito di offerta pubblicitaria, tanto da diventare irrilevante la qualità soggettiva di consumatore o professionista, se non nell'accezione di soggetto "debole".

In conclusione, al di là della nozione di consumatore (solo in senso stretto, quale persona fisica che agisce con finalità estranee alla attività di impresa, o nel senso di contraente "debole"), il codice del consumo, per stessa dichiarazione dei suoi compilatori, si prefigge lo scopo di dare tutela al soggetto che si trovi in situazione di disparità – *rectius* asimmetria contrattuale – rispetto ad altro soggetto. L'esigenza di garantire una uguaglianza non solo formale ma anche sostanziale, attenta all'equilibrio non solo normativo ma anche economico del contratto, non poteva quindi trovare collocazione all'interno del codice civile fondato sul concetto di uguaglianza formale<sup>52</sup>.

Il riconoscimento della disuguaglianza del potere contrattuale dei soggetti comporta la necessità di creare norme disuguali che impongono diversi diritti, facoltà, doveri ed oneri a carico di una sola delle parti. La creazione di nuove norme di carattere generale per la contrattazione con i consumatori non può non portare alla considerazione che per tali contratti le norme contenute nel codice civile in materia di contratto in generale siano solo di carattere suppletivo, da applicarsi solo in caso di lacune e solo qualora non siano in contrasto con i principi ispiratori del codice del consumo. Con tale via sembra essere ormai superato il principio della unificazione del soggetto di diritto privato<sup>53</sup>.

## 2.2. BANCA E RISPARMIATORE.

---

l'Autore, tenendo in conto la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, introduce nel codice il concetto di "consumatore medio".

<sup>52</sup> Si veda relazione al codice del consumo, § 6. Più ampiamente sul punto DI MARZIO F., *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 837 e ss.

<sup>53</sup> SOMMA A., *cit.*, 680.

La correlazione contraente debole-contraente forte, oltre che in tema di consumatori, si trova anche in altri rapporti come in materia bancaria. In tale settore, di fronte allo squilibrio contrattuale intercorrente tra banca e cliente, si è avvertita la necessità di trovare un compromesso tra le esigenze di efficienza e stabilità del sistema bancario e quelle di tutela della clientela<sup>54</sup>.

Soprattutto nell'ultimo decennio si sono cercati correttivi del sistema al fine di riequilibrare il regolamento contrattuale dei servizi bancari, normalmente imposto e predisposto dalla banca a tutta la clientela bancaria.

Tuttavia, fino agli inizi degli anni novanta, il legislatore dimostra disinteresse per tale problematica<sup>55</sup>. Il codice del commercio del 1882 non contiene una normativa regolatrice dei contratti bancari; la prima regolamentazione si ha con la legge bancaria del 1938, la quale non si limita a codificare l'esistente ma definisce nuovi modelli istituzionali dell'intermediazione finanziaria. Questa legge, promulgata dopo la "grande crisi" degli anni trenta, avendo come finalità principale la stabilità degli operatori creditizi e l'efficienza del settore, introduce una disciplina pubblicistica dell'attività bancaria<sup>56</sup>.

La legge del 1938<sup>57</sup>, essendo la risposta dell'ordinamento all'instabilità del sistema bancario messo in luce da quella crisi, ha come principi ispiratori la specializzazione che assume la materia bancaria, la separazione tra impresa e banca, tramite il divieto di finanziare le prime attraverso l'assunzione di partecipazioni

---

<sup>54</sup> CAMPOBASSO G.F., *Servizi bancari e finanziari e tutela del contraente debole: l'esperienza italiana*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, 562.

<sup>55</sup> CAMPOBASSO G.F., *cit.*, 562, il quale lucidamente ricostruisce l'evoluzione legislativa in tema di tutela del cliente dei servizi bancari e finanziari.

<sup>56</sup> Sul punto si veda, oltre a CAMPOBASSO G.F., *cit.*, 563, MOTTURA P., *Il sistema bancario italiano: linee fondamentali di evoluzione dal 1945 al 1994*, in *Banca, impresa, società*, 1994, 188.

<sup>57</sup> Con tale espressione si fa riferimento alla legge 7 marzo 1938, n. 141 e alla legge 7 aprile 1938, n. 636, oltre che alla successiva legge 10 giugno 1940, n. 933.

azionarie da parte delle seconde, e la vigilanza da parte di un organo superiore individuato nella Banca d'Italia.

La riforma bancaria del 1938 genera così un sistema centralmente amministrato dalla Banca d'Italia dotata di ampi poteri non solo di controllo ma anche di intervento sulle condotte degli intermediari. La possibilità di intervento della Banca d'Italia nelle scelte economiche di mercato ha comportato che essa «*divenne nei fatti fonte di una normativa secondaria*»<sup>58</sup>. Va registrato, peraltro, che la Banca d'Italia raramente è intervenuta per modificare le scelte politico-economiche degli intermediari, preferendo favorire gli accordi interbancari sulle condizioni da applicare alla clientela con conseguente limitazione della concorrenza e un aumento della stabilità del sistema complessivo.

Il codice civile del 1942, pur essendo innovativo rispetto al precedente, avendo introdotto una disciplina specifica dei contratti bancari, non comporta deroghe sostanziali al sistema delineato dalla legge bancaria del 1938: la disciplina codicistica, infatti, relativa solo alla raccolta del risparmio a breve termine, è rivolta solo alle aziende di credito ordinario; la raccolta del risparmio a medio e lungo termine, affidata agli istituti di credito speciale, resta regolata dalla legislazione speciale, la quale deroga ampiamente alla disciplina di diritto comune<sup>59</sup>.

La disciplina del codice civile, inoltre, appare lacunosa sotto diversi profili: si limita a tipizzare i singoli contratti astenendosi dal dettare una disciplina comune a tutti i contratti bancari. In altri termini, manca una disciplina che offra un completo quadro normativo con norme che prendano in considerazione i rapporti con la clientela<sup>60</sup>. La lacunosità del codice non è dovuta a una scarsa attenzione del legislatore ma è determinata dalle resistenze del mondo bancario a modifiche del contesto venutosi a creare dopo l'emanazione della legge del 1938 la quale è focalizzata sulla tu-

---

<sup>58</sup> MOTTURA P., *cit.*, 191.

<sup>59</sup> CAMPOBASSO G.F., *cit.*, 564.

<sup>60</sup> PICCININI V., *I rapporti tra banca e clientela. Asimmetria e condotte abusive*, Padova, 2008, 12.

tela del mercato del credito e dell'impresa bancaria<sup>61</sup>. La tutela del cliente contro il potere contrattuale delle banche è, quindi, quasi inesistente, essendo affidata soltanto alla disciplina codicistica: da un lato le norme generali in tema di obbligazioni e contratti e, dall'altro, le norme dettate per i singoli contratti bancari. Questi due gruppi di norme, tuttavia, non sono stati in grado di arginare il fenomeno di vessazione del contraente debole, essendo lasciato ampio spazio all'autonomia negoziale delle parti e agli usi bancari<sup>62</sup>.

Le lacune e i limiti della disciplina codicistica hanno portato così ad affidare alle c.d. *norme bancarie uniformi* (n.b.u.) la regolamentazione degli aspetti più importanti dei contratti bancari. Le *norme bancarie uniformi* sono condizioni di contratto che non vengono predisposte dalle singole banche, ma dalla loro associazione di categoria, l'Associazione Bancaria Italiana (ABI); le singole banche associate – pur non essendovi obbligate – hanno recepito in modo sostanzialmente uniforme gli schemi contrattuali predisposti dall'ABI sottoponendoli alla loro clientela<sup>63</sup>.

Il recepimento delle *norme bancarie uniformi*, comportando un elevato livello di standardizzazione<sup>64</sup>, ha determinato un duplice risultato: da un lato l'uniformità dei rapporti stipulati tra le banche e la loro clientela, dall'altro l'inesistenza di una concorrenza fra banche sul piano della regolamentazione dei rapporti con i clienti. Le n.b.u., infatti, erano spesso affiancate da accordi interbancari aventi ad oggetto la determinazione dei limiti minimi e massimi delle condizioni economiche da praticare alla clientela. Il risultato per la clientela bancaria è l'inesistenza di alternative sul mercato poiché il regolamento negoziale, da un lato, è predisposto unilate-

---

<sup>61</sup> TUCCI G., *Verso la tipizzazione dei contratti bancari*, in *Contratti*, 1995, 325.

<sup>62</sup> CAMPOBASSO G.F., *cit.*, 565 e PICCININI V., *I rapporti tra banca e clientela*, *cit.*, 13.

<sup>63</sup> PICCININI V., *I rapporti tra banca e clientela*, *cit.*, 14 e ss.

<sup>64</sup> L'espressione di MIRONE A., *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, 2003, 2, è riportata anche da CAMPOBASSO G.F. e PICCININI V. entrambi citati.

ralmente dall'istituto bancario e, dall'altro, attraverso le n.b.u., esso è identico, non solo all'interno dalla singola impresa bancaria, ma in tutto il settore.

Ulteriori conseguenze del disinteresse del legislatore per il rapporto contrattuale intercorrente tra banca e cliente e delle lacune del codice civile sono, da un lato, che l'unica fonte normativa dei contratti bancari fossero le *norme bancarie uniformi*, tanto che un'autorevole dottrina le ascriveva tra le fonti del diritto bancario<sup>65</sup> e dall'altro che, in assenza di una normativa legislativa che avesse non solo carattere dispositivo ma anche cogente nei confronti del contraente forte, le banche facessero largo uso di clausole dal contenuto vessatorio ed abusivo nei confronti della clientela<sup>66</sup>.

Numerose sono le espressioni del potere contrattuale delle banche che la normativa del codice civile non è riuscita ad arginare, essendosi limitata a una tutela solo formale del contraente debole che si esauriva nella richiesta di una specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie elencate dall'art. 1341, secondo comma, del codice civile<sup>67</sup>. Esempi del potere contrattuale delle banche possono rinvenirsi nelle clausole, successivamente dichiarate nulle dalla giurisprudenza, limitative della responsabilità del-

---

<sup>65</sup> MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, Milano, 1972, 136. Si veda anche MIRONE A., *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, I, 264.

<sup>66</sup> MORERA U., *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, I, 163.

<sup>67</sup> Sul punto si veda CAMPOBASSO G.F., *cit.*, 569 il quale ricorda che le banche, per cautelarsi, sono solite esigere la specifica approvazione, con doppia sottoscrizione, di tutte le clausole sospette e non solo di quelle contenute nell'elenco (tassativo) predisposto dal legislatore. La doppia sottoscrizione da parte del cliente non è, però, una reale tutela in quanto non sconfigge il ricorso a clausole vessatorie o tali da determinare uno squilibrio contrattuale a danno del contraente debole, quale è il cliente della banca il quale, peraltro, è costretto ad aderire per mancanza di reali alternative alle condizioni predisposte ed applicate in modo uniforme da tutte le banche.

la banca solo per dolo o colpa grave; in quelle che consentono alla banca di modificare unilateralmente e a sua discrezione le condizioni contrattuali precedentemente “concordate” con il cliente<sup>68</sup>; in quelle che consentivano la capitalizzazione trimestrale degli interessi in violazione del divieto di anatocismo (art. 1283 cod. civ.)<sup>69</sup>.

Verso la metà degli anni settanta la dottrina più attenta comincia ad evidenziare il vistoso squilibrio contrattuale che caratterizza i rapporti tra banca e clientela. La spinta maggiore per una disciplina che presti strumenti per riequilibrare il rapporto bancario, ancora una volta, si ha però dalle numerose direttive comunitarie: la necessità di aprire il mercato nazionale all’operatività ed alla concorrenza con le altre banche europee, attraverso l’adeguamento agli standard comunitari, segna la fine della struttura oligopolistica del mercato bancario italiano<sup>70</sup>.

Nel nuovo contesto europeo basato sulla concorrenzialità si delinea in modo diverso la ricerca del punto di equilibrio fra l’esigenza della stabilità delle imprese bancarie e la tutela della

---

<sup>68</sup> Sul punto si rimanda a LA ROCCA G., *Il potere di modificare unilateralmente i contratti: esigenze sostanziali e profili civilistici*, in *Banca, impr. e soc.*, 1997, 62; BRIOLINI F., *Osservazioni in tema di modifiche unilaterali nella disciplina dei contratti bancari*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 283; GAGGERO P., *Disciplina del jus variandi nel Testo unico bancario*, in BIANCA - ALPA (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti con i consumatori*, Padova, 1996, 370.

<sup>69</sup> Sul punto si veda Cass. 16 marzo 1999, n. 2374, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, II, 649, con nota di PORZIO M., *Rilievi critici sulle recenti sentenze della Cassazione in materia di anatocismo*; Cass. civ., 30 marzo 1999, n. 3069, in *Corr. giur.*, 1999, 561, con nota di CARBONE V., *Anatocismo e usi bancari: la cassazione ci ripensa*; Cass. civ. Sez. un., 4 novembre 2004, n. 21095, in *Corr. giur.*, 2005, 214 con nota di INZITARI B., *Le sezioni unite e il divieto di anatocismo: l’asimmetria contrattuale esclude la formazione dell’uso normativo*.

<sup>70</sup> Il recepimento della direttiva 77/780/CEE (con legge delega 74/85 seguita dal d.p.r. 350/1985) segna la fine dell’era della attività bancaria come attività pubblicistica, riconoscendo espressamente che l’attività bancaria è attività di impresa. Cfr. PICCININI V., *I rapporti tra banca e clientela*, cit., 21.

clientela. In altri termini, ci si rende conto che la tutela del risparmiatore non può avvenire solo in via mediata attraverso la tutela del risparmio e la salvaguardia della solidità dell'impresa bancaria, ma che è necessaria anche l'imposizione di obblighi di trasparenza nei confronti della clientela, coadiuvando la scelta consapevole del cliente verso le condizioni economiche più vantaggiose, per ottenere uno svolgimento corretto della concorrenza nei mercati bancari e finanziari ed una selezione delle imprese più efficienti<sup>71</sup>.

Prende così avvio una riforma del sistema bancario italiano che conduce all'emanazione di una serie di interventi di diversa natura, tuttavia legati tra loro dall'intenzione di migliorare il grado di tutela della clientela bancaria<sup>72</sup>. La radicale riforma arriva con l'approvazione del d.lgs. n. 385 del 1993, "*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*" (TUB).

Il TUB, introducendo per la prima volta nel nostro ordinamento principi generali applicabili a tutti i contratti bancari e finanziari, comporta un mutamento non solo di forma ma di sostanza della materia: nella nuova normativa viene dato rilievo ad entrambi i protagonisti del rapporto bancario, alla banca-imprenditore e al cliente. Il quadro delineato dalla normativa del 1993 è il seguente: alla banca viene riconosciuto il ruolo di contraente forte, mentre il contraente debole è il cliente che, proprio per la sua qualifica, necessita di una disciplina differenziata, rispetto a quella generale che si applica solo ai contratti e alle operazioni bancarie<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> CAMPOBASSO G.F., *cit.*, 574.

<sup>72</sup> Si possono portare ad esempio la legge 17 febbraio 1992, n. 154 (confluita nel TUB agli artt. 115 e ss.) recante le "*Norme sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*"; la disciplina antimonopolistica nazionale introdotta dalla l. 10 ottobre 1990, n. 287, che attribuisce alla Banca d'Italia i poteri riconosciuti negli altri settori all'Autorità garante della concorrenza e del mercato; la disciplina del credito al consumo (l. 19 febbraio 1992, n. 114, confluita anch'essa nel TUB).

<sup>73</sup> BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, *cit.*, 125. Si veda anche dello stesso Autore *Riflessioni a margine al nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, impresa, società*, 1994, 171.

Da quanto esposto sopra, emerge che prima della entrata in vigore della normativa sulla trasparenza bancaria il termine “cliente della banca” aveva scarso rilievo e, qualora usato, non denotava alcun intento di disciplina<sup>74</sup>. Anche dall’analisi giurisprudenziale il termine “cliente” non aveva alcun carattere ordinante<sup>75</sup>.

Le norme del TUB – ed in particolare gli articoli da 115 e 120, 127 e 128 – sotto questo profilo risultano innovative, rappresentando il corpo normativo della tutela del cliente della banca; tuttavia da esse non emerge una definizione di “cliente”. In mancanza di tale definizione si può individuare nel cliente della banca il soggetto che pone in essere, non importa se con regolarità o meno, un rapporto contrattuale avente ad oggetto un’operazione rientrante nell’ambito dell’attività bancaria o delle attività finanziarie consentite. Dalla definizione ampia e generale di cliente si possono cogliere le differenze con la figura del consumatore: da un lato la figura del cliente è caratterizzata dal fatto che si è in presenza di un rapporto attuale, mentre la figura del consumatore ricomprende anche il contraente potenziale<sup>76</sup>, dall’altro che nella disciplina dettata per il cliente mancano quei riferimenti allo scopo estraneo all’attività professionale o imprenditoriale, propri invece della disciplina del consumatore.

La nozione di cliente è prossima ma non coincide con quella di consumatore<sup>77</sup>; nel TUB il consumatore viene in rilievo solo con

---

<sup>74</sup> In dottrina sulla nozione di cliente cfr. BUONOCORE V., *Gli effetti sulle operazioni bancarie della nuova disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Giur. comm.*, 2000, 211; MORERA U., *Sulla nozione di «cliente della banca»*, in *Vita not.*, 1995, 590; GAGGERO P., *A proposito della definizione di «cliente della banca»*, in *Econ. e dir. ter.*, 1996, 771.

<sup>75</sup> Cfr. Cass. civ., 25 maggio, 1994, n. 5107, in *Rep. Foro it.*, 1994, 192; Cass. civ., 14 aprile 1983, n. 2619, in *Giur. it.*, I, 1, 528; Cass. civ., 2 febbraio 1983, n. 908, *ibidem*, 527; Cass. civ., 9 settembre 1978, n. 4092, in *Foro pad.*, 1978, I, 259.

<sup>76</sup> MORERA U., *Sulla nozione di «cliente della banca»*, cit., 594.

<sup>77</sup> ALPA G., *Le clausole vessatorie nei contratti con i risparmiatori (sintesi della relazione)*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 9, il quale osserva che «i contratti dei risparmiatori e i contratti dei consumatori sono regolati da normative che non si giustappongono, ma si intersecano, sia nel diritto comunita-

riguardo alle disposizioni relative al credito al consumo. La tutela assicurata dagli artt. 115 e ss. del TUB, in conclusione, è di ampia portata essendo rivolta a tutti i clienti senza distinzione per tipologie di attività. Il cliente della banca, inoltre, non patisce, almeno fino ad ora, la differenziazione propria della disciplina della intermediazione mobiliare la quale poggia sulla distinzione tra clientela “privata” e clientela qualificata dall’attributo della professionalità<sup>78</sup>.

La finalità sottesa alle disposizioni del testo unico è, quindi, quella di apprestare una ampia e generalizzata tutela al cliente della banca o dell’intermediario finanziario utilizzando quali strumenti di protezione l’informazione preventiva e la trasparenza del regolamento contrattuale funzionali al consenso informato all’operazione giuridico-economica.

In conclusione, anche il testo unico bancario compie delle vistose deroghe alla disciplina del codice civile sul contratto in generale<sup>79</sup>, ma queste deroghe, a tutela del contraente debole – il cliente della banca –, rispetto alla disciplina del consumatore, sono applicate solamente con un criterio oggettivo, avendo riguardo, cioè, alle operazioni proprie dell’attività bancaria e finanziaria. In questo ambito, quindi, il rilievo dato alla disparità contrattuale è di maggiore portata essendo scevro dal motivo per cui il soggetto

rio, sia nel diritto interno. Inoltre, non vi è coincidenza perfetta tra diritto comunitario e diritto interno, perché le due categorie ordinanti delle due materie, il diritto bancario e della intermediazione finanziaria, da un lato, il diritto dei consumatori, dall’altro, nei due ordinamenti non coincidono».

<sup>78</sup> Tale distinzione si riscontra, ad esempio, in materia di s.i.m., società di gestione di fondi, enti creditizi, agenti di cambio, di società in generale.

<sup>79</sup> Va rilevato, peraltro, rilevato che anche la materia dei contratti bancari è stata di recente interessata da significativi interventi di riforma che incidono notevolmente sull’autonomia contrattuale delle banche; si possono portare ad esempio la disciplina della capitalizzazione degli interessi (delibera CICR, 9 febbraio 2000), la nuova regolamentazione CICR in materia di trasparenza bancaria (delibera CICR, 4 marzo 2003), la riforma dell’art. 118 del TUB (introdotto dal primo decreto Bersani) e gli interventi su vari aspetti dei mutui ipotecari.

debole compie l'operazione economica, proprio invece della tutela del consumatore.

### 2.3. OPERATORI DEL RISPARMIO E INVESTITORI: CENNI.

La disciplina degli intermediari finanziari è di tale ampiezza che allungherebbe di molto il tema preso in esame, ci si limita quindi solo a brevi e scarse considerazioni rinviando ad Autori che hanno trattato più diffusamente il profilo soggettivo del contraente debole nell'ambito degli strumenti finanziari<sup>80</sup>.

Anche l'intermediazione finanziaria conosce dai primi anni del 1990 l'introduzione di regole di salvaguardia formale e sostanziale del soggetto, qui inteso come investitore non professionale, che entra in contatto con controparti rispetto alle quali si trova in situazione di inferiorità informativa, economica o contrattuale<sup>81</sup>. Il crescente sviluppo del mercato finanziario ha reso necessario l'intervento del legislatore in materia anche per regolare la tutela dell'investitore, la quale ha trovato nella trasparenza il principio ordinante. L'intermediario, infatti, nello svolgimento della sua attività è tenuto a operare in modo tale che il cliente sia sempre informato sulla natura e sui rischi dell'operazione al fine di compiere scelte consapevoli di investimento<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> INZITARI B. - PICCININI V., *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008; SARTORI F., *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004; MASTROPAOLO E., *I servizi di investimento e gli intermediari professionali*, Milano 2003.

<sup>81</sup> Una delle prime normative tese alla regolamentazione della materia è stata la legge 2 gennaio, 1991, n. 1, sostituita poi dal decreto Eurosim 23 luglio 1996, n. 415. Per un primo commento sul TUF si rinvia a ALPA G., *Qualche rilievo sulla disciplina dei mercati finanziari e sulla tutela del risparmiatore*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, I, 372.

<sup>82</sup> CALANDRA BUONAURA V., *La trasparenza nei servizi bancari di investimento*, in *Giur. comm.*, 2008, 220, il quale sottolinea come la trasparenza nei servizi bancari di investimento ha necessitato un'apposita disciplina unitaria per tutti gli intermediari finanziari, anche non bancari, data la specificità delle problematiche di tutela dell'investitore.

La disciplina degli intermediari finanziari è in continua evoluzione: per valutare la situazione è necessario fare riferimento non solo al *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria* (TUF), ma anche agli interventi legislativi sul tale testo in recepimento della direttiva MiFID (*Market in Financial Instruments Directive*) 2004/39/CE, con il d.lgs. 164 del 2007 e al nuovo Regolamento Intermediari emanato dalla Consob<sup>83</sup>, la quale ha innalzato il grado di tutela dell'investitore per dare risposta agli scandali finanziari intervenuti tra la fine del 2001 e la fine del 2003<sup>84</sup>.

Viene, infatti, introdotto un capo sulla *tutela degli investitori* (nuovi artt. 32-bis e 32-ter del TUF), in cui si estende, da un lato, alle associazioni dei consumatori la legittimazione ad agire per la tutela degli interessi collettivi degli investitori, nelle forme previste dal codice del consumo per l'azione inibitoria e, dall'altro, si confermano le procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie definite ai sensi dell'art. 27 della legge 262 del 2005 e, in mancanza, i procedimenti di conciliazione previsti nel codice del consumo (art. 141), con estensione quindi agli investitori *non consumatori*.

In linea generale, sia le modifiche apportate al TUF che la normativa secondaria collegata pongono regole che limitano l'autonomia contrattuale degli intermediari nella contrattazione con gli investitori sotto vari aspetti – informativa precontrattuale, forma del contratto, contenuto, obblighi comportamentali – al fine di salvaguardare la fiducia nel sistema finanziario con la valorizzazione dell'autonomia decisionale del “contraente debole”.

### **3. IMPRENDITORE DEBOLE E “TERZO CONTRATTO”.**

---

<sup>83</sup> Delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007.

<sup>84</sup> Sul punto si veda GUERNELLI M., *L'intermediazione finanziaria fra la tutela del mercato, legislazione consumeristica e orientamenti giurisprudenziali*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 360.

Fino a questo punto si è presa in considerazione la tutela apprestata ad uno dei contraenti nella contrattazione *business to consumer* e si è osservato come la presenza di un soggetto ritenuto “debole” richieda un approccio differenziato. Ma nella polarità che vede da un lato i rapporti intercorrenti tra imprenditore e consumatore e dall’altro i rapporti tra imprenditori si è individuata una “terra di mezzo”<sup>85</sup>. In altri termini, fra le situazioni in cui il contratto viene negoziato in ogni dettaglio da soggetti in grado di autodeterminarsi e di correre i relativi rischi consciamente (*primo contratto*), nelle quali l’intervento del legislatore è minimo e finalizzato a salvaguardare la determinazione della volontà, e le situazioni in cui la posizione di un soggetto è compromessa dalla sua incapacità di reperire le corrette informazioni per compiere scelte consapevoli (*secondo contratto*), nelle quali, invece, è richiesto un controllo realizzato dal legislatore con la predisposizione di regole che presidiano la formazione, il contenuto e i rimedi del contratto, esisterebbe una fascia di rapporti che non sono riconducibili ai due modelli rappresentati. È la tematica del “*terzo contratto*”<sup>86</sup>, ideata da Pardolesi; di quel contratto, cioè, in cui un im-

---

<sup>85</sup> È questa l’espressione utilizzata da PARDOLESI R., *Prefazione*, in COLANGELO G., *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un’analisi economica e comparata*, Torino, 2004, XII.

<sup>86</sup> Sul terzo contratto si veda GITTI G. - VILLA G. (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, in cui sono raccolti i saggi di Amadio, Carusi, D’Amico, Gitti, Villa, Orlandi, Macario, Zoppini, Doria, Femia, Cafaggi, Navaretta e Pardolesi; RUSSO E., *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. Impr.*, 2009, 120; MINERVINI E., *Il «terzo contratto»*, in *Contratti*, 2009, 493; BREGOLI A., *I contratti di impresa*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 140; GIANOLA A., *Autonomia privata e «terzo contratto»*, in RESCIGNO P. (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Napoli, 2006, 131. In chiave particolarmente critica si veda VALENTINO D., *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 509.

prenditore è in posizione di debolezza nei confronti di un altro imprenditore<sup>87</sup>.

Il nuovo paradigma è, quindi, quello del contratto nel quale l'imprenditore debole, in quanto economicamente dipendente, sembra prendere il posto del consumatore<sup>88</sup>. Tuttavia, come osservato in precedenza, dottrina e giurisprudenza sono restie ad applicare la logica impiegata a tutela del consumatore, impostata sulla presunta o implicita incapacità di quest'ultimo di addivenire a una contrattazione individuale a lui favorevole, all'imprenditore che si trova in posizione di debolezza<sup>89</sup>. Si afferma così che la differenza tra consumatore e impresa debole risiederebbe nel fatto che il primo, sprovvisto delle necessarie informazioni, è incapace di negoziazione, mentre la seconda è priva di reali alternative sul

---

<sup>87</sup> La restrizione dell'ipotesi del "terzo contratto" al solo ambito dei contratti commerciali è condivisa della dottrina che ha accolto la critica di ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore, e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»*), in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669, in particolare 695, all'idea di Pardolesi (nella *Prefazione* sopra citata) che ricomprende anche i rapporti *consumer to consumer*. La restrizione di ambito, aderendo alla tesi di Roppo, è dovuta al fatto che la disciplina di tali rapporti «non è disciplina di regolazione del mercato».

<sup>88</sup> AMADIO G., *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, cit., 15; parla di "quarto contratto" come di contratto asimmetrico al di fuori degli squilibri di rilevanza macro economica NAVARRETTA E., *Luci ed ombre nell'immagine del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, cit., 317; accenni al contratto numero zero, CARUSI D., *I precedenti*, in *Il terzo contratto*, cit., 31, inteso come quel contratto basato «sull'immagine universalistica dell'uomo, del "privato", come individuo eguale, "competente" e privo di legami, che opera insieme ai suoi simili, in un ambiente omogeneo».

<sup>89</sup> AMADIO G., *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»*), in *Riv. dir. priv.*, 2005, 300, secondo il quale i contratti del consumatore si costruiscono sulla circostanza che la predisposizione unilaterale comporta una presunta asimmetria tra le parti. Nei contratti tra imprese, invece, l'asimmetria va verificata di volta in volta non essendo utilizzabile gli stessi criteri che fondano la categoria dei contratti dei consumatori.

mercato<sup>90</sup>. Da tale differenza si comprende anche il motivo per cui lo squilibrio contrattuale è ritenuto insindacabile nella disciplina dei consumatori, mentre nella disciplina dell'abuso di dipendenza economica esso è rilevante ma non l'unico elemento. La debolezza dell'imprenditore, poi, non si arresterebbe solo al momento genetico del rapporto, come accade per i consumatori, ma si rifletterebbe anche sullo svolgimento dello stesso<sup>91</sup>.

La dottrina, quindi, ha proposto un'attenta riflessione cercando di indagare se le norme che si occupano della tutela da apprestare all'imprenditore ritenuto "debole" possano essere organizzate all'interno di un unico omogeneo paradigma.

Anche a livello comunitario<sup>92</sup> il problema è stato avvertito, tuttavia non si è ritenuto di dover intervenire con normative apposite, in quanto una tale tutela sarebbe in contrasto con il principio comunitario (e nazionale) della libertà di concorrenza tra impre-

---

<sup>90</sup> Sul punto in chiave critica si veda CAFAGGI F., *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, cit., 305, il quale ritiene che «Il livello di concorrenzialità del mercato dei beni finali al pari di quello dei beni intermedi incide sulle ragioni dell'asimmetria di potere contrattuale e sui rimedi che l'abuso richiede. Più in generale il mercato, la presenza di alternative, la tutela della libertà contrattuale, costituisce il presupposto sia dei contratti tra imprese sia di quelli con i consumatori. Dunque la eventuali ragioni a fondamento di una distinzione non possono essere fondate sull'idea che l'intervento legislativo dei contratti tra imprese sia riconducibile al (fallimento del) mercato e quello dei contratti con i consumatori alla tutela della persona».

<sup>91</sup> CAFAGGI F., cit., 306; MACARIO F., *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del «terzo contratto»*, in *Il terzo contratto*, cit., 181 e 218; D'AMICO G., *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, cit., 77.

<sup>92</sup> Si vedano in proposito la *Risoluzione sul diritto contrattuale europeo e la revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*, approvata il 23 marzo 2006, secondo la quale il termine "impresa" va oltre il concetto di "grande società", ricomprendendo le piccole imprese, che possono essere formate anche da una sola persona, le quali richiedono spesso contratti adatti ai loro bisogni che tengano conto della loro vulnerabilità nella contrattazione con le grandi imprese e la *Risoluzione sullo stesso tema del 7 settembre 2006* che propone di allargare la prospettiva "consumeristica".

se<sup>93</sup>. La rilevanza del principio si apprende appieno se si tiene conto del motivo per il quale è stata data protezione giuridica al consumatore: nei contratti del consumatore la protezione del contraente debole non è solo per rispettare i diritti fondamentali ed inviolabili della persona umana, ma anche, e forse soprattutto, per garantire l'efficienza del mercato, favorendo il corretto svolgersi della concorrenza. Al contrario, la protezione dell'imprenditore debole, qualora venisse concessa, porterebbe ad alterare il libero gioco dei rapporti economici ed a distorcere la concorrenza.

Lo stato di disparità di potere economico, tuttavia, assume rilievo quando si traduce nella formazione di un regolamento negoziale normativamente squilibrato che comporti abuso dell'altrui stato di dipendenza o soggezione economica<sup>94</sup>. Quando l'asimmetria di potere viene impiegata per imporre condizioni contrattuali a danno della controparte si ha un esito negativo per il mercato, richiedendo così un intervento regolativo attraverso norme di carattere cogente. In quest'ambito si pone poi il rapporto – che esula dal presente lavoro – tra abuso di dipendenza economica e disciplina antitrust relativa all'abuso di posizione dominante<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> RUSSO E., *cit.*, 124.

<sup>94</sup> DORIA G., *Impresa pubblica e terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, *cit.*, 249.

<sup>95</sup> Sul punto MACARIO F., *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 683; COLANGELO G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, 69; NATOLI R., *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, 11.

Si tende comunque a distinguere tra le situazioni di asimmetria nascenti da situazioni generali di mercato, quale appunto la posizione dominante, e situazioni di disparità che sono invece espressione di dinamiche contrattuali, come quelle derivanti dall'abuso di dipendenza economica. Le due discipline, quella antitrust e quella che sanziona l'abuso di dipendenza economica sono eterogenee rispondendo a funzioni diverse: nel primo caso a reprimere l'abuso che nasce da condizioni che preesistono alla contrattazione, nel secondo a reprimere l'abuso nascente dall'instaurazione di una relazione contrattuale. Dubitano quindi che la normativa antitrust possa essere ricondotta alla categoria del terzo contratto AMADIO G., *Il terzo con-*

Le norme di riferimento prese in considerazione per la costruzione del “terzo contratto” sono solo tre, e precisamente: la legge 18 giugno 1998, n. 192, in tema di subfornitura<sup>96</sup>, il d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 sui ritardi di pagamento<sup>97</sup> e la legge 6 maggio 2004, n. 129 sull'affiliazione commerciale<sup>98</sup>. Tale corpo normativo, chiaramente modesto rispetto alla normativa del consumatore, ha come elemento comune la compressione dell'autonomia privata nei rapporti tra imprenditori nei quali una parte soccombe di fronte al potere contrattuale dell'altra<sup>99</sup>.

Dall'analisi della normativa sulla quale si argomenta l'esistenza di un “terzo contratto” emerge, anche per la stessa dot-

*tratto. Il problema*, cit., 14 e NAVARRETTA E., *Luci ed ombre nell'immagine del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, cit., 322.

<sup>96</sup> Sulla legge sulla subfornitura, *ex multis*, si veda TUCCI G. - CALIA G., *La subfornitura in Italia: sette anni di applicazione della legge 18 giugno 1998, n. 192*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 99; CATALANO G., *La legge sulla subfornitura a sette anni dalla entrata in vigore: il legislatore italiano dei contatti è deceduto o sta solo dormendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 177; CASO R. - PARDOLESI R., *La nuova disciplina di subfornitura (industriale): scam-polo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 712; PROSPERI F., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 639; DELLI PRISCOLI L., *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, cit., 833; FRIGNANI A., *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192/1998: problemi di diritto sostanziale*, cit., 189.

<sup>97</sup> Si veda CUFFARO V., *Esecuzione della prestazione pecuniaria e tutela del contraente debole*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 7; MAFFEIS D., *Abuso di dipendenze economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *Contratti*, 2003, 623; PERRONE A., *L'accordo "gravemente iniquo" nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, I, 65; BASTIANON S., *Direttive comunitarie e tutela del creditore in caso di ritardato pagamento nelle transazioni commerciali: prime osservazioni a proposito del D.lgs. n. 231/2002*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, 395.

<sup>98</sup> Sul tema si veda PETERS L., *Una legge per il franchising*, *Dir. comm. internaz.* 2004, 323.

<sup>99</sup> D'AMICO G., *cit.*, 39.

trina che si è occupata del tema<sup>100</sup>, che la categoria non è al momento in grado di individuare un autonomo statuto normativo dell'imprenditore "debole", non almeno come avviene nel caso del consumatore e del risparmiatore. La diversità tra le regole che tutelano il consumatore e quelle che prendono in considerazione la debolezza di un'impresa nei confronti di un'altra va individuata nella circostanza che la categoria dei contratti con il consumatore individua determinati rapporti contrattuali attraverso un profilo soggettivo e la normativa speciale deroga a quella comune rispetto a molteplici profili del contratto; il regime del "*terzo contratto*", invece, considera solo particolari aspetti che intercorrono nei rapporti tra imprese: in particolare prende atto di situazioni specifiche, come la dipendenza economica, oppure di peculiarità delle relazioni commerciali intercorrenti tra determinate imprese, come i casi in cui si può applicare la normativa sull'affiliazione commerciale, oppure di aspetti secondari del rapporto tra imprese, come nel caso del profilo del ritardo del pagamento. Manca, in definitiva, nelle normative in cui si individua il "*terzo contratto*" una situazione di debolezza dell'impresa quale presupposto generale a cui ricollegare un trattamento normativo diverso da quello del diritto comune, come al contrario avviene nella contrattazione con i consumatori, risparmiatori e investitori<sup>101</sup>.

#### 4. ALTRE CONSIDERAZIONI.

Alla luce di quanto esposto, due conclusioni: in primo luogo, la legislazione speciale, dettando una disciplina differenziata rispetto a quella generale contenuta nel codice civile ha indubbiamente fatto riemergere la rilevanza dello *status* delle parti contraenti, quantomeno in senso atecnico; in secondo luogo, è altrettanto certo che l'aspetto comune della normativa di settore tende a disciplinare quei contratti d'impresa in cui una delle parti sia in posi-

---

<sup>100</sup> Si rinvia sul punto ai lavori di D'Amico G., Navarretta E.; Macario F., Zoppini A. contenuti ne *Il terzo contratto*, cit.

<sup>101</sup> D'AMICO G., *cit.*, 41, in particolare nota 8.

zione di debolezza, cosicché colui che contrae con l'imprenditore ha assunto di volta in volta le sembianze di risparmiatore, investitore, consumatore convenzionalmente inteso, fino a ricomprendere in limitati casi, l'impresa "debole"<sup>102</sup>.

Il richiamo al concetto di *status* non sembra però essere pertinente al fenomeno in esame, se per *status* si intende quella situazione che distingue un soggetto da un altro per ragioni individuali o per appartenenza ad un gruppo e che si traduca in una condizione rilevante per il diritto e destinata a durare<sup>103</sup>. I termini consumatore, risparmiatore, investitore, imprenditore presentano invece contorni sfumati, indicano realtà eterogenee e sono privi, anche nelle rispettive normative di una valenza tecnico-giuridica; tali espressioni sembrano più utili a descrivere convergenze ed affinità di interessi piuttosto che a individuare in concreto *nuovi soggetti di diritto*.

Sembra così preferibile il pensiero di quegli Autori<sup>104</sup> che, pur ritenendo che le qualità del soggetto divengano presupposto essenziale per l'applicazione di una disciplina speciale, preferiscono rinunciare a parlare di *status*, riconoscendo che le qualità delle parti "deboli" attengano più alle condizioni legate a circostanze concrete ed effettive in cui si svolge la contrattazione d'impresa. In altri termini, essendo in presenza di posizioni contrattuali da individuare volta per volta, la staticità propria del concetto di *sta-*

---

<sup>102</sup> BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 124.

<sup>103</sup> RESCIGNO P., *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 210.

<sup>104</sup> DI MARZIO F., *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione disuguale)*, cit., 724; FERRI G. B., *op. cit.*, 853; MINERVINI E., *Status delle parti e disciplina del contratto*, cit., 8; SIRENA P., *La categoria dei contratti di impresa e il principio di buona fede*, cit., 418, il quale riferendosi solo alla categoria dei contratti con i consumatori, ritiene che la qualità di consumatore di una delle parti contraenti non consente di determinare l'ambito soggettivo di applicazione della rispettiva disciplina in quanto tale qualità non costituisce criterio formale che possa unificare dal punto di vista concettuale.

*tus* mal si concilia con la posizione momentanea, relativa e a volte occasionale del contraente “debole”.

Infatti l’esegesi degli interventi legislativi sia comunitari che internazionali, data la loro frammentarietà e settorialità, difficilmente è in grado di ricostruire il fenomeno della contrattazione d’impresa come categoria di diritto speciale prendendo quale punto di riferimento solo i soggetti ai quali si cerca di accordare una tutela. «In conclusione, si deve dire che la prospettiva del soggetto è criterio che disorienta, invece di orientare l’interprete»<sup>105</sup>.

Poiché il concetto di *status* dei contraenti da solo non può essere utilizzato come categoria ordinante del “nuovo paradigma contrattuale”<sup>106</sup> inteso come quel contratto governato da regole che divergono in modo significativo dalla disciplina generale di diritto comune, alcuni Autori hanno intrapreso un’altra strada. Riconoscendo che le normative a tutela dei soggetti “deboli” sono percorse da regole costanti, si ritiene che esse rispondano a una logica comune del legislatore: limitare il prepotere della parte economicamente e/o contrattualmente “forte” assicurando un’adeguata protezione all’altra. L’unità di disciplina sarebbe, quindi, data dalla disuguaglianza delle parti<sup>107</sup>.

Anche Vincenzo Roppo<sup>108</sup> ritiene che l’individuazione dell’asimmetria di potere contrattuale sia un dato attorno al quale diventa possibile costruire una categoria comprensiva di quei con-

---

<sup>105</sup> BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., 23.

<sup>106</sup> L’espressione di ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, cit., 302.

<sup>107</sup> DI MARZIO F., *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione disuguale)*, cit., 725, il quale riconosce per altro che «la disuguaglianza delle parti come presupposto costante di disciplina si presenta, insieme, come orizzonte del nuovo diritto dei contratti e come frontiera. Gli spazi coperti dalla legislazione sulla contrattazione disuguale sono quasi tutti all’interno della categoria dei contratti con i consumatori e lambiscono soltanto i contratti d’impresa». Si veda anche MAFFEIS D., *Il contraente e la disparità di trattamento delle controparti*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 281.

<sup>108</sup> ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, cit., 319.

tratti che divergono per disciplina dal diritto comune. Con la formula “contratti asimmetrici” l’Autore ricomprende tutti quei contratti in cui si fronteggiano due soggetti di mercato caratterizzati da una significativa asimmetria di potere contrattuale: prescindendo dai richiami soggettivi, dalla normativa consumeristica e da quella dettata a tutela dell’imprenditore debole, sarebbe possibile delineare i contorni di un modello soggetto ad un’unica e comune disciplina. Il “contratto del consumatore”, infatti, non sarebbe categoria idonea allo scopo, restando prigioniera di una connotazione di soggettività che inevitabilmente la confina in una logica di settorialità; la categoria del “contratto asimmetrico”, invece, rispetto all’altra, mostrerebbe di avere i tratti più simili ad una categoria “di parte generale”.

La tesi del “contratto asimmetrico” (anche rispetto a quella del “terzo contratto”) ha il pregio di essere più funzionale a una prospettiva di ricomposizione unitaria del sistema contrattuale, messo in crisi dalle normative consumeristiche, e di provare a dare risposta al fenomeno indicato da Giorgio De Nova con la suggestiva formula di “perdita della fattispecie”<sup>109</sup>.

La tesi di Roppo del “contratto asimmetrico” come categoria ordinante è stata, tuttavia, criticata da quanti, pur riconoscendo che l’asimmetria o la disuguaglianza siano presupposto costante della disciplina di settore, ritengono che la formula dell’asimmetria contrattuale finisce per rivelarsi meramente descrittiva ed incapace, evocando una generica disuguaglianza, di cogliere le differenze di disciplina quando la tutela investe il campo dei consumatori o il campo delle imprese<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> DE NOVA G., *I singoli contratti: dal Titolo terzo del Libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, in *I cinquant’anni del codice civile*, Milano, 1993, 217 e ss., in particolare p. 236.

<sup>110</sup> Critici nei confronti della tesi del “contratto asimmetrico” sono AMADIO G., *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, cit., 16, il quale aveva già espresso le sue riserve in *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell’autonomia contrattuale»*, cit., 295; D’AMICO G., *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, cit., 72 e ss., il quale ritiene che « non è la generica (tutela) di una situazione di “debolezza” (o di “asimmetria contrattuale”) che può consentire di

In conclusione, dal punto di vista soggettivo, non sembra che la contrattazione di impresa possa essere considerata categoria “speciale” di diritto, come lo era prima dell’unificazione dei codici, essendo da un lato troppo frammentari e disorganici i riferimenti a figure specifiche (come il consumatore, il risparmiatore, l’investitore, etc.) e dall’altro troppo generico il rinvio alla figura di “contraente debole”; in questi termini il riferimento all’espressione “contratti d’impresa” diventa solo uno dei nomi per far riferimento al fenomeno della “contrattazione disuguale”, la cui locuzione, come abbiamo visto, non sembra presentare gli aspetti tipici per individuare uno schema generale di contratto sottoposto ad una differenziata disciplina giuridica<sup>111</sup>. In altri termini, nella contrattazione d’impresa manca un soggetto che faccia sì che la sua presenza comporti sempre l’applicazione di una disciplina diversa dal codice civile con caratteri uniformi: non l’imprenditore, al quale si applica a volte la disciplina del codice civile, a volte una disciplina di legge speciale, a seconda del soggetto con cui contratta; non la controparte dell’imprenditore, la quale comprende al suo interno, come abbiamo visto, soggetti diversi che necessitano di tutela differente e quindi l’emanazione di discipline con presupposti distinti.

L’indagine che permetta di dare risposta al quesito della specialità o meno della contrattazione di impresa, allora, va spostata su un altro piano, ed in particolare al profilo oggettivo: andrebbe valutato se la formazione, gli elementi essenziali, lo svolgimento

---

accomunare “contratti col consumatore” e “contratti *diseguali* tra imprese”: perché, non appena si “specifichi” (come deve pur farsi) quella generica (e, in quanto tale, *poco significativa*) qualifica di “contraente *debole*” (cui spesso si trova comodo, con atteggiamento sbrigativo, fare senz’altro riferimento, ci si rende conto che *i modi e le tecniche di tutela* devono necessariamente *differenziarsi*, rimanendo in tal guisa *irriducibili a uno schema unitario*». In tal senso anche ZOPPINI A., *Premesse sistematiche all’analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in *Il terzo contratto*, cit., 236.

<sup>111</sup> GENTILI A., *I contratti di impresa e il diritto comune europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 22; ZOPPINI A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., 530.

e le patologie del contratto d'impresa abbiano caratteristiche proprie e costanti da permettere l'individuazione di una categoria.

Uscendo dalla tematica della contrattazione di impresa come categoria di diritto speciale, si condivide l'opinione di chi ritiene che le situazioni di debolezza strutturale presente nei contratti d'impresa siano presiedute da un profilo che le accomuni: la tutela del corretto funzionamento del mercato.

Nonostante ciò, non pare pienamente condivisibile né la tesi di chi restringe né la tesi di chi cerchi di ampliare l'ambito di applicazione della normativa della contrattazione disuguale. La prima è criticabile in quanto, da un lato, acconsente che situazioni simili, come nei casi in cui la parte è soggettivamente complessa (consumatore e imprenditore insieme), abbiano tutele diverse e, dall'altro, lascia privi di tutela alcuni soggetti, come il professionista e gli enti non lucrativi, che non possono essere inclusi né nella normativa del consumatore, né in quella dell'imprenditore "debole". La seconda, invece, se da un lato ha il pregio di non porsi in contrasto con il principio di uguaglianza sostanziale, dall'altro può portare a un'incertezza dei traffici giuridici e minare la certezza del diritto: ampliando la tutela prevista per fattispecie aventi il requisito della specialità si arriva a riequilibrare rapporti che risultano alterati sinallagmaticamente, attraverso la ripartizione del rischio contrattuale alla luce solo delle posizioni delle parti e da un punto di vista dell'equilibrio oggettivo. È evidente come tale tesi sia in antagonismo con l'autonomia privata ed il programma stabilito dai contraenti, così rischiando di portare ad un'incertezza della disciplina applicabile, con possibili ripercussioni sul libero mercato che tanto si cerca di tutelare.

Alla luce di ciò si può solo delineare una linea di tendenza: poiché l'evoluzione dei traffici giuridici continua a dimostrare che molti dei rapporti in cui sia presente un imprenditore sono pervasi da squilibrio contrattuale, il mancato accordo di tutela a contraenti "deboli" diversi da quelli istituzionalmente considerati è sentito, non solo dalla dottrina, ma anche dalla giurisprudenza, come un problema al quale dare risposta con il tentativo di allargare le maglie di protezione cercando, non solo attraverso l'estensione ana-

logica delle normative di protezione introdotte, ma anche attraverso la limitazione, a volte forzata, dell'autonomia contrattuale delle parti valorizzando il disposto dell'art. 2 della Costituzione, in correlazione con i criteri di correttezza e buona fede<sup>112</sup>.

Nella attesa di vedere se anche il legislatore nazionale intraprenda la strada, già percorsa in Germania<sup>113</sup>, del controllo sul contenuto del contratto in cui si è estesa la *Inhaltskontrolle* dal contratto di serie a quello individuale “imposto” e a quello che è negoziato tra le parti in condizioni di palese squilibrio, la via tendenzialmente prevalente sembrerebbe essere quella, già suggerita<sup>114</sup>, che cerca di trovare i caratteri necessari affinché la fattispecie della “contrattazione di impresa” – o, se si vuole, del “contratto asimmetrico” – sia in grado di applicare ai soggetti, non normativamente tutelati, ma le cui situazioni di fatto sono accomunate

---

<sup>112</sup> Uno degli ultimi esempi di tale filone giurisprudenziale è da rinvenirsi nella sentenza della Cass. civ., 18 settembre 2009, n. 20106, la quale ha ritenuto abuso di diritto l'esercizio del recesso *ad nutum* pur previsto in un contratto per contrarietà alla buona fede. Ma molteplici sono gli esempi di applicazione dell'utilizzo della clausola di buona fede per reprimere l'abuso del diritto da parte della giurisprudenza, tra i tanti si possono ricordare: l'atteggiamento della banca garantita con fideiussione omnibus che abbia continuato a fare credito al debitore in evidente insolvenza; la condotta del creditore che azioni un unico diritto frazionandolo in più giudizi; il repentino recesso della banca dall'apertura di credito con modalità tali da ledere l'aspettativa dell'impresa sulla disponibilità del credito e senza il preavviso necessario per la restituzione delle somme utilizzate; l'esercizio del diritto di impugnativa da parte del socio di minoranza al solo scopo di bloccare le delibere della maggioranza; il voto della maggioranza nell'adottare delibere finalizzate unicamente a ledere diritti della minoranza; il voto dell'usufruttuario di azioni a danno del proprietario; l'escussione di una fideiussione a prima richiesta o di un contratto autonomo di garanzia pur a fronte di un palese inadempimento.

<sup>113</sup> Sul punto si rinvia a CALVO R., *Le radici del moderno diritto privato europeo con riguardo al controllo sul contenuto del contratto standard*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2001, 491; NAVARRETTA E., *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 507.

<sup>114</sup> ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, cit., 328.

da una identica condizione di debolezza, le regole che permettano la conclusione di un contratto, qualora non negoziato, quanto meno equilibrato.

## CAPITOLO III

### PARTE PRIMA

## **I PROFILI OGGETTIVI DELLA CONTRATTAZIONE DI IMPRESA**

### L'UGUAGLIANZA FORMALE NELLA CONTRATTAZIONE DI IMPRESA

Sommario: 1. Premessa. – 2. La fase precontrattuale e i doveri di informazione. – 3. La fase contrattuale. – 3.1. L'accordo: dall'incontro tra proposta e accettazione alla determinazione del contenuto contrattuale. – 3.2. La causa. – 3.3. L'oggetto e il contenuto del contratto. – 3.4. La forma.

#### **1. PREMESSA.**

Il secondo aspetto di indagine, che attiene ai profili oggettivi, è stato meno indagato in quanto lo *status* dei contraenti è da sempre argomento legato ai contratti d'impresa ed è indubbio che la presenza di un certo soggetto sia elemento che aiuti a spiegare il fenomeno; tuttavia, come si è visto, esso da solo non è in grado, a differenza del passato, di individuare con confini certi l'ambito del gruppo di *contratti d'impresa*. In altri termini, l'elemento che tenga unito il complesso quadro normativo che riguarda le regole "speciali" del contratto, non può essere ricercato (solo) sotto il profilo soggettivo.

Il minore interesse per tali aspetti è dovuto anche al fatto che solo ultimamente sono diventati numerosi i provvedimenti che si riferiscono a questi profili. Di conseguenza la dottrina più recente si è occupata delle differenziazioni concernenti i profili oggettivi, con ciò intendendosi le regole che riguardano la formazione, gli elementi essenziali, lo svolgimento e le patologie del contratto.

Lo scenario della contrattazione di impresa, inoltre, si è arricchito anche dei *Principi Unidroit* e dei *Principi di diritto europeo dei contratti* i quali con diversa valenza positiva, insieme alla Convenzione di Vienna, sono accumulati dal fatto di avere contenuti comuni in particolare sulla formazione del contratto e sulla sua esecuzione, avvicinandosi così alla *norme generali*. Attraverso la lettura di questi testi, in raffronto alla disciplina nazionale, si può cogliere una progressiva stratificazione di regole in materia di contratto<sup>1</sup>.

Le tematiche relative ai profili oggettivi della contrattazione di impresa sono, tuttavia, molto numerose e pertanto, nell'impossibilità di affrontare tutti i temi sotto i molteplici aspetti, si cercherà di passare in rassegna gli elementi che caratterizzano il contratto d'impresa dalla sua formazione all'eventuale momento patologico, tenendo conto dei profili più macroscopici, al fine di verificare se da tale ricostruzione sia possibile rintracciare qualche punto fermo.

È stato, anzitutto, segnalato «come più che la categoria del contratto in generale sia la stessa concezione del contratto, nella sua veste tradizionale di mero strumento di circolazione della ricchezza e di fonte dell'obbligazione, ad essere da tempo investita da un processo di crisi, poiché il contratto di cui oggi ci serviamo, soprattutto nella contrattazione che opera sul mercato, è caratterizzato dalla commistione tra i modelli tradizionali e le forme di contratto introdotte dalla prassi internazionale»<sup>2</sup>. Con suggestiva immagine si è parlato anche di “contratto alieno” per indicare il contratto elaborato sulla base della prassi anglo-americana, ma al quale si applica il diritto italiano<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> BENEDETTI G., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 312.

<sup>2</sup> GABRIELLI E., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 905.

<sup>3</sup> DE NOVA G., *Il contratto alieno e le norme materiali*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 25.

## 2. LA FASE PRECONTRATTUALE E I DOVERI DI INFORMAZIONE.

La legislazione degli ultimi anni tende a regolare vicende prodromiche alla conclusione del contratto, fino a coinvolgere l'organizzazione e lo svolgimento delle attività economiche nell'ambito in cui questo si inquadra, tanto che un Autore<sup>4</sup> distingue tra una "fase precontrattuale generica" nella quale viene data protezione alla clientela, intesa in senso ampio<sup>5</sup>, che solo potenzialmente può diventare fruitrice dei beni o servizi offerti dall'imprenditore e una "fase precontrattuale specifica" nella quale, invece, la protezione viene rivolta a soggetti che sono già entrati in contatto con un determinato imprenditore e diversificandola a seconda del settore economico in cui si opera.

Secondo tale tesi risponderebbero alla funzione di tutela mediata o indiretta della fase precontrattuale generica quei provvedimenti la cui tutela è indistinta essendo rivolta a tutti i possibili contraenti. Un esempio di ciò è dato dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, recente le norme per la tutela della concorrenza e del mercato, la quale, disciplinandone il corretto svolgimento, tutela di riflesso anche il possibile contraente dell'impresa evitando la nascita di posizioni monopolistiche o dominanti che favorirebbero il proliferare di situazioni vessatorie<sup>6</sup>. La tutela della concorrenza nel mer-

---

<sup>4</sup> BUONOCORE V., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, 114 e ss.

<sup>5</sup> Nel presente paragrafo i termini consumatore, clientela e simili sono volontariamente usati in senso atecnico per indicare quell'ampio gruppo di soggetti che entra in contatto con l'imprenditore.

<sup>6</sup> Si veda in proposito la sentenza della Suprema Corte, a sezioni unite n. 2207 del 4 febbraio 2005, in *Danno e resp.*, 2005, 495, e in *Foro it.*, 2005, I, 1014, con note di Pardolesi, Camieri, Scoditti. Tale sentenza ha affermato il diritto del consumatore al risarcimento del danno subito in caso di comportamento anticoncorrenziale posto in essere da imprese, ai sensi dell'art. 33 l. n. 287 del 1990, con conseguente competenza in un unico grado della Corte d'appello. Sulla necessità di regolamentazione del mercato da parte

cato ha origine sul piano comunitario con gli artt. 101-102 del Trattato UE, (ex artt. 81-82 Trattato CE) ed è presupposta dai principi costituzionali sottesi agli artt. 41 e 117, secondo comma, lett. e) della Costituzione; a quest'ultimo proposito occorre rilevare che l'art. 117, novellato nel 2001, aggiunge alla libertà di concorrenza, riconosciuta nella carta costituzionale nell'art. 41 della Cost., la previsione esplicita di interventi legislativi a sua difesa. In tal modo il principio costituzionale della tutela della concorrenza assume un'accezione macroeconomica e oggettiva, riferita all'assetto concorrenziale del mercato.

Un secondo esempio è fornito dal d.lgs. 206/2005, il quale fin dai suoi primi articoli (5-17), disciplina le fasi di formazione dell'accordo stabilendo che le modalità ed il contenuto delle informazioni da rendere ai consumatori devono essere all'insegna della *trasparenza*, della *puntualità*, e della *completezza*. Il codice del consumo al Titolo III (artt. 18-32) prosegue con le regole in materia di informazioni commerciali e pubblicità ingannevole, le quali prima del d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146, che ne ha novellato gli articoli, erano rivolte anche alle persone giuridiche (ora invece la materia della pubblicità ingannevole tra professionisti è disciplinata dal d.lgs. 145/2007).

In particolare, l'art. 19 del codice del consumo, prevedendo che rilevano le condotte commerciali «*poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto*» o a un servizio offerto da un professionista a un consumatore, tutela situazioni precedenti alla fase precontrattuale vera e propria, in quanto è volto a proteggere la stessa decisione del consumatore *se*

---

dello Stato attraverso meccanismi che reprimano la restrizione della concorrenza e delle asimmetrie informative e sulle connessioni con il diritto europeo dei contratti si veda GRUNDMANN S., *L'autonomia privata del mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 274 e ss.; parzialmente contrario a questa impostazione REICH N., *Il consumatore come cittadino – il cittadino come consumatore: riflessioni sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'unione europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 351, il quale ritiene che l'informazione non sia sufficiente quando ai consumatori deve essere garantito anche uno *standard* di sicurezza riguardo ai beni o ai servizi.

*acquistare o meno un prodotto*, difendendo così la libertà della scelta di compiere un'azione o astenersi dal compierla.

La tendenza è, quindi, quella di prestare sempre maggiore attenzione a situazioni che difficilmente possono essere ricomprese nell'ambito precontrattuale poiché prescindono dalla fase negoziale vera e propria e sono destinate, invece, ad un momento anteriore: quello della sollecitazione commerciale. Si moltiplicano così le prescrizioni di comportamenti obbligatori in capo alle imprese al fine di consentire una scelta piena ed informata da parte futuro contraente<sup>7</sup>.

La necessità di norme specifiche che regolino la fase precontrattuale "generica" si spiega con il fatto che risulta difficoltoso adattare alle pratiche commerciali scorrette le tradizionali categorie civilistiche le cui norme, essendo inerenti alla sola fase delle trattative in senso tecnico, risultano di difficile applicazione<sup>8</sup>. Tuttavia spesso l'occasione da cui si genera la conclusione del contratto proviene proprio dalla sollecitazione commerciale la quale si inserisce nel processo di formazione della volontà ingenerando nel consumatore un *affidamento giuridicamente rilevante* nella veridicità delle informazioni fornite<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> TUVIERI C., *Il decreto sulle pratiche commerciali scorrette. Una nuova frontiera in tema di tutela dal consumatore*, in *Giur. merito*, 2008, 1830, il quale ricorda che le tre fasi dell'atto di consumo sono: tre e precisamente: a) la sollecitazione del consenso del consumatore; b) la formazione del consenso del consumatore; c) l'esercizio di determinate facoltà o diritti da parte del consumatore.

<sup>8</sup> CICCARELLI S., *La tutela del consumatore nei confronti della pubblicità ingannevole e delle pratiche commerciali scorrette ex d.lgs. n. 146 del 2007*, in *Giur. merito*, 2008, 1820, il quale osserva che l'art. 1372 cod. civ., il quale sancisce il principio della relatività del contratto, contrasta con il rilievo che, nella maggior parte dei casi, l'operatore pubblicitario, identificabile di norma con il produttore del bene reclamizzato, è un soggetto terzo, in quanto non è ricompreso tra le parti contraenti, che concludono il contratto con cui il consumatore acquista il bene o il servizio reclamizzato dalla pubblicità ingannevole.

<sup>9</sup> CICCARELLI S., *op. cit.*, 1820, il quale prosegue rilevando che «è stato anzi osservato che quanto più diventa fattore determinante della propensione al consumo, l'informazione pubblicitaria deve al tempo stesso diventare

Anche per quanto attiene alla fase precontrattuale “specificata”, la quale inizia quando le parti contraenti prendono contatto tra loro, «l’attenzione del legislatore si è concretata in una normazione sempre più articolata, tendente a soddisfare quella che con espressione riassuntiva è stata rappresentata come “esigenza della trasparenza”»<sup>10</sup>.

Va rilevato che le norme, finalizzate alla formazione di un consenso contrattuale informato in capo al contraente consumatore, sono profondamente diverse nella disciplina civilistica e in quella cosumeristica. Nella prima, il consenso contrattuale scaturisce dal libero dispiegarsi delle trattative, di per sé non regolamentate se non indirettamente con la responsabilità precontrattuale, che por-

---

un mezzo che impegni l’impresa ad un’autentica garanzia di effettività delle sue promesse al pubblico. Da qui allora profili di responsabilità per l’autore del messaggio pubblicitario e per chi comunque se ne avvantaggia. È agevole distinguere tra rimedi risarcitori ed invalidanti, che ovviamente possono integrarsi e cumularsi. Quanto ai primi, va subito distinto tra le ipotesi di incidenza della pubblicità sul contratto concluso da quelle in cui, invece, il contratto non è concluso. Nel primo caso si riscontra una fattispecie di responsabilità contrattuale, con profili consequenziali di tutela da invalidazione o risarcitoria, nel secondo caso si prospetta la responsabilità precontrattuale, ex art. 1337 c.c., almeno alla stregua dell’orientamento giurisprudenziale, discusso in dottrina, per cui la responsabilità extracontrattuale presuppone la mancata stipula del contratto».

<sup>10</sup> BUONOCORE V., *op. cit.*, cit., 120; ROPPO V., *L’informazione precontrattuale*, in SIRENA P. (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d’impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, 141; GALLO P., *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2007, 644, il quale rileva che nel XIX secolo, in sincronia con il liberalismo dell’epoca, si escludeva la configurabilità di doveri di informazione nel corso della trattativa, ritenendo che «ciascuna parte fosse pienamente legittimata a perseguire il suo personale interesse nelle contrattazioni, anche in contrasto con quello della controparte, nonché a sfruttare in pieno i vantaggi che le derivavano dalla sua eventuale maggior conoscenza, competenza professionale, e così via». MINERVINI E., *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, 94; GAMBINI M., *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, in *Giur. merito*, 2004, 2605.

tano le parti a convenire autonomamente su di un determinato assetto dei contrapposti interessi<sup>11</sup>. Nella seconda, il consenso contrattuale informato del consumatore deve formarsi attraverso un percorso formativo predeterminato e verificabile. Nella prima, si presume la parità delle parti, anche laddove sicuramente non esiste. Nella seconda, si presume la disparità delle parti, onde s'impone una serie di obblighi giuridici alla parte più forte per consentire alla parte contrattualmente più debole di formare un consenso contrattuale informato.

---

<sup>11</sup> L'informazione in questo contesto è un bene suscettibile di valore economico che assume sempre più importanza nella società contemporanea, anche nel codice civile è possibile trovare numerosi articoli che sanciscono dei doveri di informazione: l'art. 1338, il quale sancisce che la parte che conoscendo o dovendo conoscere una causa di invalidità del contratto non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno; l'art. 1759, secondo il quale il mediatore deve comunicare alle parti le circostanze a lui note relative alla valutazione dell'affare, che possono influire sulla conclusione di esso; l'art. 1812, il quale prevede che se la cosa comodata ha vizi che possano arrecare danno a chi se ne serve, il comodante è tenuto al risarcimento qualora, conoscendo i vizi, non abbia avvertito il comodatario; l'art. 1821 stabilisce che il mutante è responsabile del danno cagionato al mutuatario per i vizi delle cose date in prestito, se non prova di averli ignorati senza colpa; l'art. 1892 prevede l'annullamento del contratto di assicurazione per le reticenze e le dichiarazioni inesatte relative a circostanze tali che l'assicuratore, se avesse conosciuto il vero stato delle cose, non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni; l'art. 1893 il quale prevede invece che se il contraente non ha agito con dolo o colpa grave, le dichiarazioni inesatte e le reticenze non sono causa di annullamento del contratto di assicurazione, ma l'assicuratore può recedere dal contratto.

Sull'obbligo precontrattuale di informazione contenuto nell'art. 1338 codice civile si rinvia a GRISI G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, in particolare 34 e ss.

Il codice prevede anche dei doveri di informazione successivi alla conclusione del contratto; si possono ricordare gli artt. 1710 e 1713, in tema di mandato e gli artt. 1746 e 1749 in tema di agenzia. Sul punto si rinvia a ROPPO V., *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 747.

Il principio della trasparenza, quindi, intende promuovere l'assunzione di scelte economiche consapevoli da parte della clientela dell'imprenditore, la quale si trova in un posizione di carenza informativa dovuta spesso o per l'oggetto delle operazioni negoziali (come nel caso dei contratti bancari o di strumenti finanziari) o per la tecnica di contrattazione utilizzata (come nel caso delle contrattazione a distanza)<sup>12</sup>; il legislatore, in altri termini, ritiene che il contraente dell'imprenditore per potersi determinare alla conclusione dell'accordo, debba assumere tutte le informazioni utili o necessarie e che l'obbligo di fornire le informazioni relative al contratto che si intende concludere attraverso l'indicazione dei punti fondamentali e dei termini dell'accordo, dei suoi effetti giuridici e dei suoi possibili esiti economici, debba ricadere sull'imprenditore, essendo troppo oneroso per il consumatore venire in possesso in altro modo di tali informazioni.

Il principio della trasparenza è, infatti, da correlarsi ad uno dei requisiti per cui sia possibile avere un mercato concorrenziale: è necessario che tutti i partecipanti al mercato sono in ogni momento informati delle opportunità che il mercato stesso può offrire. Questo assunto non è solo una condizione per il corretto funzionamento del mercato concorrenziale ma è condizione per la sua stessa esistenza.

Tuttavia, si scopre che l'informazione di cui dispongono gli acquirenti è asimmetrica, nel senso che l'offerente dispone di tutte le informazioni possibili in ordine al suo prodotto, mentre l'acquirente, per lo stesso prodotto, dispone solo delle informazioni che gli sono date dal produttore. In altri termini il mercato del consumo è caratterizzato da una strutturale e generalizzata asimmetria di informazione. Un mercato siffatto lasciato privo di regolazione genererebbe un rapido predominio dell'offerta, capace di creare artificialmente o condizionare la domanda, non solo attraverso la politica dei prezzi, ma anche e soprattutto attraverso un'informazione filtrata e limitata, in grado di impedire la concreta valutazione del rapporto prezzo/qualità, ovvero costi/ benefici,

---

<sup>12</sup> CAPO G., (voce) *Contratti d'impresa (evoluzione recente)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2008, 4.

indispensabile, sul lato della domanda, per operare scelte informate.

Su tale fondamento, che costituisce un rilievo sociologico prima ancora che economico, si incentra la disciplina del contratto d'impresa riferito al consumatore finale. Il legislatore, sia nazionale che comunitario, presuppone che il professionista, da un lato abbia minor costi per produrre le informazioni necessarie e, dall'altro, che normalmente operi attraverso la contrattazione di massa utilizzando le condizioni generali di contratto, aumentando così il rischio che il suo contraente di non sia realmente avvertito del contenuto del contratto a cui aderisce<sup>13</sup>.

Emblematiche a tale proposito sono le norme contenute negli artt. 116 e seguenti del TUB<sup>14</sup>, negli artt. 21 e seguenti del TUF<sup>15</sup>, negli artt. 47, 52, 53 67-*quater* – 67-*decies*, 68, 70, 87 e 88 del codice del consumo, negli artt. 165 e ss. del codice delle assicura-

---

<sup>13</sup> MINERVINI E., *op. cit.*, 99.

<sup>14</sup> Sulla trasparenza bancaria si rinvia a COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1994; DE NOVA G., *Contratti bancari doc*, in *Contratti*, 1993, 525; MINERVINI E., *op. cit.*, 94; ID., *Dal decreto 481/92 al testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 825; MORERA U., *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, I, 163; MARTORANO F., *trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1991, I, 697; RESCIGNO P., «Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1990, I, 297; TUCCI G., *Verso la tipizzazione dei contratti bancari*, in *Contratti*, 1995, 325.

<sup>15</sup> Sugli obblighi informativi e di condotta dell'intermediario nei confronti dell'investitore si rinvia a INZITARI B. - PICCININI V., *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008, 36 e ss; ALPA G., *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Contr. Impr.*, 2008, 889 e ss.; CALANDRA BUONAURA V., *La trasparenza nei servizi bancari di investimento*, in *Giur. comm.*, 2008, 220 e ss.; GUADAGNO S., *I confini dell'informazione precontrattuale e la "storia infinita" dei contratti di intermediazione finanziaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 241e ss.

zioni<sup>16</sup>, le quali imponendo all'imprenditore di fornire *chiare, corrette e dettagliate* informazioni sui beni o servizi oggetto di contrattazione, conferiscono particolare risalto agli obblighi di comportamento degli operatori professionali nella fase prenegoziale<sup>17</sup>; la finalità di assicurare al cliente un'informazione chiara ed esauriente sulle condizioni e sulle caratteristiche dei prodotti offerti non è solo nell'ottica di garantire la piena consapevolezza del consumatore al momento della formazione della volontà negoziale, ma è anche quella di migliorare l'efficienza e la competitività del sistema finanziario attraverso la comparabilità delle diverse opzioni presenti sul mercato<sup>18</sup>.

Va rilevato, peraltro, che la necessità che siano rispettati gli obblighi di informazione non è prerogativa solo della contrattazione *business to consumer*, la stessa esigenza è presente anche di quella *business to business*<sup>19</sup>: l'art. 6 della legge 129/2004 regolante i contratti di affiliazione commerciale prevede che l'affiliante e l'affiliato devono tenere, l'uno nei confronti dell'altro, un comportamento ispirato a lealtà, correttezza e buona fede e devono fornire, tempestivamente e in modo esatto, ogni dato e informazione la cui conoscenza risulti necessaria o utile per la stipulazione del contratto di affiliazione commerciale<sup>20</sup>.

Le disposizioni che prevedono obblighi di comportamento e di informazione da fornire nella fase precontrattuale non presentano,

---

<sup>16</sup> SANGIOVANNI V., *L'informazione precontrattuale degli intermediari assicurativi*, *Contr. Impr.*, 2009, 123 e ss.

<sup>17</sup> COSTI R., *Informazione e contratto nel mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 719 e ss.

<sup>18</sup> MORERA U., *op. cit.*, 163.

<sup>19</sup> D'AMICO G., *La formazione del contratto*, in GITTI G. - VILLA G. (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, 50.

<sup>20</sup> La legge prevede poi, all'art. 8, che la trasmissione di informazioni false può comportare l'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 cod. civ., inducendo a un collegamento tra regole di comportamento e regole di validità. Sul punto si rinvia a D'AMICO G., *Il procedimento di formazione del contratto di franchising secondo l'art. 4 della l. n. 129/2004*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 769; DE NOVA G., *La nuova legge sul franchising*, in *Contratti*, 2004, 761.

tuttavia, il carattere della omogeneità e possono distinguersi quattro modelli di informazione, a seconda che le disposizioni normative<sup>21</sup>:

- a) stabiliscono che le informazioni precontrattuali possono (non devono) essere fornite volontariamente da una parte all'altra ma che, ove date, diventano fonte di obblighi contrattuali, impegnando la parte che le ha fornite a dare esecuzione di quanto è stato oggetto di informazione (si veda ad esempio l'art. 129, secondo comma, cod. cons., il quale prevede che i beni di consumo devono essere «*conformi alla descrizione fatta dal venditore*» e devono presentare le qualità e le prestazioni che il consumatore possa aspettarsi anche tenendo conto «*dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche fatte al riguardo dal venditore*»);
- b) prevedono che le informazioni precontrattuali, sempre fornite volontariamente, oltre a vincolare il soggetto, devono avere un certo contenuto. L'art. 88 del codice del consumo, in tema di servizi turistici, indica il contenuto dell'opuscolo informativo qualora si messo a disposizione del consumatore;
- c) dispongono che una parte del contratto è tenuta a dare informazioni specifiche relative alla natura e alle caratteristiche della sua prestazione; spesso queste informazioni devono essere trasfuse nel documento contrattuale diventando così vincolanti per la parte che le ha fornite. Anche qui si deve richiamare il codice del consumo in tema di servizi turistici e in particolare l'art. 88, nonché l'art. 70 in tema di multiproprietà, il quale elenca il contenuto del documento informativo che il venditore è tenuto a dare ad ogni persona che richiede informazioni;

---

<sup>21</sup> Sul punto ROPPO V., *L'informazione precontrattuale*, in SIRENA P. (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, 141, di cui si riportano le considerazioni che seguono.

- d) regolano gli obblighi di informazione precontrattuale senza, tuttavia, disporre espressamente in merito alla loro forza vincolante; è il caso degli articoli 52 e 53 del codice del consumo che prevedono che il consumatore, prima della conclusione del contratto a distanza, deve ricevere una serie di informazioni e che queste informazioni devono essere confermate per iscritto, prima o dopo la conclusione del contratto.

Il pregio del dovere di informazione precontrattuale è che esso nella maggior parte dei casi ha efficacia contrattuale vincolante, il rischio, invece, è che esso si trasformi in una sorta di “manierismo informativo”<sup>22</sup>, in quanto non è ancora chiaro quale sia il rimedio di fronte alla violazione di tali obblighi. È vero che nel codice del consumo sono previste delle sanzioni amministrative pecuniarie per il caso che le informazioni fornite siano incomplete o errate, ma non risultano quali siano i rimedi civilistici, o qualora previsti, è difficile comprendere se essi siano un rimedio generale (con conseguente applicazione analogica) o speciale. Ad esempio il codice del consumo, all’art. 67-*septiesdecies* prevede che il contratto è nullo nel caso in cui il fornitore dei servizi finanziari commercializzati a distanza viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle caratteristiche del prodotto offerto; l’art. 8 della legge sull’affiliazione commerciale, invece, stabilisce che la parte può chiedere l’annullamento del contratto ai sensi dell’art. 1439 cod. civ. qualora l’altra parte abbia fornito false informazioni. La giurisprudenza e la dottrina, d’altra parte, si sono impegnate per individuare i rimedi in caso di violazione degli obblighi di condotta e di informazione vagliando tutti rimedi che l’ordinamento mette a disposizione: nullità per violazione di norme imperative, annullabilità, risoluzione del contratto per inadempimento, risarcimento del danno<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> L’espressione è di Roppo, *op. ult. cit.*

<sup>23</sup> Il tema è stato dibattuto, in particolare, con riferimento agli obblighi di informazione degli intermediari finanziari, sul quale si rimanda a INZITARI B. - PICCININI V., *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti*

Da ultimo va rilevato che anche nei i *Principi di diritto europeo dei contratti* (PECL) viene trattato il tema degli obblighi di informazione: ai sensi dell'art. 4:106, intitolato *Informazioni inesatte*, è stabilito che «la parte che ha concluso il contratto *fidando su informazioni* inesatte dell'altra parte ha diritto al risarcimento del danno in conformità con l'articolo 4:117 (2) e (3) anche quando le informazioni non abbiano cagionato un errore essenziale ai sensi dell'art. 4:103, salvo che la parte che le ha fornite avesse ragione di credere che le informazioni fossero esatte»; ai sensi dell'art. 4:107. *Dolo*, è previsto che «(1) La parte che sia stata indotta a concludere il contratto dai raggiri usati dall'altra parte, mediante parole o comportamenti o *qualsiasi mancata informazione che invece secondo buona fede e correttezza avrebbe dovuto esserle rivelata, può annullare il contratto.*

(2) I raggiri o la mancata rivelazione costituiscono dolo quando hanno lo scopo di trarre in inganno.

---

*finanziari*, cit., 140 e ss. Da ultimo si veda la sentenza della Cassazione, 17 febbraio 2009, n. 3773, in *Danno e resp.*, 2009, 503, con nota di Sangiovanni, la quale, conforme alla sentenza a sezioni unite (Cass. 19 dicembre 2007, n. 26725) dispone che distinguendo fra gli obblighi che precedono e accompagnano la stipulazione del contratto d'intermediazione finanziaria e quelli che si riferiscono alla successiva fase esecutiva, può rilevarsi come la violazione dei primi (ove non si traduca addirittura in situazioni tali da determinare l'annullabilità – mai comunque la nullità – del contratto per vizi del consenso) è destinata a produrre una responsabilità di tipo precontrattuale, da cui discende l'obbligo per l'intermediario di risarcire gli eventuali danni. La violazione dei doveri dell'intermediario riguardanti invece la fase successiva alla stipulazione del contratto d'intermediazione può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento (o non esatto adempimento) contrattuale, giacché quei doveri, pur essendo di fonte legale, derivano da norme inderogabili e sono quindi destinati a integrare a tutti gli effetti il regolamento negoziale vigente fra le parti. Ne consegue che l'eventuale loro violazione, oltre a generare obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull'inadempimento contrattuale, può, ove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall'art. 1455 c.c., condurre anche alla risoluzione del contratto d'intermediazione finanziaria in corso.

(3) Ai fini di stabilire se la buona fede e la correttezza imponevano a una parte la rivelazione di una determinata informazione, deve aversi riguardo a tutte le circostanze, e in particolare:

- (a) alla specifica competenza della parte;
- (b) al costo al quale ha potuto conseguire l'informazione in questione;
- (c) alla capacità dell'altra parte di conseguire da sé l'informazione;
- (d) l'importanza apparente dell'informazione per l'altra parte».

La disciplina contenuta nei PECL è di notevole interesse in quanto introduce una clausola generale che si astiene dal tipizzare i doveri di informazione e in base alla quale è possibile chiedere l'annullamento del contratto qualora sia mancata una *informazione che invece secondo buona fede e correttezza avrebbe dovuto esserle rivelata*<sup>24</sup>.

In conclusione, si può notare come nella contrattazione d'impresa gli obblighi di informazione sono stati introdotti nella fase precontrattuale al fine di scongiurare la nascita di contratti squilibrati per carenza informativa e la sopraffazione sul contraente debole, il quale dal canto suo solo con grandi difficoltà sarebbe in grado di reperire le informazioni necessarie per potersi autodeterminare per la conclusione del contratto<sup>25</sup>. Emerge così che l'ampia libertà lasciata ai contraenti dal codice civile presuppone una parità contrattuale solo formale, senza alcuna considerazione per l'effettività della stessa; i molteplici vincoli disposti dalla legislazione sia consumeristica e che d'impresa mirano, invece, a realizzare una parità contrattuale effettiva.

---

<sup>24</sup> GALLO P., *op. cit.*, 660.

<sup>25</sup> GRUNDMANN S., *op. cit.*, 277.

### 3. LA FASE CONTRATTUALE.

#### 3.1. L'ACCORDO: DALL'INCONTRO TRA PROPOSTA E ACCETTAZIONE ALLA DETERMINAZIONE DEL CONTENUTO CONTRATTUALE.

I caratteri peculiari della contrattazione di impresa si manifestano chiaramente nelle regole sulla conclusione del contratto: l'art. 1330 cod. civ., di cui si è già data contezza e che è sempre stato usato come argomento a proprio favore dai sostenitori della legittimità di una considerazione d'insieme dei contratti d'impresa, prevede che la proposta o l'accettazione sopravviva alla morte o alla sopravvenuta incapacità dell'imprenditore; detta, cioè, una regola applicabile solo se il contratto è inserito nel contesto dell'impresa.

La *ratio* della norma, che risiede nella necessità di salvaguardare l'attività imprenditoriale, cioè il complesso aziendale economico-organizzativo, iniziato da un imprenditore attraverso la sua continuità ad altro soggetto, mette in evidenza «la graduale affermazione di una disciplina caratterizzata da esigenze più avanzate e dinamiche rispetto a quelle espresse dalla tradizionale logica dell'autonomia privata. La realizzazione della complessiva funzione economica di siffatte attività negoziali, infatti, tende a gravitare più sugli aspetti patrimoniali che non personali degli atti di autonomia privata»<sup>26</sup>.

Anche nella fase della formazione del contratto d'impresa si può vedere una *favor* per l'imprenditore in quanto si tiene conto dei molteplici rapporti giuridici che fanno capo allo stesso e dell'esigenza di uniformità e di standardizzazione non solo dei contenuti contrattuali ma anche della formazione dell'accordo<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> INZITARI B., *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Galgano, II, Padova, 1978, 337 e ss., in particolare 340.

<sup>27</sup> DALMARTELLO A., (voce) *Contratti di impresa*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 6.

Questo particolare aspetto della contrattazione di impresa è già stato rilevato da tempo: Ascarelli, nel *Corso di diritto commerciale*, notava che l'economia, in seguito alla produzione di massa, ha richiesto una disciplina «in maniera uniforme (de)i rapporti contrattuali, ai fini appunto dell'esercizio di una attività sistematica che importa la comparabilità e perciò l'omogeneità dei rapporti, la possibilità di un calcolo dei costi e via dicendo; che richiede velocità nello svolgimento, velocità che a sua volta richiama alla standardizzazione; nel cui esercizio ogni rapporto si trova legato economicamente con altri»<sup>28</sup>.

Il problema è stato considerato dal codice civile, il quale prevede all'art. 1341 le condizioni generali di contratto e all'art. 1342 il contratto concluso mediante moduli o formulari, entrambi implicitamente riferiti alla contrattazione di impresa<sup>29</sup>. In relazione a tali articoli è stato notato che tramite le condizioni generali di contratto la conoscenza effettiva del regolamento contrattuale è sostituita dalla mera conoscibilità, nel senso che l'altro contraente è vincolato anche se di fatto non lo aveva conosciuto<sup>30</sup>. «L'imprenditore è posto, a questo modo, nella condizione di dettare legge alla massa dei consumatori: la sua volontà è unilateral-

---

<sup>28</sup> ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, 398.

Che il commercio stesse diventando globale è già chiaro in VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 1902, 82: «il commercio compie una grande funzione sociale, poiché impiegando una massa considerevole di energie fisiche e intellettuali riesce a far giungere le provviste nei luoghi ove occorrono, nella quantità e nella qualità necessarie, a tempo opportuno. Mercé sua, gli innumerevoli mercati locali si trasformano in un mercato unico e mondiale e i singoli costi personali di produzione, che potrebbero variare eccessivamente, cedono il posto ad un costo medio e costante; mercé sua la produzione progredisce tecnicamente col concorso delle materie prime più varie, coll'eccitamento di consumi sempre più intensi. In altre parole il commercio aiuta quel ricambio materiale che è necessario al vivere degli uomini, e ne migliora il tenore nell'atto stesso in cui l'alimenta».

<sup>29</sup> Per una ricostruzione sui contratti di massa si rinvia a CHINÈ G., voce *Contratti di massa*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 403 ss.

<sup>30</sup> GALGANO F., *Diritto commerciale. I. L'imprenditore*, Bologna 1986, 84 e ss.

mente vincolante; egli non deve, secondo i principi generali sui contratti (artt. 1321 ss.), ricercare il loro consenso; ha solo l'onere di rendere la propria volontà conoscibile da parte loro. Il medesimo onere, a ben guardare, che è imposto al potere legislativo: le leggi e i regolamenti, stabilisce l'art. 10 disp. Prel. 'diventano obbligatori' il quindicesimo giorno successiva alla loro pubblicazione. Il contratto in serie, cessa, in virtù dell'art. 1341, di essere espressione di *autonomia delle parti* per diventare, al pari della legge, *atto di imperio*, vincolante per i suoi destinatari non appena costoro siano stati in condizione di conoscerne il contenuto. C'è una sola residua differenza rispetto alla legge: un atto di volontaria adesione al contratto in serie è pur sempre necessario; il consenso del singolo, superfluo per la determinazione del contenuto del contratto, è però indispensabile per la conclusione del contratto»<sup>31</sup>.

Da queste considerazioni si è giunti ad affermare che nella contrattazione d'impresa si realizzerebbe il superamento del requisito della volontà e il contratto d'impresa non potrebbe essere considerato come *l'accordo di due o più parti per costituire regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*, mancando nel contratto per adesione la conoscenza, ed essendo sufficiente la mera conoscibilità del regolamento contrattuale predisposto<sup>32</sup>.

Queste affermazioni non sono però condivise da tutti, ritenendo che la sostituzione della conoscenza con la mera conoscibilità non comporta il venir meno del consenso e quindi della volontà<sup>33</sup>. Nella contrattazione standardizzata attraverso la predisposizione di condizioni generali o l'utilizzo di moduli o formulari, il contra-

---

<sup>31</sup> GALGANO F., *op. ult. cit.*; si veda anche INZITARI B., *L'impresa nei rapporti contrattuali*, cit., 344. Anche in Germania il ricorso alle condizioni generali di contratto esplosa all'inizio del Novecento ha messo in crisi il principio della volontà individuale, su cui si fonda il *BGB*, sul punto si rinvia alla attenta analisi di CALVO R., *Le radici del moderno diritto privato europeo con riguardo al controllo sul contenuto del contratto standard*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2001, 491.

<sup>32</sup> Si veda in proposito ANGELICI C., *La contrattazione d'impresa*, in LIBONATI B - FERRO LUZZI P. (a cura di) *L'impresa*, Milano, 1985, 191.

<sup>33</sup> Cfr. DALMARTELLO A., *op. cit.*, 7.

ente dell'imprenditore può sempre prendere conoscenza del regolamento contrattuale e, qualora decida di non farlo, non si può affermare che manchi la volontà: nell'atto di adesione, per così dire al buio, non c'è la conoscenza ma c'è la volontà di accettare il contratto.

Va tuttavia rilevato come la negoziazione dialogata sia sempre più un ricordo, almeno in caso di disparità di forza contrattuale, essendo possibile concludere contratti «senza neanche che tra le due parti del contratto venga scambiato un monosillabo, senza che venga posta o data risposta alla più semplice domanda»<sup>34</sup>. È ciò che Natalino Irti definisce *scambi senza accordo*, analizzando la giornata dell'uomo qualunque il quale nella sua giornata conclude una serie di contratti senza proferire parola<sup>35</sup>.

« Spento il dialogo, l'accordo è tutto nell'unilaterale predisposizione del testo scritto e nell'unilaterale adesione. All'esigenza del dialogo, che impronta la disciplina dei codici, subentra la semplice tutela della consapevolezza: coscienza di una decisione individuale, e non il reciproco dire e capire dell'autentico dialogare. C'è ancora la parola, ma strappata dal dialogo, e resa immobile e statica in un testo grafico, che attende soltanto un sì o un no. Destinati a soddisfare bisogni di massa, i contratti per adesione, uniformi e ripetitivi, rinunciano a ciò che la massa non può né vuole svolgere: il personale e faticoso dialogare. Così, imprese e destinatari dei beni e tecnologie si ritrovano nel rifiuto del dialogo

---

<sup>34</sup> INZITARI B., *Profili del diritto delle obbligazioni*, Padova, 2000, 545,

<sup>35</sup> IRTI N., *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347, il quale osserva come «questo scambio sta nel dialogo tra le parti. L'accordo, descritto nei codici civili, nasce dal dialogo: è il risultato discorsivo e conoscitivo, che media i punti di vista delle parti, e risolve in unità la loro discorde dualità. Il "contrarre" è disegnato come esito di un "contrattare"; lo stringersi in un vincolo, come esito di un parlare e ragionare insieme. Dialogo, dunque. Il "logos", che si svolge tra l'una e l'altra parte, è insieme un parlare e un conoscere, un voler dire ed un voler capire. La bilateralità del contratto non indica, come è ovvio, le unilaterali decisioni di compiere lo scambio economico, ma proprio questa reciprocità dialogica, questo parlare e capire delle parti. L'"intesa" nasce da un vicendevole "intendere"».

e nella semplificazione dilemmatica della scelta. La parola sopravvive nel testo grafico; tramontato è il dialogo»<sup>36</sup>. L'analisi di Irti mette in mostra che gli scambi di massa si svolgono senza parola e quindi senza accordo. Questi scambi non possono, in questa ricostruzione, essere definiti contratti i quali, invece, necessitano del requisito dell'accordo. Le decisioni delle parti, esplicate attraverso la contrattazione per moduli o formulari od anche quella attraverso la stessa apprensione sulla merce, cioè attraverso la combinazione di due atti leciti, necessiterebbero quindi un diverso nome<sup>37</sup>.

Ad altra conclusione, invece, giunge Salvatore Patti<sup>38</sup> il quale ritiene che non si debba parlare di scambi senza accordo ma di *scambi senza dialogo*: l'assenza del dialogo non farebbe venir meno l'accordo del contratto ma il venir meno della trattativa. Ciò che si riscontrerebbe nel commercio moderno è il supermanto della trattativa.

La legislazione sovranazionale, d'altronde, conosce la possibilità che il contratto sia concluso senza dialogo: la Convenzione di Vienna all'art. 18 prevede che «una dichiarazione od *altro comportamento* tenuto dal destinatario indicante il suo consenso ad una proposta costituisce accettazione»; i *Principi di diritto europeo dei contratti* all'art. 2:102 stabiliscono che «la volontà di una parte di vincolarsi giuridicamente è quella che si ricava dalle dichiarazioni e *dalla condotta* di essa così come sono state ragionevolmente comprese dall'altra parte» e all'art. 2:211 prevedono la conclusione del contratto senza proposta e accettazione stabilendo che «anche quando il procedimento di conclusione del contratto

---

<sup>36</sup> IRTI N., *op. ult. cit.*

<sup>37</sup> ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 61, il quale sottolinea che nei contratti telematici non vi è una comunicazione di una sola parte nei confronti dell'altra, ma una interazione di messaggi fra due soggetti.

<sup>38</sup> PATTI S., *L'accordo e la sua formazione*, in SIRENA P. (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, 185

*non si struttura in proposta e accettazione* le norme di questa Sezione si applicano ugualmente, con gli opportuni adattamenti»; i *Principi Unidroit* all'art. 2.1.1. prevedono che «un contratto può essere concluso sia con l'accettazione dell'offerta, sia con *un comportamento* delle parti che dimostri con sufficiente certezza il raggiungimento dell'accordo»<sup>39</sup>.

Tuttavia se la contrattazione di massa sembra portare alla perdita della negoziazione nell'esperienza quotidiana, essa sembra invece persistere ad un livello più alto quello della contrattazione collettiva. In altri termini, «l'impressione è che la contrattazione sia dislocata prima e oltre il contratto. La conflittualità di categoria di chi offre o di acquista beni e servizi si condensa sempre più evidentemente in sedi specificate riservate a soggetti esponenziali»<sup>40</sup>.

L'ampia diffusione della contrattazione di massa ha messo in risalto anche il fatto che una parte è, per definizione, in una posizione di squilibrio rispetto all'altra e la consapevolezza di tale squilibrio ha generato l'esigenza che esso venga corretto al momento della contrattazione<sup>41</sup>. Per porvi rimedio si è introdotta da parte della normativa sui consumatori un'articolata disciplina del diritto al ripensamento.

Nel nostro ordinamento, infatti, il recesso è previsto, salvo i casi dei contratti ad esecuzione continuata, solo in via convenzionale ed è esercitabile fino a quando il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione (art. 1373 cod. civ.). Nel codice di consumo, invece, gli artt. 64 e seguenti prevedono un recesso legale e unilaterale, applicabile a particolari modalità di conclusione del contratto (contratti negoziati fuori dai locali commerciali e con-

---

<sup>39</sup> Sul procedimento di formazione del contratto si veda anche BENEDETTI G., *op. cit.*, 2005, 321 e ss., il quale prende anche in esame la conclusione del contratto mediante l'inizio della sua esecuzione.

<sup>40</sup> DI MARZIO F., *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione disuguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 728.

<sup>41</sup> BIANCA C.M., *Introduzione*, in SIRENA P. (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., 171.

tratti a distanza), legato sia ad eventi che sono intervenuti prima della stipulazione del contratto (adempimento degli obblighi di informazione), sia a eventi che si verificano dopo che il contratto è stato eseguito (consegna del bene)<sup>42</sup>. Se nel primo caso l'interesse protetto è simile a quello previsto dall'art. 1373 cod. civ., cioè la possibilità di avere un ripensamento sul contratto, causato in questo caso dal comportamento del professionista, nel secondo caso l'interesse è quello di eliminare gli effetti del contratto già concluso poiché solo con la consegna del bene il consumatore è in grado di rendersi conto realmente dell'acquisto fatto<sup>43</sup>. Il fatto che sia possibile recedere dal contratto non solo dopo la sua conclusione ma anche dopo la sua esecuzione contrasta con il principio sancito dall'art. 1372 cod. civ. secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti; gli ampi margini in cui è esercitabile il diritto di recesso da parte del consumatore, infatti, fanno dubitare che si possa ancora parlare di contratto vincolante<sup>44</sup>. In altri termini, quando il recesso *ex lege* diviene regola generale, quale rimedio contro lo squilibrio informativo a danno del consumatore, sembra essere messo in crisi il principio del nostro ordinamento che il vincolo contrattuale si costituisce con l'incontro delle volontà e delle dichiarazioni, poiché da esse è sempre possibile sottrarsi.

Dalla figura di recesso esaminata va tenuto distinto il recesso per l'esercizio dello *ius variandi* ad opera dell'imprenditore, come è previsto ad esempio dagli artt. 90 e 91 cod. cons., in relazione a sopravvenute modifiche delle condizioni contrattuali di viaggio; queste disposizioni non perseguono lo scopo di riequilibrare i poteri delle parti nel momento iniziale o di formazione del vincolo

---

<sup>42</sup> Nella legislazione sono presenti altri esempi di *ius poenitendi*, si pensi all'art. 125 del TUB, relativo al credito al consumo, che ha riconosciuto al solo consumatore la facoltà di recedere in modo libero e incondizionato o al recesso *ad nutum* contenuto nell'art. 73 cod. cons. dal contratto di multi-proprietà.

<sup>43</sup> Sul punto SCANNICCHIO N., *Il perfezionamento del contratto*, in LIPARINI N. (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, II, 563 e ss.

<sup>44</sup> GENTILI A., *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 26; ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, 60; GAMBINI M., *op. cit.*, 2605.

contrattuale, ma assolvono ad una funzione di autotutela, consentendo al consumatore di porre fine al vincolo contrattuale nel momento in cui vengono modificate le condizioni poste nel regolamento contrattuale originario.

Altro elemento di novità relativo al procedimento di formazione dell'accordo è dato dalla negoziazione del contratto a mezzo di nuove tecnologie, in particolare attraverso reti telematiche<sup>45</sup>. La massiccia adozione da parte di imprese di sistemi di comunicazione elettronica attraverso cui è possibile effettuare ordini, pagamenti e stipulare contratti ha generato problemi proprio in tema di conclusione del contratto<sup>46</sup>. Problemi, ad esempio, si presentano

---

<sup>45</sup> «La peculiarità di Internet è quella di essere un “mercato” senza confini né geografici né temporali, senza limiti di prodotti e di operatori, senza (apparentemente) vincoli legislativi e/o amministrativi; la peculiarità di Internet è di essere “il mercato” nel senso vero e proprio del termine, inteso come opportunità di scambiare beni e servizi, di far circolare beni. Internet è un mercato sui generis, perché non si localizza da un punto di vista territoriale (come una fiera, un supermercato, oppure a livello nazionale, internazionale, ecc.) non rispetta (generalmente) orari di apertura e di chiusura, non ha limitazioni merceologiche ed anche per quanto riguarda gli operatori (intendendo per tali sia i fornitori e venditori che i clienti) non richiede sempre una loro precisa e puntuale identificazione, è uno «spazio» aperto a tutti, ma che nello stesso tempo si può restringere, consentendo l'accesso soltanto a persone autorizzate. È, dunque, un mercato davvero particolare, che sfugge a qualsiasi tradizionale catalogazione per dimensioni territoriale e temporale, che consente di creare una propria dimensione in ragione del peculiare mezzo utilizzato, l'elaboratore elettronico», così CLARIZIA R., *Il commercio elettronico: gli aspetti giuridici generali e le problematiche contrattuali*, in *Riv. not.*, 1999, 1437.

<sup>46</sup> Al contratto on-line si applicano le regole civilistiche di carattere generale previste per ogni fattispecie contrattuale. Il documento informatico contenente la proposta e l'accettazione si considera inviato e pervenuto al destinatario qualora venga trasmesso e ricevuto all'indirizzo di posta elettronica dichiarato. Peraltro, si deve distinguere l'indirizzo elettronico dall'indirizzo di posta elettronica: per indirizzo di posta elettronica si intende, infatti, un'allocazione della memoria nel server del provider mentre l'indirizzo elettronico si identifica, ai sensi dell'art. 22 del d.p.r. 445/2000, nell'IP (*Internet Protocol*) che individua il server e rende possibile l'identificazione del computer, che attraverso il server si connette alla rete.

riguardo all'individuazione del momento dell'accettazione; in altri termini si tratta di stabilire in quale momento il contratto telematico può dirsi validamente concluso tra le parti. L'art. 1335 cod. civ., che stabilisce la c.d. "presunzione di conoscenza", prevede che «la proposta, l'accettazione, la loro revoca e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia». Nel caso dei contratti telematici, la situazione è peculiare in quanto, se per il mittente è sufficiente dimostrare l'invio dell'e-mail, per il destinatario è particolarmente gravoso dimostrare di essersi trovato, senza sua colpa,

---

La dichiarazione di domicilio elettronico rientra nella fattispecie prevista dall'art. 47 c.c. e deve, pertanto, essere redatta per iscritto. L'art. 14, comma 2, del d.p.r. n. 445/2000 individua il tempo della conclusione del contratto e l'opponibilità all'altra parte ed ai terzi della data e dell'ora di formazione, trasmissione e ricezione di un documento informatico. Per l'opponibilità occorre che il documento informatico sia stato redatto in conformità a specifiche regole indicate nel T.U.

La legge disciplina in termini generali l'accordo telematico e il contratto telematico e il commercio elettronico (si veda in proposito l'art. 21 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 e il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 con cui è stata recepita la direttiva 2000/31/CE), i pagamenti informatici (art. 12 del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445). In particolare il legislatore riconosce rilevanza al documento informatico (art. 8 del d.p.r. 445/2000), riconoscendo validità ai contratti stipulati con strumenti informatici (art. 15, comma secondo, l. 15 marzo 1997, n. 59), i quali se muniti di firma digitale (art. 11 del d.p.r. 445/2000) hanno lo stesso valore della scrittura privata.

Da ultimo va segnalato il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 110, in materia di atto pubblico informatico redatto dal notaio, il quale incide in modo sostanziale sull'ordinamento del notariato che viene modificato e integrato per consentire il ricorso generalizzato alle modalità informatiche per la redazione e la conservazione degli atti. Il legislatore è intervenuto sulla legge notarile e sulle altre norme dell'ordinamento del notariato riconoscendo, in particolare, pieno valore giuridico all'atto pubblico informatico e alle copie informatiche degli atti, introducendo il repertorio informatico e regolando le modalità di conservazione degli atti pubblici informatici.

nell'impossibilità, e non nella mera difficoltà, di avere avuto notizia della stessa e-mail<sup>47</sup>.

In conclusione non si può non notare come il concetto di accordo, inteso nel nostro codice civile quale incontro delle dichia-

---

<sup>47</sup> Sul punto, peraltro, è intervenuto il d.lgs. 70/2003 il quale ha disciplinato il fenomeno dei c.d. contratti “*point and click*” o contratti a comunicazione indiretta, cioè attraverso l'accesso al sito di *e-shop* e tramite la pressione virtuale del tasto negoziale “accetto”. L'art. 12 del decreto prevede che «oltre agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi, nonché a quelli stabiliti dall'articolo 3 del decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185, il prestatore, salvo diverso accordo tra parti che non siano consumatori, deve fornire in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio, le seguenti informazioni:

- a) le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto;
- b) il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le relative modalità di accesso;
- c) i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore;
- d) gli eventuali codici di condotta cui aderisce e come accedervi per via telematica;
- e) le lingue a disposizione per concludere il contratto oltre all'italiano;
- f) l'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie».

L'articolo prosegue stabilendo che le clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario devono essere messe a sua disposizione in modo che gli sia consentita la memorizzazione e la riproduzione.

L'art. 13 prevede al secondo comma che «salvo differente accordo tra parti diverse dai consumatori, il prestatore deve, senza ingiustificato ritardo e per via telematica, accusare ricevuta dell'ordine del destinatario contenente un riepilogo delle condizioni generali e particolari applicabili al contratto, le informazioni relative alle caratteristiche essenziali del bene o del servizio e l'indicazione dettagliata del prezzo, dei mezzi di pagamento, del recesso, dei costi di consegna e dei tributi applicabili» e al terzo comma che «l'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti alle quali sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi».

Sul commercio elettronico si rinvia a LISI A. (a cura di), *I contratti di internet: sottoscrizione, nuovi contratti, tutela del consumatore, privacy e mezzi di pagamento*, Torino, 2006. RICCIUTO A. - ZORZI N., *Il contratto telematico*, Padova, 2002.

razioni di volontà capaci di vincolare le parti, abbia subito dei notevoli cambiamenti quantomeno in tutta la normativa consumeristica e nella contrattazione di massa in generale ed occorre riconoscere che «l'accordo come adesione si viene distinguendo dall'accordo come sostanza del contratto»<sup>48</sup>.

### 3.2. LA CAUSA<sup>49</sup>.

Il diritto europeo dei contratti non contempla il concetto di causa: la concezione di essa e la sua menzione non vengono prese in considerazione né nei *Principi Unidroit*, né nei *Principi di diritto europeo dei contratti*<sup>50</sup>. Anzi sia nei *Principi Unidroit*, all'art. 3.2., che nei PECL, all'art. 2:201 affermandosi che il contratto è concluso, modificato o sciolto con il semplice accordo e quando le parti hanno manifestato le volontà di vincolarsi giuridicamente, viene aggiunto, in entrambi i testi, che *non occorre altro requisito*. Sembra essere così superato il problema della causa del contratto quale elemento essenziale per la sua validità<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> GENTILI A., *op. cit.*, 27. DI MARZIO F., *op. cit.*, 726, il quale scrive: «che il contratto sia l'accordo di due o più parti su rapporti patrimoniali, come afferma la classica definizione dell'art. 1321 cod. civ., oggi non appare più sicuro».

<sup>49</sup> Tra gli Autori che hanno affrontato il tema della contrattazione di impresa ben pochi si sono soffermati sull'aspetto della causa; i due autori che hanno trattato del tema con maggior ampiezza sono sostanzialmente due: Mario Nuzzo e Vincenzo Zeno-Zencovich. Il presente scritto, nell'occuparsi della causa del contratto d'impresa, pertanto farà ampio riferimento a tali autori, riportandone quasi interamente il pensiero.

<sup>50</sup> GENTILI A., *op. cit.*, 27; NUZZO M., *La causa*, in SIRENA P. (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, 196.

<sup>51</sup> La situazione, peraltro è complicata anche dal fatto che si pone una differenza fondamentale in materia di rapporto fra i *Principi di Unidroit*, i PECL e le norme imperative di diritto domestico: secondo i *Principi di Unidroit*: «Nessuna disposizione di questi Principi è intesa a limitare l'applicazione delle norme imperative di origine nazionale, internazionale o sovranazionale, applicabili secondo le norme di diritto internazionale priva-

Le ragioni di questo abbandono sono spiegate dai *Principi Unidroit*<sup>52</sup> nel rilievo che nei sistemi di *common law*, la c.d. *consideration* (requisito funzionalmente simile a quello della causa nei sistemi di *civil law*), pur essendo tradizionalmente vista come un presupposto della validità o della eseguibilità di un contratto, come anche della modificazione o risoluzione di questo ad opera delle parti, nei rapporti commerciali questo requisito riveste minima importanza pratica, poiché in tale ambito le obbligazioni vengono quasi sempre assunte da entrambe le parti. Per questa stessa ragione, anche l'articolo 29, comma primo, della Convenzione di Vienna fa a meno del requisito della *consideration* a proposito della modificazione o scioglimento, ad opera delle parti, di contratti di vendita internazionale di beni mobili. I *Principi Unidroit*, in definitiva, avrebbero semplicemente esteso un simile approccio anche alla conclusione del contratto, sulla considerazione del fatto che il semplice accordo delle parti nei contratti commerciali internazionali non può che portare a determinare una maggiore certezza e ridurre le controversie. Escludendo il requisito della *consideration* non poteva avere, di conseguenza, rilevanza il requisito della causa, esistente in alcuni sistemi di *civil law*.

Tuttavia è opportuno chiedersi se le cose stanno veramente in questo modo. All'art. 3.10 i *Principi Unidroit* e all'art. 4:109 i

---

to» (art. 1.4.); secondo i PECL: «(1) Quando la legge applicabile lo consente, le parti possono decidere che il contratto sia regolato dai Principi; in tal caso *le norme imperative nazionali non sono applicabili*. (2) In ogni caso troveranno applicazione quelle norme imperative della legge nazionale, del diritto sovranazionale e internazionale la cui applicabilità, secondo le norme proprie di diritto internazionale privato, non dipende dalla legge che regola il contratto» (art. 1:103).

Sul punto i due PRINCIPI divergono: mentre quelli UNIDROIT fanno salva l'applicazione delle norme imperative, i PECL la escludono. Il che, da un lato, ribadisce l'importanza del momento determinativo dell'applicabilità di una o dell'altra fonte normativa. Dall'altro, ove si concluda per i PECL, ineluttabilmente il principio richiamato è soccombente dinanzi all'applicazione delle norme imperative di diritto positivo, ove il conflitto si dimostri irresolubile ed inconciliabile.

<sup>52</sup> BONELL M.J. (a cura di), *Principi Unidroit*, Roma, 2004, 101.

PECL fanno riferimento allo *scopo del contratto* nel momento in cui si devono considerare i fattori per cui una parte può chiederne l'annullamento per eccessivo squilibrio tra le prestazioni, per un vantaggio ingiusto o per un iniquo profitto. Si può notare che è vero che stato eliminato il concetto di causa dalla nozione di contratto, ma non quelli di scopo e di natura del contratto. Se nel nostro ordinamento il concetto di causa è servito per risolvere i due problemi pratici relativi alla qualificazione del contratto, al fine della individuazione della disciplina applicabile, e al controllo di liceità, nel sistema europeo dei contratti la natura e lo scopo assolvono allo stesso compito<sup>53</sup>.

Bisogna, quindi, chiedersi se l'eliminazione della causa dai requisiti del contratto è stata solo formale o se, invece, questa scelta non si traduca in regole operative diverse. Nuzzo<sup>54</sup> osserva che le ragioni di fondo che hanno spinto a non utilizzare il concetto di causa sono dovute sia per l'insofferenza per un concetto ritenuto indefinito, sia per la rigidità delle valutazioni risultanti dall'utilizzo della nozione di causa, che si scontra con un possibile adattamento richiesto dal mercato. La scelta, pertanto, è stata quella di attivare meccanismi simili e meno precisi (quali lo scopo dell'atto e la natura del contratto) che rendessero più duttile il giudizio di liceità consentendo che esso possa conformarsi alle concrete esigenze di protezione del mercato e che possa più facilmente conservare gli effetti del contratto.

Nei contratti *business to business* e in quelli *business to consumer* l'interesse che si cerca di tutelare è in primo luogo l'efficienza del mercato: le norme a tutela del consumatore e, più recentemente, quelle a tutela dell'imprenditore debole sono norme che tutelano lo scambio e, di riflesso, il contratto come suo strumento tipico. In quest'ottica l'impresa diviene il valore fondante dell'ordine giuridico e il contratto diviene l'operazione economica in cui si svolge l'attività di impresa. La conseguenza di questa impostazione è che il contratto non può essere vincolato ai suoi requisiti e la sua meritevolezza e liceità non devono necessaria-

---

<sup>53</sup> NUZZO M., *op. cit.*, 197.

<sup>54</sup> NUZZO M., *op. cit.*, 198-199.

mente essere enunciate nello stesso ma possono essere ricercate al di fuori, indagando l'operazione economica complessiva nella quale il contratto si inserisce. «Nell'ambito dell'attività di impresa ciò che favorisce lo scambio, e dunque il più efficiente funzionamento del mercato, è in sé meritevole di tutela; con la conseguenza che in quest'ambito è consentito solo il giudizio di liceità del contratto»<sup>55</sup>. Il diritto europeo dei contratti sente, quindi, la necessità di liberarsi della causa nella fattispecie del contratto, sentito come un inutile limite al possibile esplicarsi della volontà negoziale<sup>56</sup>.

Fin qui si è visto come la causa per il diritto europeo dei contratti sia irrilevante, tuttavia un altro Autore<sup>57</sup> ha notato come nella disciplina consumeristica il legislatore nel disciplinare alcune fattispecie abbia, a differenza del solito, qualificato il contratto. È quanto accaduto per il credito al consumo: l'art. 121 del TUB individua con precisione la causa, nel suo aspetto funzionale, consistente nella «concessione, nell'esercizio di una attività commerciale o professionale, di credito sotto forma di dilazione di pagamento, di finanziamento o di altra analoga facilitazione finanziaria a favore di una persona fisica che agisce per scopi estranei

---

<sup>55</sup> NUZZO M., *op. cit.*, 200, il quale prosegue affermando che «l'individuazione del nucleo essenziale del meccanismo contrattuale nella volontà dello scambio favorisce infine il superamento del principio della tipicità delle promesse unilaterali, le quali anzi diventano il meccanismo generale attraverso il quale possono circolare beni e servizi».

<sup>56</sup> Tuttavia la giurisprudenza sembra essere saldamente attestata sulla necessità, di origine normativa, di tale elemento: «il contratto in virtù del quale le parti si obbligano a stipulare un successivo contratto ad effetti obbligatori (ovvero un contratto preliminare di preliminare) è nullo per difetto di causa, non essendo meritevole di tutela l'interesse di obbligarsi ad obbligarsi, in quanto produttivo di una inutile complicazione», così Cass. Civ., 2 aprile 2009, n. 8038; (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che - in relazione ad una proposta irrevocabile di acquisto di un immobile, con la quale il proponente si era obbligato alla stipulazione di un successivo contratto preliminare - aveva ritenuto che tale proposta fosse priva di effetti giuridici vincolanti).

<sup>57</sup> ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, 64.

all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta (consumatore)». Secondo tale Autore la causa di *credito al consumo* non coincide con quella tradizionale di finanziamento essendo per un verso più ristretta, perché la qualità delle parti incide sulla funzione del negozio e, dall'altro, più ampia, perché comprende ipotesi il cui profilo dominante è quello dello scambio.

Anche la giurisprudenza, la quale ha inquadrato costantemente il credito al consumo nell'ambito di un'operazione triangolare, richiama per il credito al consumo la categoria negoziale del mutuo di scopo e quella dottrinale del collegamento negoziale. Con la celebre sentenza del 20 gennaio 1994, n. 474<sup>58</sup>, la Cassazione ha precisato che nel credito al consumo il contratto di mutuo si caratterizza per la clausola di destinazione, che pone un vincolo di utilizzazione delle somme mutate al consumatore mutuatario. Con questa motivazione la sfera dei motivi cessa di essere irrilevante per diventare causa del contratto, in quanto l'utilizzazione vincolata del finanziamento integra lo scopo oggettivo sul quale si è avuto l'incontro dei consensi tra le parti<sup>59</sup>.

Quanto detto per il credito al consumo si deve ripetere per l'art. 3, lett. a) del codice del consumo il quale definisce consumatore colui che *agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale o professionale eventualmente svolta*. La formula "agire per scopi estranei" «si presta a diverse interpretazioni letterali tutte astrattamente valide, nessuna delle quali potendo rite-

---

<sup>58</sup> Cass. civ. 20 gennaio 1994, n. 474, in *Foro it.*, I, 3094, con nota di Macario, *Collegamento negoziale e principio di buona fede nel contratto di credito per l'acquisto: l'opponibilità al finanziatore delle eccezioni relative alla vendita* e in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1480, con nota di Masucci, *Finanziamenti finalizzati all'acquisto e inadempimento del fornitore. Recenti tendenze legislative e giurisprudenziali*.

<sup>59</sup> La possibilità di attribuire la qualifica di consumatore qualora il contratto di credito non specifichi la destinazione delle somme è stata poco affrontata dalla giurisprudenza, che, comunque, pare seguire l'orientamento della dottrina, secondo cui ricorre una presunzione iuris tantum di destinazione delle somme al consumo privato, con inversione dell'onere della prova contraria sul finanziatore (Pret. Bologna 4 gennaio 1999, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, 726).

nersi più convincente in mancanza di una concomitante interpretazione globale [...]. Quanto all'agire, non è chiaro se debba farsi riferimento al mero agire contrattuale, intendendolo dunque come "utilizzazione del contratto" (al pari di quanto previsto per il professionista), o all'ulteriore fase della destinazione d'uso del bene, o servizio, oggetto del contratto, se a fini professionali o non professionali. Quanto allo scopo, in primo luogo, esso potrebbe coincidere con i motivi soggettivi dell'agente. Quindi, con la finalità oggettiva assoluta da un determinato atto, a prescindere dalle intenzioni soggettive del contraente. Infine, potrebbe essere inteso in senso più strettamente giuridico, avendo cioè riguardo alla causa del contratto, alla sua funzione economica»<sup>60</sup>.

Pur dubitando che la dichiarazione di agire per uno scopo di consumo sia in grado di incidere in modo profondo sul profilo causale o di dare rilevanza ai motivi<sup>61</sup>, non si può non notare come essa comporti l'applicazione di una disciplina notevolmente diversa da quella contenuta nel codice civile.

D'altro canto l'affermazione progressiva delle nuove concezioni causali<sup>62</sup>, tese alla valorizzazione dell'assetto di interessi fis-

---

<sup>60</sup> GABRIELLI E., *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1159.

<sup>61</sup> Costituisce principio consolidato il fatto che l'accertamento della natura dello scopo dell'*agere* deve realizzarsi attraverso criteri oggettivi, a nulla rilevando i motivi che hanno condotto alla conclusione del contratto, secondo il più generale principio che sancisce l'irrilevanza dei motivi in materia contrattuale. Uno dei primi indirizzi interpretativi, tuttavia, aveva ritenuto che il riferimento allo *scopo* dovesse essere inteso in senso soggettivo quale motivo che induce il soggetto all'acquisto. Questa impostazione fu ben presto accantonata da un lato, perché deroga al tradizionale principio della irrilevanza dei motivi nell'ambito contrattuale, dall'altro, perché pone in capo al professionista il gravoso obbligo di accertare ogni volta le finalità che l'altra parte contraente si propone di perseguire. Sul punto PICCININI V., *La nozione di consumatore*, in DEMARCHI P.G. (a cura di), *I diritti del consumatore e la nuova class action*, Bologna, 2010, 14 e ss.

<sup>62</sup> Si deve principalmente a Giovanni B. Ferri, e alle sue fondamentali indagini sul negozio giuridico e sul contratto, il superamento della concezione della causa come funzione economico-sociale dell'atto di autonomia propria del pensiero di Emilio Betti ed il passaggio all'idea della causa

sato nel contratto, fa guadagnare sempre più spazio alla rilevanza degli interessi sottesi e l'esclusione dei motivi dall'ambito della causa diventa sempre più problematica. La teoria della causa come *funzione economico-individuale*, secondo cui la causa del contratto è la *concreta composizione di contrapposti interessi* che attraverso il meccanismo contrattuale vengono contemporaneamente soddisfatti, diviene l'elemento di coesione di tutti gli altri elementi di cui si compone la costruzione del negozio e dell'attività<sup>63</sup>. In altri termini, la teoria in esame sposta l'attenzione dallo sterile schema contrattuale al concreto e dinamico assetto di interessi programmato dalle parti: la causa non è più la sintesi di effetti negoziali, ma di interessi che il contratto, così come concretamente concepito dalle parti, è idoneo a realizzare.

«La valutazione dell'atto si sposta allora dal piano della causa e del tipo a quello dell'interesse, poiché la tipicità di un contratto non rappresenta di per sé un sicuro indice della sua meritevolezza. Si deve invece far capo alla natura dell'interesse in concreto perseguito e così operando si riuscirebbe anche a superare il problema dell'illiceità della causa del negozio tipico, giacché la tipicità finisce per individuare, e segnatamente nello schema (anche socialmente) tipico, non un profilo di meritevolezza dell'interesse, ma di disciplina da applicare per la realizzazione di quell'interesse»<sup>64</sup>.

In conclusione sembra che la nozione di contratto, quale puro schema formale, risulta insufficiente ad esprimere il multiforme atteggiarsi degli interessi in gioco e la variabilità delle soluzioni attraverso le quali gli stessi possono comporsi. Si è rilevato che «la nuova disciplina del contratto è disciplina dell'attività economica» e che «la novità specifica del nuovo diritto contrattuale, di fonte comunitaria, sarebbe di assegnare un autonomo rilievo di di-

---

come funzione economico-individuale. Cfr. FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

<sup>63</sup> GABRIELLI E., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, cit., 905.

<sup>64</sup> GABRIELLI E., *op. ult. cit.*

ritto privato alla disciplina dell'attività destinata a sua volta ad incidere sulla regolamentazione del singolo contratto»<sup>65</sup>.

### 3.3. L'OGGETTO E IL CONTENUTO DEL CONTRATTO.

Il primo dato da cui si deve partire per poter affrontare il requisito dell'oggetto è il rilievo che il codice attuale non ha apportato nella formulazione legislativa dell'istituto una chiarezza, seppur invocata dalla dottrina, che non inducesse gli interpreti a ricondurre all' "oggetto" un'ampia varietà di significati<sup>66</sup>.

Il codice civile, infatti, utilizza il termine "oggetto" sia con riferimento ad una pluralità di situazioni e di rapporti giuridici sia in una molteplicità di significati «così che dalla formula della legge non è possibile trarre una omogenea definizione dell'oggetto del contratto, poiché vengono spesso assimilate nozioni e concetti apparentemente vicini, sul piano nominalistico, ma tra loro diversi, sul piano tecnico»<sup>67</sup>.

Analizzando gli articoli del codice civile si può notare che negli artt. 1325 e 1346 si parla di oggetto del contratto; nell'art.

---

<sup>65</sup> JANNARELLI A., *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e consumatori*, in LIPARI N. (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, p. 489.

<sup>66</sup> GABRIELLI E., *Storia e dogma dell'oggetto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 328, lo stesso Gabrielli nota che anche per l'oggetto come è successo al concetto di causa «si deve segnalare che già Gino Gorla, per un verso, e Natalino Irti, per un altro, con eleganti e suggestive indagini, avevano in tempi diversi a suo tempo, avevano rispettivamente, posto in luce sia l'inutilità di una "teoria dell'oggetto del contratto"; sia l'opportunità di collocare in una dimensione storica lo svolgimento teorico della nozione di oggetto, distinguendolo in cinque fasi, che nel loro sviluppo rivelerebbero "un grado sempre più alto di astrazione e di rigore logico"». Lo scritto di Gino Gorla a cui allude Gabrielli è *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (Civil law)*, in *Jus*, 1953, 289 e ss., mentre quello di Natalino Irti è *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, 128 e ss.

<sup>67</sup> GABRIELLI E., *Storia e dogma dell'oggetto del contratto*, cit., 328.

1347, in materia di possibilità dell'oggetto, fa riferimento alla prestazione; nell'art. 1348 sembra che la prestazione (di cose future) si identifichi con l'oggetto del contratto; nell'art. 1316 si fa ancora menzione dell'oggetto della prestazione; nell'art. 1174, invece, la prestazione è considerata come oggetto dell'obbligazione; nell'art. 1349, intitolato determinazione dell'oggetto, si parla di determinazione della prestazione dedotta in contratto; nell'art. 1341, infine si fa riferimento al contenuto.

Volendo semplificare al massimo, si può notare che tre sono le principali ipotesi ricostruttive proposte dalla dottrina: la prima ritiene che oggetto del contratto siano le prestazioni dedotte nel contratto medesimo; la seconda ritiene che oggetto del contratto sia l'oggetto della prestazione caratteristica dedotta nel contratto e cioè il bene; la terza identifica il contratto con il suo contenuto<sup>68</sup>.

Non è questa la sede per affrontare, anche solo sommariamente, il tema di cui si è, peraltro, occupata autorevole dottrina. Si vuole, però, segnalare che un discorso che muova dalle categorie proprie della nostra esperienza giuridica non sembra portare innovazioni al tema della contrattazione di imprese in quanto, da un lato, il legislatore comunitario e, su spinta di questo, anche quello interno, sembrano prendere in considerazione più che altro il contenuto del contratto e la prestazione obbligatoria e, dall'altro, il diritto dei contratti di matrice europea, come accaduto per la causa, non inserisce tra i requisiti del contratto l'oggetto.

---

<sup>68</sup> GENTILI A., *op. cit.*, 29; GITTI G., *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 14 e ss., al quale si rinvia anche per le indicazioni bibliografiche relative alle tre ipotesi ricostruttive. Senza nessuna intenzione di completezza si possono, tuttavia, ricordare i contributi di ALLARA F., *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, 42; CARRESI F., *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 365; DE NOVA G., *L'oggetto del «contratto di informatica»*, in ALPA G. - ZENO-ZENCOVICH V., *i contratti di informatica. Profili civilistici, tributari e di bilancio*, Milano, 1987, 22; MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Massineo, Milano, 1986, 138; IRTI N., *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. Digesto it.*, IV, Torino, 1965, 799; OSTI G., (voce) *Contratto*, in *Noviss. Digesto it.*, IV, Torino, 1959, 503.

In relazione al primo aspetto, cioè il riferimento all'oggetto nella normativa di origine comunitaria, anche nel codice del consumo si può rinvenire la stessa confusione riscontrata nel codice civile: nell'art. 33, quarto comma, l'oggetto del contratto sembrerebbe individuato nella prestazione; mentre nell'art. 34, primo comma, si stabilisce che la vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto «della natura del bene e del servizio oggetto del contratto»; nell'art. 69, in materia di multiproprietà, l'oggetto del contratto è individuato nel diritto trasferito al consumatore.

Tuttavia nella legislazione a tutela del consumatore l'oggetto del contratto è regolato anche in funzione della tutela che si intende apprestare al soggetto definito "debole"<sup>69</sup>. Per l'oggetto, e per il contenuto del contratto più in generale, sono previsti, oltre agli oneri di forma, la fissazione di determinati aspetti del regolamento contrattuale<sup>70</sup>: a titolo esemplificativo l'art. 86 cod. cons. in materia di servizi turistici, stabilisce che il contratto deve contenere determinati elementi ed in particolare il prezzo e le sue modalità di revisione; l'art. 124 del TUB prevede che i contratti di credito al consumo devono indicare l'ammontare e le modalità del finanziamento, il tasso annuo effettivo globale, le eventuali garanzie richieste e, a pena di nullità, la descrizione analitica dei beni e dei servizi, il prezzo di acquisto in contanti, le condizioni per il trasferimento della proprietà dei beni acquistati con il finanziamento, etc.; l'art. 6 del d.lgs. 122/2005, in materia di immobili da costruire prevede che il contratto preliminare diretto al successivo acquisto in capo ad una persona fisica del diritto di proprietà o di altro diritto reale, deve contenere la descrizione dell'immobile oggetto del contratto, le caratteristiche tecniche della costruzione, i termini massimi di esecuzione della costruzione, l'indicazione del prezzo complessivo, le modalità del suo pagamento, le eventuali somme date a titolo di caparra, gli estremi della garanzia fideiussoria obbligatoria, etc.; si può ancora ricordare l'art. 117 del TUB che impone di indicare in ogni contratto il tasso di interesse

---

<sup>69</sup> Sul punto cfr. BARENGHI A., *L'oggetto del contratto*, in LIPARI N. (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, 607.

<sup>70</sup> GITTI G., *op. cit.*, 25.

ed ogni altro prezzo e condizione praticati, ivi compresi gli oneri in caso di mora e la periodicità della capitalizzazione e la (eventuale) previsione di modifica unilaterale dei tassi, dei prezzi e delle altre condizioni in caso di sussistenza di un giustificato motivo.

Va infine segnalato che la disciplina minuziosa dell'oggetto non si rinviene solo nella normativa a tutela del consumatore, ma altresì in quella nei rapporti *business to business*, come quella contenuta nella legge n. 192/98 sulla subfornitura, dove si prevede che il prezzo dei beni o servizi oggetto del contratto debba essere determinato o determinabile in modo chiaro e preciso, così da non generare incertezze nell'interpretazione dell'entità delle reciproche prestazioni e nell'esecuzione del contratto (art. 2, quarto comma); che nel contratto debbano essere indicati i requisiti specifici del bene o del servizio richiesti, il prezzo, i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento (art. 2, quinto comma). Il contratto di subfornitura, infine, deve fissare i termini di pagamento e precisare gli eventuali sconti in caso di pagamento anticipato rispetto alla consegna (art. 3, primo comma)<sup>71</sup>. Anche per contenuto del contratto di affiliazione commerciale, disciplinato dalla legge 6 maggio 2004, n. 129, è previsto che esso deve espressamente indicare alcuni elementi, come l'ammontare degli investimenti, le modalità di calcolo e di pagamento delle *royalties*; le specifiche del *know-how* e le eventuali modalità di riconoscimento del suo apporto ed infine le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante.

Alla luce della normativa sopra riportata è stato osservato che «nel nuovo diritto dei contratti la disciplina dell'oggetto mantiene dunque un ruolo centrale nella complessiva regolazione dell'operazione economica, e, proprio nella prospettiva ricostruttiva che lo individua all'esterno dell'atto di autonomia, ne viene accentuato il profilo della descrizione negoziale come strumento di collegamento tra realtà esterna (intesa come prestazione) e contratto»<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> MINERVINI E., *Le regole di trasparenza nel contratto di subfornitura*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 227.

<sup>72</sup> GABRIELLI E., *Storia e dogma dell'oggetto del contratto*, cit., 338.

La determinazione dell'oggetto e del contenuto del contratto, da parte di norme a carattere imperativo, diviene così lo strumento che permette il controllo sull'adeguatezza delle prestazioni corrispettive e sul contenuto normativo del contratto al fine di poter valutare l'eventuale squilibrio. Infatti, per potersi avvalere dei rimedi predisposti per regolare la patologia del rapporto è necessario che il suo contenuto possa essere oggettivamente riscontrato.

Inoltre l'individuazione, non solo delle condizioni economiche, ma quasi di tutte le clausole contrattuali è stata ritenuta la soluzione più consona alle esigenze del principio della trasparenza, la quale può svolgere appieno la sua funzione di tutela se può incidere su ogni profilo del testo contrattuale. In altri termini, la minuta descrizione negoziale dell'oggetto da parte del legislatore diviene il criterio e lo strumento interpretativo per valutare l'esattezza dell'adempimento dell'obbligazione del professionista. Tale ultimo rilievo risulta confermato, nella disciplina sulla vendita di beni di consumo, nella quale l'art. 129, secondo comma, lett. b), cod. cons., presume che il bene sia conforme al contratto se lo stesso sia conformi alla descrizione fattane dal venditore e se presenta le stesse qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore. Sussisterà dunque inadempimento del fornitore se il bene effettivamente consegnato non risulti conforme a quello "dovuto", cioè a quello "descritto" nell'ambito del contenuto del contratto.

Passando ai *Principi di diritto europeo dei contratti* si è già rilevato come in essi manchi una norma che individui i requisiti del contratto: ciò è dovuto al fatto che non si è voluta una definizione statica del contratto ma una visione dinamica, dando quindi prevalenza alle modalità della sua formazione. Non, mancano, tuttavia nei PECL norme che, nella traduzione italiana utilizzano il termine "oggetto"; l'art. art. 1:302 prevede che «nella valutazione di ragionevolezza si dovrà tenere conto, in particolare, della *natura e dell'oggetto del contratto*, delle circostanze del caso e degli usi e pratiche dei traffici o delle professioni coinvolte». Tuttavia nella versione inglese al posto di "natura e oggetto del contratto" è utilizzata la locuzione "*nature and purpose of the contract*", la

quale ha una valenza diversa. L'espressione "oggetto del contratto" è utilizzata anche: nell'art. 4:110, il quale, al primo comma, prevedendo che una parte può «annullare una clausola che non sia stata oggetto di trattativa individuale se, in contrasto con la buona fede e la correttezza, essa provoca un significativo squilibrio nei diritti e nelle obbligazioni contrattuali delle parti a danno di detta parte» tenuto conto anche della *natura della prestazione*, al secondo comma stabilisce che la norma non si applica «alla clausola che fissa l'*oggetto del contratto*, sempre che essa sia formulata in un linguaggio chiaro e intelligibile»; nell'art. 5:102, il quale prevede che nell'interpretare il contratto si deve avere riguardo, in particolare, anche alla *natura e all'oggetto del contratto*; nell'art. 6:102, il quale stabilisce che insieme alle clausole espresse, il contratto può contenere clausole implicite che derivano, oltre dall'intenzione delle parti e dalla buona fede e correttezza, anche dalla *natura e dall'oggetto del contratto*.

Dall'esame delle norme è chiaro che i riferimenti non denotano alcun intento definitorio dell'oggetto del contratto, tanto che le espressioni usate manifestano un'assimilazione tra i concetti di causa e di oggetto (concetti che nella nostra tradizione giuridica sono tra loro diversi), in quanto, facendosi riferimento alla *natura e all'oggetto del contratto*, quest'ultimo deve essere inteso come scopo, quindi causa (quanto meno in senso ampio).

Questo rilievo trova conferma nel fatto che i *Principi Unidroit* in disposizioni assolutamente simili non utilizzano la locuzione "natura e oggetto del contratto" ma "natura e scopo del contratto" (artt. 3.10, 4.3, 4.8, 5.1.2).

Nell'impostazione seguita nei PECL si è privilegiato, rispetto alla figura dell'oggetto, il diverso inquadramento della sua disciplina nel "contenuto" del contratto, sulla scia di quanto si è già verificato nella legislazione interna e in quella comunitaria; nei *Principi europei del diritto dei contratti* è dedicato al contenuto del contratto ed ai suoi effetti l'intero Capitolo 6, che contempla disposizioni sia sulle "fonti" del regolamento contrattuale, prevedendo ad esempio che un'obbligazione può derivare sia da clausole espresse sia "implicite" (art. 6:102), che disposizioni sulle sue

modalità di determinazione, ad esempio ad opera di una delle parti (art. 6:105) o di un terzo (art. 6:106). Del tutto analogo il Capitolo 5 dei *Principi Unidroit*.

Alla luce di quanto esposto, appare corretta la ricostruzione di chi ritiene che sia il nuovo diritto dei contratti, sia le soluzioni adottate dai redattori dei *Principi Unidroit* e dei PECL, «sembrano confermare l'idea che il problema dell'oggetto del contratto, più che un problema di definizione della sua nozione o di edificazione di una sua teoria, sia – oltre che un problema di interpretazione della disciplina legislativa – ancora oggi prevalentemente un profilo storico e ideologico attraverso il quale riguardare la struttura e le vicende del contratto, come dell'atto di autonomia privata»<sup>73</sup>.

In conclusione, la tendenza è quella di valorizzare, attraverso il riferimento al contenuto del contratto, il profilo rappresentativo e descrittivo del contratto e nella legislazione dei contratti di impresa, ove è più evidente la necessità di prevenire le situazioni di asimmetria di potere contrattuale, la disciplina dell'oggetto costituisce strumento di tutela della parte considerata “debole”, nella misura in cui impone di descrivere minuziosamente non solo le prestazioni oggetto del contratto, ma anche le loro modalità, affinché vi sia maggiore certezza, nell'interesse della parte che si reputa esposta a possibili abusi, di ciò che da essa è dovuto e che ad essa si può chiedere.

### 3.4. LA FORMA.

I *Principi Unidroit* e i PECL, sancendo la piena libertà di forma contrattuale<sup>74</sup>, si pongono all'opposto di quanto si sta assistendo sia sul piano europeo sia su quello domestico, che volgono verso una formalizzazione intensiva dei contratti e degli accordi, tale da portare il principio di libertà di forma, di cui all'art. 1325

---

<sup>73</sup> GABRIELLI E., *Storia e dogma dell'oggetto del contratto*, cit., 338.

<sup>74</sup> Si vedano in proposito l'art. 1.2. dei *Principi Unidroit* e l'art. 2:101, secondo comma dei PECL.

n. 4 cod. civ., ad un'eccezione piuttosto che ad una regola generale.

Il nostro ordinamento, infatti, pur prevedendo la libertà di forma, ha subito, da parte della legislazione nazionale e di quella comunitaria, degli interventi tali che hanno fatto parlare di neoformalismo<sup>75</sup>: la tendenza è, infatti, nel senso di una decisa accentuazione del rigore formale dei contratti in cui una parte sia un consumatore.

La *ratio* del nuovo formalismo, di cui la pratica degli affari si era liberata da tempo per ragioni di semplicità e speditezza, non è da ricercare nelle stesse ragioni per cui il nostro codice civile ne richiede il requisito; non è per far riflettere le parti sull'importanza dell'atto compiuto o per ragioni di pubblicità che il nuovo diritto dei contratti richiede la forma scritta, ma per facilitare, da un lato, il riscontro tra le conformità delle prescrizioni e il contenuto nella verifica giudiziale e, dall'altro, per fornire al consumatore, attraverso il diritto della consegna di copia del documento contrattuale, un mezzo di prova circa l'effettivo stato delle cose<sup>76</sup>.

Nella contrattazione di impresa la disciplina della forma si pone in un crocevia di strategie normative complesse, difficilmente riconducibili a linee di intervento organiche e coordinate con l'impianto codicistico<sup>77</sup>. In via del tutto esemplificativa norme in deroga al principio della libertà della forma si rinvengono: nell'art. 117, primo e terzo comma, nell'art. 124, primo comma, del TUB, e nell'art. 23, primo comma, del TUF, nelle quali la conclusione del contratto per iscritto è un espresso requisito di validità dello stesso; la richiesta della forma scritta a pena di nullità si ritrova anche nell'art. 71 del cod. cons., per l'acquisto di beni in multiproprietà, nell'art. 2 della legge sulla subfornitura e nell'art. 3 della legge che disciplina l'affiliazione commerciale. Esistono poi altre disposizioni relative alla forma ma che non sono accom-

---

<sup>75</sup> BUONOCORE V., *op. cit.*, 123; DI MARZIO F., *op. cit.*, 730; GENTILI A., *op. cit.*, 28.

<sup>76</sup> GENTILI A., *op. cit.*, 29.

<sup>77</sup> CAPO G., *op. cit.*, 5.

pagnate da misure sanzionatorie, come l'art. 85 del cod. cons., in tema di servizi turistici, e l'art. 4-ter del d.l. 10 febbraio 2009, convertito in legge 9 aprile 2009, n. 33, per i *contratti di rete*.

Nella disciplina consmerisitica la "forma", tuttavia, non sempre si identifica con l'atto nel quale è consacrato l'impegno contrattuale; "forma" è anche sinonimo di trasparenza, la cui funzione è quella di assicurare, nonostante la possibile conclusione dell'accordo solo verbalmente, la comprensione di quanto proposto dal professionista<sup>78</sup>. Esempio indicativo è l'art. 34 del cod. cons., il quale, in materia di clausole vessatorie, pur non prevedendo l'obbligo della forma scritta, richiede che se le clausole sono proposte al consumatore per iscritto esse devono essere redatte in modo chiaro e comprensibile. Come accennato parlando della fase precontrattuale, la trasparenza viene spesso soddisfatta imponendo forma scritta agli obblighi informativi.

Volgendo al termine l'indagine dei profili oggettivi, si può notare come le diverse accezioni di forma del contratto trovino spiegazione ultima nella ragione di tutela del contraente debole nella contrattazione di impresa. L'obbligo di informazione gravante sul professionista nella fase precontrattuale è strumentale alla costruzione del regolamento contrattuale, quasi ad individuare una «sequenza obbligatoria tra informazione e regolamento contrattuale: solo quelle clausole che sono illuminate dall'informazione, e sono ad essa fedeli, possono far parte del regolamento contrattuale»<sup>79</sup>. In altri termini, gli obblighi di trasparenza, le informazioni precontrattuali spesso riprodotte all'interno del testo contrattuale, la predeterminazione imperativa del contenuto del contratto, sono forme di tutela del contraente debole che vengono rese operanti attraverso la previsione di una forma scritta che spazia in tutte le fasi contrattuali.

L'impiego della forma ha, quindi, molteplici fini: attraverso essa è possibile, da un lato, rilevare gli svantaggi derivanti del tec-

---

<sup>78</sup> MASUCCI S.T., *La forma del contratto*, in LIPARI N. (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, 576.

<sup>79</sup> DE NOVA G., *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 718.

nicismo delle formule utilizzate, della altrui predisposizione del contratto e dall'eccessiva quantità di informazioni, e, dall'altro, trarne alcuni vantaggi come la certezza delle contrattazioni, la possibilità di maggiore riflessione sull'operazione che si intende compiere, la diminuzione delle controversie derivanti dall'interpretazione del contratto<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> MASUCCI S.T., *op. cit.*, 582.



## CAPITOLO III

### PARTE SECONDA

## **I PROFILI OGGETTIVI DELLA CONTRATTAZIONE DI IMPRESA**

### L'UGUAGLIANZA SOSTANZIALE NELLA CONTRATTAZIONE DI IMPRESA

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'autonomia negoziale nei contratti di impresa. – 3. La buona fede nella contrattazione d'impresa. – 3.1 Il principio di buona fede e di equità e l'intervento del giudice. – 3.2. Il problema dell'equilibrio contrattuale: equilibrio normativo ed economico. La giustizia contrattuale. – 3.3. Il fondamento positivo della giustizia contrattuale. – 3.4. La buona fede, l'equità e l'equilibrio contrattuale nella giurisprudenza. – 3.5. La clausola di buona fede come strumento per reprimere l'abuso del diritto. – 3.6. – L'equilibrio contrattuale nei *Principi Unidroit* e nei *Principi di diritto europeo dei contratti*. – 3.7. Conclusioni. – 4. Le nullità di protezione.

#### **1. PREMESSA.**

La seconda parte, relativa ai profili oggettivi della contrattazione di impresa, ha ad oggetto l'atteggiarsi dell'uguaglianza sostanziale in questi tipi di rapporti e, in particolare, sotto il profilo dell'equilibrio delle posizioni contrattuali e della autonomia privata. Le due categorie sono, infatti, oggetto di una profonda revisione critica, soprattutto in ragione dei più recenti interventi legislativi di derivazione comunitaria, essendo stati introdotti limiti sempre più penetranti al potere di autodeterminazione dei privati, mediante il ricorso al criterio della disparità di trattamento giustificato dal principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 della Costituzione; la legislazione più recente mostra la tendenza a garantire il valore dell'equilibrio normativo, e finanche economico, delle contrattazioni private, con specifico riguardo ai rapporti

nei quali si registri una sensibile asimmetria nel potere contrattuale delle parti.

L'importanza che ultimamente viene data, in dottrina e in giurisprudenza, all'equilibrio contrattuale ha è posto l'ulteriore quesito se la buona fede e l'equità costituiscano un ulteriore limite all'esplicazione dell'autonomia negoziale. Sovente nelle più recenti pronunce giurisprudenziali, attraverso il ricorso alla buona fede e all'abuso di diritto, sembra affermarsi un possibile sindacato giudiziale sull'equilibrio contrattuale di maggiore ampiezza di quello contenuto nel codice civile. Come noto, l'ordinamento garantisce il mantenimento dell'equilibrio soggettivo originario (rapporto di proporzione delle prestazioni convenzionalmente fissato dalle parti al momento della stipulazione del contratto), consentendo di valutare l'incidenza delle sopravvenienze sul sinalagma contrattuale, e di verificare se esse possano dar luogo alla risoluzione del contratto o ai rimedi finalizzati al riequilibrio della stipulazione. Ma la nozione di equilibrio contrattuale derivante dalla lettura del codice civile non sembra coincidere con quella che potremmo chiamare di "giustizia contrattuale" formula usata per esprimere la contrapposizione esistente tra vincolo contrattuale e interessi superiori che possono essere pregiudicati dall'autonomia contrattuale.

Si può già accennare al fatto che, in tempi recenti, l'evoluzione del pensiero giuridico e dell'assetto normativo hanno indotto la dottrina a confutare l'impostazione tradizionale della irrilevanza dell'ingiustizia contrattuale al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dalla legge e ad affermare l'esistenza nell'ordinamento giuridico di un generale principio di sindacabilità giurisdizionale dell'equilibrio economico e normativo del contratto, quantomeno nei casi in cui vi sia una asimmetria contrattuale, come nella contrattazione d'impresa.

Altro aspetto da trattare è quello della tutela data al contraente debole; in particolar modo si cercherà analizzare i rimedi esperibili a fronte di uno squilibrio contrattuale; si tratterà, tuttavia solo della nullità, anch'essa oggetto di revisione da parte del legislatore e, nuovamente, della buona fede e dell'equità come strumenti

non solo atti ad arginare l'autonomia privata ma anche come rimedi di fronte a possibili abusi. Solo dei cenni invece saranno fatti al ruolo svolto dalle autorità indipendenti e all'azione inibitoria.

## 2. L'AUTONOMIA NEGOZIALE NEI CONTRATTI DI IMPRESA.

Nei contratti d'impresa l'autonomia privata è andata sempre più spesso incontro a svariati limiti che il legislatore nazionale e quello comunitario hanno imposto al tradizionale principio di libertà contrattuale<sup>1</sup>. Si è registrata una progressiva e netta inversione di tendenza: i rapporti contrattuali non spaziano più nella libera determinazione delle parti, ma sono costretti a subire regole di fonte diversa (legislativa, amministrativa, etica) che convergono sempre più verso una vera e propria regolamentazione<sup>2</sup>. Le

---

<sup>1</sup> Su tale principio, v. BIANCA C.M., *Diritto civile, vol. 3, Il contratto*, Milano, 2000, 30 e ss.; ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano 2001, 80 e ss.; SOMMA A., *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, 2000, cit., 597 e ss.; SCHLESINGER P., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. It.*, 1999, 229 ss.; GRISI G., *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, 180 e ss.; DI MAJO A., *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 9 e ss.; DISTASO N., *I principi giuridici fondamentali del sistema contrattuale. La libertà contrattuale e i suoi limiti*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, vol. I, Torino, 1980, 38 ss.; ID., *Autonomia privata e ordinamento giuridico. Il concetto di causa*, ivi, vol. II, 717; SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, diretto da Scialoja-Branca, sub. artt. 1321-1352, Bologna-Roma, 1970, 2455; CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951; SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1974; GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, vol. II, tomo I, *Le obbligazioni e i contratti*, Padova, 1999, 133 e ss.

<sup>2</sup> Sul punto BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 25 e ss.; CASTRONOVO C., *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 29; GITTI G. - DELFINI F., *Autonomia privata e tipizzazione contrattuale*, in *Riv. dir.*

nuove normative di stampo consumeristico, e più in generale protezionistico della parte debole del contratto d'impresa, hanno comportato una profonda revisione del ruolo e della funzione tradizionalmente assegnata alla nozione di autonomia privata, che appare sempre meno concepibile come valore in sé, dovendo essa conformarsi alle scelte di fondo che caratterizzano l'ordinamento giuridico, ed in particolar modo ai principi costituzionali.

Ad arricchire i termini del dibattito in ordine alla libertà contrattuale, ed ai suoi limiti, infatti, è intervenuto il testo della Costituzione. In ragione della mancanza di una espressa previsione sul punto, tuttavia, si è concluso che l'autonomia contrattuale trova nella Carta fondamentale solo tutela indiretta, non già per effetto di una singola norma, quanto piuttosto mediante i principi che si possono ricavare da una lettura sistematica del testo costituzionale<sup>3</sup>.

---

*priv.*, 2007, 471 e ss; LIPARI N., *Fonti del diritto e autonomia dei privati (spunti di una riflessione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 727; MAZZAMUTO S., *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della costituzione europea*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 51; PACE A., *Costituzione europea e autonomia contrattuale. Indicazioni e appunti*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 1; RESCIGNO P. (a cura di), *Autonomia privata, individuale e collettiva*, Napoli, 2006; SCOGNAMIGLIO C., «Statuti» dell'autonomia privata e regole ermeneutiche nella prospettiva storica e nella contrapposizione tra parte generale e disciplina di settore, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 1015; VETTORI G., *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 743.

<sup>3</sup> «L'osservatore registra un certo qual esaurimento della spinta propulsiva della Costituzione, quale fattore normativo capace di incidere sulla figura e sulla disciplina del contratto. La stagione d'oro, in questo senso, fu quella degli anni '70 del secolo XX. In quella fase la dottrina elaborava con generosità le possibili ricadute, sul piano delle regole contrattuali, del principio di solidarietà dell'art. 2 Cost., o dei principi di socialità dell'art. 41, c. 2 Cost., domandandosi se da essi potessero desumersi direttamente impugnative o invalidità. E poi, in altra prospettiva, fervidamente s'interrogava sul grado e sui modi di una tutela costituzionale del contratto e della libertà contrattuale, dividendosi fra chi patrocinava una tutela diretta e chi preferiva ipotizzare una tutela indiretta, filtrata per il *medium* delle tutele costituzionali dell'iniziativa economica (art. 41 Cost.) e della proprietà privata (art. 42 Cost.). Mentre la stessa Corte produceva ripetutamente sentenze

Un rilievo ormai condiviso è quello che osserva come il richiamo all'articolo 41 Cost., in cui è contenuto il principio della libertà di iniziativa economica privata, non possa esaurire i termini della questione; esso, infatti è troppo legato al costituzionalismo classico e perciò, da un lato, è attento a garantire ai privati la libertà c.d. negativa e, dall'altro, è proiettato in una dimensione verticale limitata al rapporto tra Stato e cittadino, e assai poco interessato alle relazioni orizzontali che i privati allacciano fra loro<sup>4</sup>. Lo stesso riferimento all'iniziativa economica, del resto, impone di chiarire se, ed in quale misura, tale concetto coincida con quello di "autonomia contrattuale"<sup>5</sup>. Si è concluso che la funzione svolta dall'articolo 41 Cost. sia ("unicamente") quella di limite all'agire del legislatore ordinario e delle organizzazioni, pubbliche o private, che si adoperano per controllare il mercato ed ostacolare l'iniziativa privata nell'area dei contratti di scambio inerenti alle attività produttive<sup>6</sup>.

Andando oltre l'art. 41, si è, tuttavia, ritenuto di considerare che una protezione costituzionale dell'autonomia contrattuale risulti, e allo stesso tempo sia limitata, da altri articoli della Carta<sup>7</sup>. È stato, pertanto, proposto un collegamento con il rispetto dei di-

---

(quasi sempre di rigetto) dedicate a valutare in che misura la libertà di contratto abbia copertura costituzionale, e a decidere se – entro quella misura – dovesse ritenersi per avventura lesa da questa o da quella legge ordinaria di segno restrittivo o compulsivo dell'autonomia privata.

Ma fu una stagione breve. Passati i '70 e i primi '80, quel genere di giurisprudenza ha cominciato a rarefarsi per poi sparire. Ed è vistosamente perito – anche in dottrina – l'impegno a valorizzare le norme costituzionali quali fonti del diritto dei contratti: vuoi nella loro veste primaria di criterio di legittimità delle leggi, vuoi nel possibile ruolo di regole suscettibili di applicazione diretta a rapporti contrattuali litigiosi», ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, 8.

<sup>4</sup> IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, 16.

<sup>5</sup> CERRI A., *La Costituzione e il diritto privato*, in Tratt. Dir. Priv. dir. da P. Rescigno, XXI, 1987, 95 e ss.

<sup>6</sup> SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, I, Torino, 2004 22 e ss.

<sup>7</sup> PANETTI F., *Autonomia contrattuale e persona nella dialettica tra diritti sociali e libertà individuali: un percorso europeo*, in Riv. dir. comm., 2007, I, 524-525.

ritti “inviolabili” dell’uomo e dei doveri “inderogabili” di solidarietà sociale (art. 2), col principio dell’uguaglianza e del rispetto dello sviluppo della persona umana (art. 3), con l’indisponibilità della libertà personale (art. 13 e ss.), con l’equità dei rapporti sociali (art. 44), ma anche – attraverso il collegamento degli articoli 10 e 11 Cost. – con la scelta di un’economia di mercato e di libera concorrenza, nella luce di quanto sancito dai vari Trattati Europei ed, in particolare, da quello sull’Unione<sup>8</sup>.

Per autonomia contrattuale bisogna intendere «il potere del soggetto (concordemente con altro o altri soggetti) di affermare e attuare interessi, o di modificare situazioni, fissandone anche la disciplina, ossia, i presupposti e i modi»<sup>9</sup>. Il principio di autonomia contrattuale, implicitamente presupposto dall’art. 1321 cod. civ., trova la sua esplicita codificazione nel successivo art. 1322, che rimette alle parti non solo la determinazione del contenuto del contratto, ma anche la scelta del tipo contrattuale (consentendo la stipulazione anche di contratti “atipici”), con il limite della meritevolezza dell’interesse perseguito. L’autonomia contrattuale è, inoltre, trasfusa nella struttura del contratto, in virtù dell’art. 1325

---

<sup>8</sup> Sul punto si rinvia a RESCIGNO P., *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito dei integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, in *Contr. Impr.*, 1990, 152; BIANCA C.M., *Diritto civile*, cit., 30 e ss.; PERLINGERI P., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 111 e ss.; CERRI A., *op. cit.*, 95 e ss.; PLAJA A., *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2003, I, 344, il quale segnala come «il principio dell’economia di mercato e della concorrenza sancito nel trattato dell’Unione Europea segna una metamorfosi, all’insegna dell’obliterazione dell’impronta dirigitica della nostra costituzione economica, in termini di ‘nuova interpretazione’, dell’art. 41 Cost., o, addirittura, di “messa tra parentesi” della norma».

<sup>9</sup> MESSINEO F., *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1973, 40. Cfr. MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, 1; GATTI S., *L’adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 440.

cod. civ., che prevede, come primo requisito necessario per la validità del contratto stesso, l'accordo delle parti<sup>10</sup>.

Tuttavia, nel perseguimento dei propri interessi, le parti non godono di una libertà illimitata, in quanto l'ordinamento giuridico rivendica un proprio controllo, attraverso "i limiti imposti dalla legge" (secondo il dettato dell'art. 1322, primo comma, cod. civ.) ed il giudizio di meritevolezza (di cui all'art. 1322, secondo comma, cod. civ.). Tali limiti possono essere raggruppati in due ambiti distinti: da un lato, si pongono tutti quelli che attengono al procedimento di formazione dell'accordo, e, dall'altro, quelli che riguardano direttamente il contenuto dello stesso<sup>11</sup>.

Se si vogliono analizzare gli strumenti che l'attuale ordinamento giuridico appresta a tutela delle esigenze di solidarietà, con particolare riferimento al contraente debole, si può partire da alcune disposizioni contenute nel codice civile, ove si attribuisce una certa rilevanza alla posizione di disuguaglianza dei contraenti e ove traspare il principio secondo cui l'attività negoziale non può essere improntata ad illimitata libertà, ma deve essere sorretta da uno scopo socialmente apprezzabile. Si fa riferimento, in particolare, al controllo di meritevolezza degli atti di autonomia privata, all'istituto della rescissione di cui agli artt. 1447 e 1448 cod. civ.<sup>12</sup> e alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 cod. civ.<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> COSTANZA M., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1987, 423; PUGLIATTI S., (voce) *Autonomia privata*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 368 e ss.

<sup>11</sup> Sul punto SCHLESINGER P., *op. cit.*, 231.

<sup>12</sup> CARRESI F., (voce) *Rescissione. Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, XXVI, 1991, 1; ID., *La fattispecie della rescissione per lesione*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, Milano, 1965, 13; CORSARO L., (voce) *Rescissione*, in *Digesto disc. Priv., Sez. civ.*, XVI, p. 628; MARINI G., (voce) *Rescissione (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 966; MIRABELLI G., *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962; ID., (voce) *Rescissione (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto*, 579.

<sup>13</sup> SCALFI G., *Risoluzione del contratto*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 6; PINO A., *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952; BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975. Da

Trattasi, infatti, di rimedi previsti dal legislatore del 1942 per far fronte ad ipotesi in cui vi sia una alterazione del sinallagma che determini uno squilibrio tra le prestazioni, il quale dipenda dallo stato di pericolo o dallo stato di bisogno in cui si trovava uno dei contraenti, oppure dipenda dal verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili successivi alla conclusione del contratto. In tutti e tre i casi, elemento costitutivo della fattispecie è l'inadeguatezza fra prestazione e controprestazione, con la differenza che, mentre nelle ipotesi rescissorie si tratta di uno squilibrio originario, presente già al momento della conclusione del contratto, nella ipotesi risolutoria si tratta di inadeguatezza verificatasi successivamente alla sua conclusione, in conseguenza di accadimenti obiettivi, imprevisi ed imprevedibili, che hanno alterato il valore delle prestazioni<sup>14</sup>.

Queste norme rappresentano comunque eccezioni in un sistema basato sui principi di eguaglianza e di libertà formale; dall'esame della disciplina della rescissione, infatti, si può ricavare che l'istituto è posto a tutela dell'autonomia privata, in linea col principio generale della libera determinabilità del contenuto delle prestazioni; ciò comporta che, qualora lo scambio a condizioni spezzate sia stato liberamente voluto, non vi è spazio per alcuna impugnazione<sup>15</sup>.

---

ultimo si rimanda a GAMBINO F., *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 347.

<sup>14</sup> Sul diverso ambito di operatività della rescissione e della risoluzione per eccessiva onerosità, v. Galgano F., *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 489 ss.

<sup>15</sup> Sull'istituto della rescissione cfr. anche DI MAJO A., *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, Incontro di studio del C.S.M., 22-24 aprile 2002, in [www.csm.it](http://www.csm.it), 3, secondo cui «la normazione codicistica è diretta in larga parte a salvaguardare il corretto esercizio della libertà negoziale. Una volta garantito questo obiettivo, non si incarica di guardare al *quid actum* tra le parti. I problemi del c.d. “giusto prezzo” sono ignoti alla legislazione codicistica, perché del resto, oltre che scarsamente praticabili, contrari al principio che sono le stesse parti a contribuire a determinare il prezzo di mercato. Potrebbe richiamarsi a contrario il rimedio della rescissione dei contratti conclusi in stato di pericolo (art. 1447) o di bisogno (art.

Il contesto, sconosciuto al legislatore del 1942 e in cui si è sviluppata la contrattazione di impresa, caratterizzato da una forte industrializzazione da una modernizzazione degli scambi sul mercato, ha comportato il necessario sviluppo di un rapido momento perfezionativo della trattativa dei contratti cosicché, nella prassi commerciale, al contratto individualizzato si è preferita la conclusione dei contratti mediante moduli o formulari<sup>16</sup>.

L'analisi si deve, quindi, spostare alle molteplici norme introdotte negli ultimi anni a protezione del consumatore, ove si rin-

---

1448), quale testimonianza della rilevanza del profilo dello "equilibrio" delle prestazioni. Ma la risposta è anche prevedibile. Anche in tali casi il rilievo dello "equilibrio" è efficacemente mediato dalla condizione soggettiva del contraente (stato di pericolo o di bisogno di cui l'altra parte ha approfittato). In definitiva, è la condizione soggettiva che si mira a garantire, perché fonte dello squilibrio».

<sup>16</sup> BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., 24, cita le parole di IRTI N., *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 298 che afferma esaltando la logica spersonalizzata dell'impresa, che «il contratto diviene espressione della sua razionalità, tanto precisa e lucida, quanto meccanica e anonima» costituendo il suo pallido e ubbidiente strumento. L'egemonia dell'impresa, con il suo contratto standardizzato, verrebbe allora ad assumere un ruolo centrale almeno l'area economica del diritto privato, provocando così sconvolgimenti anche per gli altri istituti. La contrattazione di massa, ha indotto a teorizzare la rottura dell'autonomia privata, nella sua configurazione antica prevista dall'articolo 1322c.c., che attribuisce alle parti il potere di determinare il contenuto contrattuale. Secondo Benedetti in questo modo si recide quel nesso fra l'art. 41 della Costituzione che nel sancire la libertà dell'iniziativa economica, si congiunge con l'art. 1322 cod. civ., che conferisce alle parti di creare tipi contrattuali al di fuori delle fattispecie previste, purché perseguano interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Secondo l'opinione dell'autore invece il contratto, rimane il valore primario dell'ordinamento dei privati. È un estrinsecazione dell'autonomia riconosciuta alla persona nella sua identità di soggetto di diritto così come previsto dalla nostra Costituzione. Il nostro legislatore intervenendo con leggi (articoli sopra richiamati) che riequilibrano la posizione delle parti, dimostra proprio di tener fermo, sul piano positivo, quel nesso, fra libertà soggettiva e libertà contrattuale; cercando di fare in modo che la legge diventi uno strumento di garanzia e non di supremazia alla libertà pattizia.

vengono ulteriori e sempre più stringenti limitazioni all'autonomia contrattuale<sup>17</sup>: l'analisi del codice del consumo, sopra trattata, ha evidenziato come la tutela del consumatore – la quale si è svolta in una duplice direzione: da un lato il bilanciamento del rapporto tra diritti ed obblighi delle parti e dall'altro il controllo della ripartizione del rischio contrattuale<sup>18</sup> – ha introdotto oneri di trasparenza ed obblighi di informazione, precedenti e coevi alla conclusione del contratto, che hanno derogato ampiamente alla determinabilità del suo oggetto<sup>19</sup>.

Nei contratti con i consumatori, tuttavia, i limiti all'autonomia contrattuale non si rinvergono solo nelle norme che la arginano attraverso l'imposizione degli obblighi sopra ricordati, ma derivano anche dal possibile sindacato giudiziale sulla vessatorietà di una clausola e sulla sua inefficacia o dal monitoraggio che i giudici sembrano poter compiere attraverso i principi di equità e buona fede, al fine di dare ulteriore tutela alla parte ritenuta debole<sup>20</sup>.

Questa visione del contratto, che deve essere equilibrato non solo dal punto di vista normativo, deriva probabilmente dal fatto che la tutela spesso è, come si è già sottolineato, limitata ai contratti stipulati tra un consumatore ed un professionista, con esclusione invece di tutti coloro i quali, per essere artigiani, piccoli imprenditori o comunque contraenti professionali, non rientrano nella definizione di consumatore, ma si trovano in posizione di debolezza contrattuale nel momento in cui addivengono a contrattazioni con la parte forte. Di conseguenza, nell'altro segmento dei contratti d'impresa, quello *business to business*, si è avuto modo

---

<sup>17</sup> Cfr. SMORTO G., *Autonomia contrattuale e tutela dei consumatori. Una riflessione di analisi economica*, in *Contratti*, 2008, 723 e ss.

<sup>18</sup> GITTI G. - DELFINI F., cit., 476.

<sup>19</sup> GITTI G., *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 25 e ss.

<sup>20</sup> DI MAJO A., *Libertà contrattuale e dintorni*, cit., 26, il quale si chiede se siano o meno coerenti con la libertà contrattuale queste forme di monitoraggio che arrivano ad espropriare i consumatori delle loro scelte nell'esigenza di tutelare la parte ritenuta debole.

di mettere in evidenza l'esistenza nell'attuale ordinamento di una serie di disposizioni che, prescindendo dalla qualità di consumatore del contraente, mirano più genericamente alla protezione della parte che si trova in una posizione di minore forza contrattuale rispetto all'altra (come il T.U. in materia di intermediazione finanziaria, i provvedimenti in materia di assicurazione; la disciplina in materia di viaggi). In particolare, si deve richiamare ancora una volta la legge n. 192/1998 sulla subfornitura che, con il suo art. 9 il quale sanziona l'abuso di dipendenza economica praticato da un'impresa nei confronti di un'altra, sembra atteggiarsi a clausola generale di abuso di potere contrattuale nelle relazioni negoziali fra imprese. La norma in commento non tende soltanto alla protezione del contraente debole nell'ambito di una specifica relazione contrattuale, ma tutela i molteplici interessi che si esprimono attraverso il corretto funzionamento del contratto e dell'attività economica sul mercato. Anche nell'area dei contratti interimpresariali, quindi, l'ordinamento si fa carico dell'esigenza di reprimere i comportamenti opportunistici del contraente forte, predisponendo una serie di interventi autoritativi, volti a realizzare l'equilibrio contrattuale e il corretto svolgimento dell'attività negoziale.

Come già osservato, è possibile rinvenire nella legislazione interna e comunitaria svariate disposizioni che, per rispondere all'esigenza di protezione del contraente in posizione di debolezza negoziale, pongono rigidi vincoli alla libertà contrattuale i quali, attraverso una molteplicità di strumenti e tecniche tra loro non omogenei, comportano una progressiva riduzione degli spazi di autonomia un tempo riservati alle parti. Da un lato, si riscontrano sempre con maggior frequenza norme che incidono sui modelli contrattuali, anche atipici, imponendo le regole di base passando dalla semplice connotazione, alla previsione di una disciplina parziale (come nel caso dei contratti in materia di servizi turistici), fino ad arrivare alla predisposizione di un modello completo di regolamentazione (come ad esempio il contratto preliminare avente ad oggetto immobili da costruire). Dall'altro, il legislatore, che un tempo si affidava solo alle clausole generali, quali la buona fe-

de, la correttezza, l'ordine pubblico, la diligenza, introduce nuove categorie, come l'abuso di posizione dominante o l'abuso di dipendenza economica, nonché regole dettagliate volte a controllare il comportamento delle parti.

Da ultimo si deve evidenziare che l'autonomia negoziale nei contratti di impresa è ulteriormente limitata dall'intervento di soggetti regolatori terzi rispetto al legislatore e al giudice: si fa riferimento alle Autorità amministrative indipendenti, che negli ultimi anni si sono moltiplicate (la Consob, l'Isvap, la Covip, l'Antitrust, l'Autorità delle telecomunicazioni, l'Autorità per gli appalti, l'Autorità per l'energia, l'Autorità garante dei dati personali, solo per citarne alcune), e che sono venute ad assumere un ruolo sempre più importante con poteri sempre più incisivi, rispetto all'autonomia negoziale dei privati, sia attraverso la predisposizione ed applicazione di regolamenti, sia mediante la ricerca di soluzioni concordate tra gli operatori<sup>21</sup>. L'intervento di tali soggetti incide anche sul piano della soluzione dei conflitti: vi sono infatti molteplici direttive che impongono agli Stati membri di allestire organismi deputati alla risoluzione stragiudiziale delle controversie, le quali senza privare la parte dell'accesso alla giustizia togata, delineano un *favor* per una composizione extragiudiziale dei conflitti che, sulla base dei principi di indipendenza, imparzialità, competenza, semplicità procedimentale ed efficienza, sia in grado di assicurare agli utenti del servizio l'opportunità di accertare la fondatezza dei diritti vantati con forme semplificate e in tempi più rapidi di quelli impiegati dalla giustizia ordinaria.

I fenomeni sopra sommariamente descritti portano a ritenere che si è passati da una concezione del contratto d'impresa come atto di autonomia, volto a realizzare esclusivamente gli interessi dei contraenti, ad un'altra in cui il contratto, e prima ancora la stessa contrattazione d'impresa, sono intesi come luogo in cui convergono, non solo gli interessi delle parti, ma anche quelli della collettività; ciò in quanto l'atto di autonomia non si inserisce solo nell'attività dell'impresa, ma nel mercato, dove le imprese e

---

<sup>21</sup> Sul punto si rinvia a GITTI G. - DELFINI F., cit., 490 e ss.

la loro iniziativa entrano in contatto con le esigenze della comunità. L'attività contrattuale dell'impresa deve quindi operare in modo da conciliare gli interessi delle parti con gli interessi della generalità dei consociati, nel rispetto del principio di utilità sociale di cui all'art. 41 della Costituzione.

### **3. LA BUONA FEDE NELLA CONTRATTAZIONE DI IMPRESA.**

#### **3.1. I PRINCIPI DI BUONA FEDE E DI EQUITÀ E L'INTERVENTO DEL GIUDICE.**

È principio ampiamente comprovato quello che, nella esplicitazione del potere di autonomia contrattuale loro riconosciuto dall'ordinamento, le parti sono libere di esprimere la loro volontà, anche laddove a ciò segua una macroscopica sproporzione tra le prestazioni<sup>22</sup>; gli unici limiti posti all'autonomia privata derivano dalle norme che in vario modo contengono o escludono la forza vincolante del contratto in presenza di determinate situazioni tipiche.

L'evoluzione del pensiero giuridico e dell'assetto normativo che si è prodotto in questi ultimi anni, ha indotto taluno<sup>23</sup> a confutare l'assunto dell'irrilevanza dell'ingiustizia contrattuale al di fuori delle ipotesi tassativamente previste e a ritenere che possa esistere nel nostro ordinamento giuridico un principio generale

---

<sup>22</sup> GALLO P., *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, 256: «nulla impedisce alle parti di concludere un contratto, ancorché squilibrato da un punto di vista economico, salva la prova di un qualche elemento viziante del consenso». ROLLI R., *Le attuali prospettive di «oggettivazione dello scambio»: verso la rilevanza della «congruità dello scambio contrattuale»?*, cit., 2001, 618. Sull'argomento si rimanda anche BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, cit., LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali. Corso di diritto civile*, cit. e UDA G. M., *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004.

<sup>23</sup> RICCIO A., *La clausola generale di buona fede, dunque un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1999, 21.

che permetta la sindacabilità giurisdizionale dell'equilibrio economico-normativo del contratto.

Valorizzando il disposto dell'art. 2 della Costituzione in correlazione con i criteri di correttezza e buona fede, che devono investire la formazione, l'interpretazione e l'esecuzione del contratto, si è reputato che i contratti, o le singole clausole, che denotano uno squilibrio contrattuale debbano essere in qualche modo censurati, attraverso il riconoscimento della loro invalidità, o quanto meno, di un danno nei confronti del contraente "debole". Attraverso la correlazione del principio codicistico di buona fede con il principio costituzionale di solidarietà sociale, anche la giurisprudenza<sup>24</sup> ha dato rilievo alla buona fede non solo come criterio di valutazione della condotta delle parti e di integrazione del programma contrattuale, ma anche come ruolo antagonistico rispetto alle determinazioni convenute pattiziamente.

La lettura della Carta Costituzionale, indubbiamente, permette ai principi di correttezza e buona fede di uscire dai limiti angusti in cui erano stati precedentemente relegati<sup>25</sup>, poiché, attraverso essa, viene assodato, in primo luogo, che entrambi i concetti vanno considerati come clausole generali e, in secondo luogo, che la loro applicazione presuppone il vaglio comparativo di interessi contrapposti. La posizione dei soggetti del rapporto obbligatorio non può, quindi, prescindere da una completa valutazione dell'economia dell'affare, compresa quindi la posizione dell'altra parte. Il principio costituzionale di solidarietà, di cui la buona fede è specificazione, si pone, in altri termini, sia come un valore alla stregua del quale l'intero sistema dei rapporti patrimoniali deve

---

<sup>24</sup> La Corte di Cassazione ha espresso in ripetute occasioni tale pensiero, in particolare nella sentenza, a sezioni unite, del 15 novembre 2007, n. 23726, ove viene sottolineata «l'intervenuta costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.», in *Giust. civ.*, 2008, I, 641.

<sup>25</sup> Per una analisi dell'evoluzione storica del principio di buona fede si rinvia a CORRADINI D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, 87 e ss. e STOLFI G., *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1964, 163.

essere governato dalla lealtà dei soggetti interessati, sia come una regola di chiusura in quanto garantisce, da un lato, la realizzazione completa dell'operazione economica perseguita dalle parti e, dall'altro, l'allineamento del regolamento contrattuale alle finalità d'ordine sociale perseguite dall'ordinamento.

È condivisibile, pertanto, l'opinione di chi afferma che la correttezza e la buona fede, alla luce della lettura imposta dal principio di solidarietà costituzionale, fungono da criterio di integrazione del contratto al fine di imporre a ciascuna delle parti il dovere di agire al fine di preservare gli interessi dell'altra, nei limiti di un apprezzabile sacrificio, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi derivanti dalla legge o dal contratto<sup>26</sup>.

La natura integrativa della buona fede permette, infatti, di intervenire dove la legge e il regolamento contrattuale non si rivelano strumenti idonei a superare gli ostacoli che impediscono la buona riuscita dell'operazione nata dal contratto; la duttilità del principio permette, inoltre, di considerare diversamente il comportamento tenuto a seconda dei protagonisti del rapporto e delle circostanze oggettive connaturate al rapporto privatistico.

Contro tale interpretazione, soprattutto nel passato, si è da più parti sottolineato che l'impiego di clausole generali può sfociare nella creazione di norme, le quali possono minare la certezza del diritto. Il giudice potrebbe utilizzare le clausole generali per riequilibrare rapporti che potrebbero risultare alterati sinallagmaticamente, analizzando la ripartizione del rischio contrattuale alla luce delle posizioni delle parti e dal punto di vista dell'equilibrio oggettivo. I *dicta* giurisprudenziali<sup>27</sup> che configurano una buona

---

<sup>26</sup> BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 209.

<sup>27</sup> Come ad es. Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Giust. civ.* 1990, I, 126; Cass. civ., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Giust. civ.* 1999, I, 3385 con nota di SEBASTIO, che prevede che la clausola del contratto di leasing che fa gravare sull'utilizzatore il rischio della mancata consegna viola il principio dell'esecuzione del contratto secondo buona fede e, pertanto, si deve ritenere invalida. Si veda anche Pret. Salerno, 23 febbraio 1993, in *Dir. giur.*, 1993, p. 261: «È qualificabile quale contratto atipico, cioè quale tipo di contratto la cui causa non rientra in quelle dei tipi di contratto, espressa-

fede non solidale ma antagonista all'autonomia privata ed al programma stabilito dai contraenti, rischiano di tramutare il principio di buona fede da fonte integrativa del regolamento contrattuale a criterio di controllo della validità delle pattuizioni private, introducendo velatamente la possibilità che la buona fede divenga anche criterio di introduzione di regole sostitutive di quelle enunciate nel contratto.

Bisogna, però, tenere conto del fatto che questa propensione giurisprudenziale verso l'equilibrio contrattuale è influenzata dalle innovazioni legislative, direttamente o indirettamente di origine comunitaria<sup>28</sup>, dalle quali si evince un indirizzo generale di tutela che investe tutti i contratti, ma quelli di impresa in particolare, che

---

mente regolamentati dal nostro ordinamento, il contratto di fornitura a domicilio di attività didattica. Pertanto, tale contratto deve essere valutato, con riferimento alla meritevolezza dell'interesse perseguito in concreto; meritevolezza che deve escludersi, in presenza di una situazione di abuso o di approfittamento a danno del contraente c.d. debole, cioè il soggetto il cui status personale non consente, relativamente al caso concreto, di operare significativamente sul contenuto contrattuale, quand'anche presentato indispensabile ovvero vantaggioso, al fine di superare la condizione di inferiorità in cui il soggetto si trova».

<sup>28</sup> Non si possono poi dimenticare i principi Unidroit ed il corpo di norme in materia contrattuale elaborato dalla Commissione Lando, testi normativi che esplicitano ancor di più il ruolo della buona fede e della correttezza quale criterio di risoluzione delle controversie e di adattamento delle stipulazioni negoziali. I principi Unidroit, in ambito internazionale, e i principi espressi dalla Commissione Lando, in ambito comunitario, raccogliendo l'insieme un'insieme di regole tratte dalla prassi, accolgono il rimedio dell'annullabilità del contratto o delle singole clausole che diano luogo a profitti o vantaggi ingiusti, imponendo, attraverso l'intervento correttivo del giudice, alla parte che risulta avvantaggiata un regolamento contrattuale che non aveva voluto. VOLPE F., *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto del contratto (gross disparity)*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 87.

possono essere stipulati in situazioni di asimmetria di potere negoziale<sup>29</sup>.

Le tendenze evolutive, più volte richiamate, apportate dal legislatore in questi ultimi vent'anni sembrano addirittura accreditare un sindacato del giudice sull'equilibrio contrattuale stabilito dalle parti, avente come punto di riferimento la clausola generale di buona fede capace di portare ad un risarcimento del danno subito o, secondo interpretazioni più eversive, di produrre l'invalidità totale o parziale del contratto<sup>30</sup> ovvero alla modificazione delle disposizioni pattizie<sup>31</sup>.

D'altro canto va sottolineato che, nonostante sia accresciuta l'attenzione del legislatore nazionale e comunitario alla tutela del contraente debole, la maggior parte della dottrina e della giurisprudenza continua a ritenere che la buona fede, pur avendo valore di clausola generale, non si presta ad essere idonea per sottoporre al sindacato giudiziale le scelte poste in essere

---

<sup>29</sup> GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contratto e impresa*, I, 1997, 417; GALGANO F., *La categoria del contratto alla soglie del terzo millennio*, cit., 924; ROLLI R., cit., 614.

<sup>30</sup> Invero, dottrina minoritaria già da tempo ha posto il problema se il giudice possa comminare la nullità di una clausola o dell'intero contratto ogniqualvolta la singola operazione economica appaia contraria al principio di equità, alla luce delle circostanze concrete.. Cfr. GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 774: «Anche il collegamento dell'equità [...] al divieto di abusare del proprio diritto nel campo delle obbligazioni potrebbe dare una risposta più puntuale in termini di nullità quando la regola privata sia esclusivo frutto di intento emulativo o di approfittamento conseguente ad una posizione di supremazia».

<sup>31</sup> La Corte costituzionale tedesca, con la nota sentenza del 19 ottobre 1993, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 197, con nota di BARENGHI, si è espressa per la censurabilità, alla stregua della buona fede contrattuale, del contratto concluso a condizioni eccessivamente onerose per la parte debole. La sentenza, sia in Germania che in Italia, fece scalpore sia perché l'atto di autonomia privata era reso suscettibile di sindacato da parte del giudice al di là delle ipotesi tassativamente previste, sia perché la sanzione per la violazione della buona fede contrattuale era individuata nella nullità invece che nella generica obbligazione di risarcire il danno cagionato.

dall'autonomia contrattuale<sup>32</sup>. Ciò dipende dal fatto che l'art. 1374 del codice civile, che prevede la buona fede integrativa, è ancora – giustamente? – visto come una regola atta a colmare una lacuna nascente dal contratto o dalla legge, ma non in grado di stravolgere un programma contrattuale ritenuto iniquo in quanto contrario alla buona fede e alla correttezza. La buona fede integrativa, si ammette<sup>33</sup>, può al massimo consentire al giudice di imporre alle parti delle modifiche al contenuto negoziale o al loro comportamento solo nei limiti dei caratteri accessori del contratto e al solo fine di adattare il contenuto del contratto stesso agli interessi perseguiti dalle parti fin dall'inizio.

In dottrina si posto, anche, il problema del rapporto tra autonomia contrattuale ed equità, concetto, quest'ultimo, presente in diverse norme codicistiche, con significati non del tutto coincidenti<sup>34</sup>. L'equità cui fa riferimento il codice civile, sia essa prodotta dall'iniziativa delle parti, o, invece, risultato dell'attività discrezionale del giudice, può essere intesa come sinonimo sia di equilibrio contrattuale economico (riguardante, cioè, il rapporto di valore tra i vantaggi patrimoniali), sia di equilibrio giuridico (ri-

---

<sup>32</sup> GALLO P., *op. cit.*, 262; GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e mala-fede del contraente forte*, cit., 422; v. Cass. civ., 26 marzo, 1996, n. 2635, in *Giur. it.*, 1997, I, 476: «L'errore sul prezzo della prestazione, pattuito dai contraenti, può dare luogo all'azione di rescissione per lesione, ma non costituisce errore essenziale, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1428 cod. civ., e non è causa di annullabilità del contratto, qualunque sia l'entità della sproporzione tra le reciproche prestazioni, salvo che non si traduca in un errore su di una qualità essenziale della cosa».

<sup>33</sup> NANNI L., *La clausola generale di buona fede*, in *Clausole e principi generali sull'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, 333.

<sup>34</sup> Talvolta, infatti, esso indica un carattere del regolamento contrattuale (artt. 1450 e 1467, comma 3, c.c.), talaltra, l'attività valutativa discrezionale del giudice, diretta alla specificazione della regola legale (art. 1374 c.c.), senza chiarire, però, quali siano i criteri cui il giudice deve uniformare la propria attività. Sul punto FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1999, 83 e ss.

guardante la proporzione tra diritti e doveri<sup>35</sup>). Secondo un Autore, «in ogni caso, il diritto all'equità dei rapporti contrattuali individua una pretesa ad una valutazione che superi la mera legalità quando essa sembri espellere dal proprio seno la giustizia»<sup>36</sup>.

Posto, quindi, che nel codice civile il termine “equità” indica sia l'equilibrio contrattuale, sia l'attività giudiziale discrezionale chiamata a realizzarlo, ne deriva una discussione circa l'equità del contratto che attiene all'interrogativo sul se, come e in che limiti è garantito un equilibrio del contenuto contrattuale<sup>37</sup>; cioè se sia prospettabile un generale principio di equità o equilibrio contrattuale, soprattutto nella contrattazione di impresa che spesso richiama il principio a tutela del “contraente debole”.

Alla luce quanto esposto, tuttavia, si può meglio comprendere la necessità, sentita da più parti, di generalizzare i criteri di controllo di validità dei contratti, così come sanciti dalle diverse normative speciali, attraverso lo strumento della conformità a buona fede del contenuto negoziale.

Per poter meglio comprendere i termini della questione in relazione alla contrattazione di impresa appare necessario ripercorrere brevemente le linee evolutive del pensiero della dottrina e della giurisprudenza intorno ai concetti di buona fede, di equità e di e-

---

<sup>35</sup> Fanno riferimento all'equilibrio economico gli artt. 1384, 1450, 1467, 1474, 1657, 1709, 1733, 1736, 1755, 2225, 2233 cod. civ che richiamano l'equità; mentre si intende equilibrio in senso giuridico il richiamo all'equità contenuto negli artt. 1349, 1371, 1374 cod. civ.

<sup>36</sup> VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., 29; secondo l'Autore quanto all'equità «il suo significato può identificarsi con un principio etico, con un “criterio logico contrapposto al giudizio di diritto”, con la valorizzazione di circostanze soggettive o oggettive che non avrebbero altrimenti rilievo nella valutazione del contratto».

<sup>37</sup> RUSSO D., *op. cit.*, 19 e ss.: p. 19: «Se però il risultato equo, cioè equilibrato, è quello che realizza il contemperamento degli interessi delle parti, il giudizio che ad esso risultato conduce, per definirsi “d'equità”, non può punto prescindere dalla valutazione della concreta situazione in cui il contratto si inserisce e dai concreti interessi che hanno mosso i privati posto che il contratto è atto di autoregolamentazione di privati interessi».

quilibrio contrattuale facendo riferimento sia ai principi codicistici che a quelli contenuti nella legislazione speciale.

### **3.2. IL PROBLEMA DELL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE: EQUILIBRIO NORMATIVO ED ECONOMICO. LA GIUSTIZIA CONTRATTUALE.**

Occorre preliminarmente chiarire la nozione di equilibrio in materia contrattuale<sup>38</sup>. Da un lato, l'equilibrio può riferirsi tanto al profilo normativo del contratto, inteso come sintesi delle posizioni normative dei contraenti, come assetto contrattuale attributivo di diritti, obbligazioni, oneri, responsabilità e rischi, quanto al profilo economico, che invece riguarda più specificamente il valore economico delle prestazioni oggetto di scambio, considerate non in se stesse, ma nel complesso dell'operazione economica cui accedono; dall'altro lato, l'equilibrio contrattuale può essere inteso sia in senso oggettivo che soggettivo. L'equilibrio contrattuale, infatti, può essere riferito, oltre che agli elementi oggettivi del contratto (regole e prestazioni), anche alle persone dei contraenti, ed è questo l'aspetto che qui più interessa, poiché la contrattazione di impresa presenta quasi sempre, come suoi protagonisti, un contraente "forte" e uno "debole"<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Sull'argomento, v. Di Majo A., *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, cit., 1 e ss.; BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006; ID., *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 631; LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali. Corso di diritto civile*, Padova, 2003; ROLLI R., *Le attuali prospettive di «oggettivazione dello scambio»: verso la rilevanza della «congruità dello scambio contrattuale»?», in *Contratto e impresa*, 2001, 618.*

<sup>39</sup> Nella sua configurazione oggettiva, l'equilibrio nel contratto indica equivalenza tra le rispettive prestazioni individuate nel complesso del rapporto negoziale; il contratto considerato in questo senso, rappresenta perciò il mezzo che consente l'ingresso nel patrimonio di ciascuna delle parti contraenti di utilità pratiche, beni giuridici scambiati di uguale o simile valore.

La tematica dell'equilibrio contrattuale, inoltre, è strettamente collegata con il concetto di giustizia<sup>40</sup>. È da chiedersi se il concetto di equilibrio contrattuale – tanto soggettivo, quanto oggettivo – che tende a preservare un assetto di rapporti equi fra le parti contrattuali coincida o meno con la nozione di “giustizia contrattuale”<sup>41</sup>. Il termine “giustizia contrattuale” sfugge infatti ad una pre-

---

Nella sua configurazione soggettiva l'equilibrio si correla invece alla volontà contrattuale come punto di mediazione del rapporto di forza tra i contraenti, i quali sono liberi di stabilire il valore delle singole prestazioni, che restano pur sempre corrispettive, non essendo la congruità economica presupposto di liceità del contratto. Nella prima nozione, riferita essenzialmente all'equilibrio fra le prestazioni, si esalta il momento c.d. funzionale del contratto, rappresentato soprattutto come mezzo di scambio, considerandolo in maniera preminente nella fase della sua esecuzione, anziché in quella della sua formazione; nella seconda nozione, invece, si mette in luce la fase genetica del contratto, e perciò il momento volontaristico, rappresentando l'equilibrio tra le prestazioni come elemento rimesso all'esclusiva volontà delle parti contraenti, libere di apprezzarne il contenuto, sottratto perciò, tranne che in casi tipici e tassativi.

<sup>40</sup> Sulla nozione di giustizia contrattuale v. MARINI G., *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 257 ss.; VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 21 e ss.. Si è già accennato, nel primo capitolo, che, in chiave storica, il problema della giustizia contrattuale è stato sempre collegato alla necessità che lo scambio fosse caratterizzato da un “giusto prezzo”, con la conseguente necessità di dover determinare, nel modo più preciso possibile, cosa si dovesse intendere per prezzo giusto e quale potesse essere il valore oggettivo dei beni. Sulla evoluzione dei principi di giustizia in materia contrattuale, v. LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., 47 e ss.

<sup>41</sup> Perplessità sul punto sono manifestate da DI MAJO A., *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, cit., 1, secondo cui «non è neanche del tutto pacifico se la nozione di “equilibrio contrattuale” debba e/o possa o meno coincidere con quella della “giustizia contrattuale”. In senso negativo possono portarsi argomenti secondo cui la nozione di “equilibrio” si muove e si colloca nell'ottica dello “scambio” (di merci e/o di prestazioni) mentre la nozione di “giustizia contrattuale” vola più alto. Ha riguardo ad esiti o risultati dall'assetto contrattuale che siano conformi ai parametri oggettivi della “giustizia”, ove per “giustizia” si intendono esiti conformi ai

cisa identificazione, in quanto essa può operare: come criterio guida dell'esegesi del contratto demandata al giudice; come elemento che entra nel contratto, o perché incide sull'oggetto dello scambio, o perché interferisce sulla volontà dei contraenti; come parametro di controllo esterno, desunto o da valori etici di solidarietà e giustizia intesi come fattori di temperamento nella contrapposizione fra vincolo contrattuale e salvaguardia di interessi indeclinabili.

Nonostante il concetto di "giustizia contrattuale" sia sfuggente, essa è sintomo della sempre più crescente attenzione<sup>42</sup> rivolta al problema del contratto "giusto" (o equo) che a sua volta ha portato a sottoporre a critica l'impostazione di stampo liberale che eguaglia autonomia contrattuale e giustizia e a spostare l'attenzione dal piano della volontà e dell'autonomia del volere al piano della giustizia del contratto. Il problema, quindi, non è più solo la libertà contrattuale, ma anche la giustizia contrattuale; secondo un Autore si deve diffidare dell'autonomia, la quale da sola non è in grado di assicurare un'effettiva giustizia contrattuale, e si deve fare appello ad interventi eteronomi e all'introduzione di

---

dettami della morale sociale, il che coinvolge un giudizio etico, non già solo mercantile».

<sup>42</sup> BIANCA C. M., *Diritto civile, vol. 3, Il contratto*, cit., 32 e 36; SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, cit., 3 e ss.; ROPPO V., *Il contratto*, cit., e 928 ss.; SCHLESINGER P., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, cit., 231; BARCELONA M., *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in Mazzamuto S. (a cura di), *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 305; MARINI G., *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, cit., 257 e ss.; GRISI G., *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, cit., 180 e ss.; SOMMA A., *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, cit., 405 e ss.; COSTANZA M., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, cit., 1987, 423; GALGANO F., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratto e Impresa*, 2000, 918.

meccanismi idonei a superare la disparità di potere contrattuale fra le parti<sup>43</sup>.

Alla luce di tali riflessioni, il significato che appare implicato dall'uso della formula "giustizia contrattuale", sembra esprimere una contrapposizione o, quantomeno, una tensione, tra vincolo contrattuale e giustizia, tra osservanza del contenuto delle pattuizioni e salvaguardia di interessi che sono da esse pregiudicati e che appare, invece, giusto proteggere.

Pertanto, il frequente richiamo alla giustizia contrattuale, necessita che sia verificata l'esistenza, nel nostro ordinamento giuridico, di un principio generale di giustizia contrattuale, sul quale fondare un controllo circa la conformità del contratto ad un modello ideale e un conseguente adeguamento giudiziale delle condizioni convenute dalle parti. Occorre, inoltre, stabilire se nel presunto principio di giustizia o equilibrio contrattuale debba essere considerato solo l'equilibrio economico-normativo di per se stesso, ovvero in rapporto alle circostanze in cui si è svolta la contrattazione, alle condizioni delle parti, e alla loro condotta nella fase precontrattuale. Se da un lato, infatti, il contratto giusto è con buona probabilità un contratto equilibrato sotto il profilo economico e/o normativo, dall'altro un contratto squilibrato può essere un contratto ingiusto, ma può anche essere giustificabile in concreto.

Il parametro di riferimento del sindacato di giustizia contrattuale sembra doversi rinvenire nel mercato, quale luogo in cui si incontrano domanda ed offerta e si scambiano beni e servizi<sup>44</sup>, in

---

<sup>43</sup> Di Majo A., *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, cit., 2, secondo cui la giustizia contrattuale è «un valore aggiunto ossia un *plus* valore normativo rispetto al valore espresso dall'autonomia contrattuale. Per assicurare la "giustizia contrattuale" più non si confida nell'autonomia delle parti contraenti, si invocano invece interventi eteronomi (norme di legge, controlli amm.vi o giudiziali)».

<sup>44</sup> Cfr. BARCELLONA M., *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, cit., 306, secondo cui «è il mercato che fa da metro allo squilibrio, e, perciò anche alla "giustizia", alla "morale" che vengono chiaramente a fondarne la repressione»; ROPPO V., *Il contratto*, cit., p. 903; SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, cit., 26 secondo cui «l'equità del contratto è la sua

quanto l'insieme dei valori e delle regole che assicurano il suo corretto funzionamento, possono essere indici utili per apportare i correttivi dovuti. Inoltre, questo parametro deve tenere conto, da un lato, dei possibili limiti apponibili all'autonomia contrattuale, e, dall'altro, dell'esigenza di salvaguardare i valori della stabilità nel tempo degli effetti delle operazioni economiche e della prevedibilità degli esiti dei giudizi<sup>45</sup>. Infatti, la possibilità di attivare un sindacato giudiziario sul contenuto del contratto – specie se fondato sull'ingiustizia intrinseca dell'equilibrio contrattuale, non subordinato alla ricorrenza di definite circostanze – consentirebbe al contraente pentito, che volesse sottrarsi alla efficacia vincolante del contratto, di limitarsi ad affermarne l'ingiustizia, senza speci-

---

aderenza al mercato, la giustizia contrattuale è la sua adeguatezza al mercato, le prestazioni sono proporzionate se la loro misura riflette il mercato». Invero, non poche perplessità sono state manifestate da altra parte della dottrina sull'attendibilità del mercato quale parametro valutativo, attesa la molteplicità di fattori che possono alterarne il corretto funzionamento, JANNARELLI P., *La disciplina dell'atto e dell'attività in contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in LIPARI N. (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, 498 ss., il quale osserva che «nel mondo reale sono molteplici gli ostacoli che si frappongono alla costante conservazione degli elementi di struttura del mercato concorrenziale e che possono condurre, in assenza di contromisure, al c.d. “fallimento del mercato”». Del resto, gli stessi Autori che individuano nel mercato il parametro per valutare la giustizia del contratto, prendono atto della precarietà che può presentare una tale valutazione qualora il mercato stesso non funzioni correttamente, SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, cit., 25, dove si osserva che accanto al mercato dotato di più ampia generalità esistono mercati sussidiari, cui accede un numero limitato di contraenti, e qui è naturale che i valori si alterino dato che si altera il rapporto fra domanda e offerta; perché non sempre il contratto è basato sul puro calcolo economico».

<sup>45</sup> Sul punto v, SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, cit., 25: «Un legislatore che si impegnasse con troppo entusiasmo nella lotta per la giustizia dovrebbe offrire al contraente pentito l'impugnativa intitolata al vizio dell'ingiustizia, e ciò creerebbe un clima di incertezza incompatibile con una delle funzioni primarie del contratto, che è quella di offrire alle parti, impegnate nella programmazione della loro attività, l'appoggio che possono garantire rapporti giuridicamente certi e indiscutibili».

fici oneri di prova in ordine a circostanze o condotte inerenti a definite fattispecie<sup>46</sup>.

Le osservazioni formulate testimoniano la delicatezza e la complessità del problema dell'equilibrio contrattuale, imponendo una individuazione dei rimedi contro i contratti sperequati che siano in grado, da un lato, di contrastare le cause degli squilibri e, dall'altro, di salvaguardare l'esigenza di certezza e stabilità dei rapporti, su cui si fonda la disciplina dei contratti.

Si impone, pertanto, una ricerca nel contesto normativo, per verificare l'esistenza di un fondamento positivo che legittimi un sindacato giudiziale sulle convenzioni private.

### **3.3. IL FONDAMENTO POSITIVO DELLA GIUSTIZIA CONTRATTUALE.**

Occorre, a questo punto, indagare se l'ordinamento giuridico tuteli in modo assoluto ed incondizionato l'assetto di interessi predisposto dalle parti, o se, al contrario, preveda degli istituti o rimedi atti a garantire un rapporto di proporzionalità o di equilibrio tra le prestazioni a prescindere dal volere privato, ed eventualmente anche in contrasto con esso. Si osserva in dottrina, che l'intera disciplina dei rapporti economici nel codice civile del '42 è caratterizzata da un non rilevante interesse del legislatore rispetto al problema di garantire la proporzione fra le prestazioni, in quanto ai sensi dell'art 1325 cod. civ., il contratto deve avere una causa lecita ma non necessariamente una causa adeguata<sup>47</sup>. La ricerca di norme dalle quali sia possibile ricavare un possibile sindacato sull'equilibrio contrattuale deve necessariamente svolgersi

---

<sup>46</sup> Appare evidente come questa sorta di generale causa di pentimento si ponga in forte tensione con il dettato dell'art. 1372, comma 1, c.c., in virtù del quale il contratto "ha forza di legge tra le parti" e "non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge". L'esigenza di preservare la certezza dei rapporti giuridici e la sicurezza degli scambi è evidenziata da GATTI S., *op. cit.*, 454.

<sup>47</sup> LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., 47.

in due filoni, prendendo in considerazione prima le norme del codice civile e poi quelle della legislazione speciale.

a) Il codice civile.

Si è già avuto modo di prendere sommariamente in esame le norme dettate dal codice civile in tema di rescissione e di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta; norme che, per il loro carattere generale, non possono non riflettere le scelte di fondo inerenti alla portata ed ai limiti dell'autonomia privata. Si vogliono aggiungere qui solo poche altre osservazioni.

Da una prima lettura dell'art. 1448 cod. civ., in tema di rescissione, emerge il riferimento esplicito ad uno squilibrio originario tra le prestazioni. Da ciò si potrebbe dedurre l'esistenza di un principio di equità, cioè di equilibrio sinallagmatico di tipo oggettivo, la cui violazione sarebbe sanzionata con la rescissione, salvo che l'equità si realizzi attraverso l'offerta di modificazione da parte del contraente contro cui è proposta. Tuttavia, a ben vedere, sia nell'ipotesi di contratto concluso in stato di pericolo (art. 1447 cod. civ.) che in quella di contratto concluso in stato di bisogno (art. 1448 cod. civ.), si richiede, oltre allo squilibrio ("condizioni inique" nel primo caso e lesione "*ultra dimidium*" nel secondo), la ricorrenza di determinate circostanze o condotte inerenti alla fase di formazione del contratto<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Tra i suddetti elementi non v'è rapporto di alternatività, né di subordinazione, priorità o precedenza, essendo, invece, necessaria la loro simultanea ricorrenza nel caso concreto. Ciò è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza: cfr. Cass. 1 marzo 1995, n. 2347 e Cass. 5 settembre 1991, n. 9374; Cass., 9 dicembre 1982, n. 6723, in *Foro it. Mass.*, 1982; Cass., 6 novembre 1978, n. 5040, in *Foro it. Mass.*, 1978; Cass., 26 aprile 1978, n. 1947, in *Foro it. Mass.*, 1978; Cass., 5 settembre 1991, n. 9374, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 861, secondo cui «L'azione generale di rescissione per lesione prevista dall'art. 1448 c.c., richiede la simultanea ricorrenza di tre requisiti e cioè l'eccedenza di oltre la metà della prestazione rispetto alla controprestazione, l'esistenza di uno stato di bisogno, inteso non come assoluta indigenza ma come una situazione di difficoltà economica che incide sulla libera determinazione a contrattare e funzioni cioè come motivo della accettazione della sproporzione fra le prestazioni da parte del contraente danneggiato ed, infine, l'avere il contraente avvantaggiato tratto profitto dall'altrui stato di bisogno del quale era consapevole. Fra i tre elementi predetti non intercede alcun rapporto di subordinazione od alcun ordine di priorità o precedenza, per cui riscontrata la mancanza o la mancata dimostrazione

La richiesta di un *quid pluris* rispetto al semplice squilibrio tra le prestazioni conduce ad affermare che l'istituto rescissorio non sanziona l'iniquità contrattuale in sé e, pertanto, non pone alcun limite all'autonomia privata, al cui servizio, invece, è posto<sup>49</sup>. Inoltre, si è osservato che tali prescrizioni non avrebbero alcuna utilità se da altre norme o principi dell'ordinamento si potesse trarre la regola della invalidità o della modificabilità ad opera dal giudice, di contratti che presentano iniquità delle condizioni o sproporzione tra le prestazioni, pur in mancanza di ogni altra circostanza o condotta relativa alla formazione del contratto. Una tale regola, infatti, sarebbe in grado di assorbire e soddisfare ogni esigenza di protezione e di disciplina pertinente alle fattispecie previste dal regime della rescissione<sup>50</sup>.

Da queste considerazioni si desume l'esclusione dal sistema del codice di una regola che tuteli lo squilibrio contrattuale in sé considerato. Conferma di ciò si può ricavare dalla Relazione del Guardasigilli (n. 656), nella quale, pur riconoscendosi che «l'equilibrio tra le prestazioni delle parti o l'equità del vantaggio conseguito da una di esse costituisce l'ideale di una sana circolazione dei beni», si afferma che «una norma generale che avesse

---

dell'esistenza di uno dei tre elementi, diviene superflua l'indagine circa la sussistenza degli altri due e l'azione di rescissione deve essere senz'altro respinta».

<sup>49</sup> LANZILLO R., *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1985, 311, il rimedio della rescissione serve contro i contratti «conclusi a condizioni inique o fortemente sperequate per valore, ma iniquità e sperequazione rilevano solo in quanto siano frutto di particolari situazioni soggettive: stato di pericolo o stato di bisogno di una delle parti, da cui l'altra abbia tratto vantaggio».

<sup>50</sup> COSTANZA M., *Meritevolezza di interessi e equilibrio contrattuale*, cit., 432; ROPPO V., *Il contratto*, cit., 384. Inoltre, la natura, i caratteri e il regime del rimedio lo distinguono da quello della nullità, al quale invece dovrebbero attenere ragionamenti che riconducano il problema dello squilibrio alle nozioni di «interesse meritevole di tutela», di causa, di ordine pubblico, suggerendo che, se per la rescissione occorrono, oltre lo squilibrio, le circostanze e le condotte indicate dagli artt. 1447 e 1448 c.c., non potrebbe dal solo squilibrio discendere il differente, e per certi versi più radicale, rimedio della nullità del contratto, in virtù di un giudizio di non meritevolezza degli interessi, o per mancanza di causa, o per contrarietà all'ordine pubblico. Cfr. MARINI G., *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, cit., 260; CARPINO B., *La rescissione del contratto - Artt. 1447-1457*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000, 2.

autorizzato il riesame del contenuto del contratto per accertare l'equità o la proporzione delle prestazioni in esso dedotte, sarebbe stata, non soltanto esorbitante, ma anche pericolosa per la sicurezza delle contrattazioni; tanto più che avrebbe resa necessaria una valutazione obiettiva delle situazioni contrapposte, là dove spesso, nella determinazione dei vantaggi di ciascuna parte, operano imponderabili apprezzamenti soggettivi, non suscettibili di un controllo adeguato».

Anche l'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, fondata sul rispetto del rapporto sinallagmatico, così come liberamente disegnato dalle parti, rappresenta un rimedio previsto dal legislatore per ripristinare l'equilibrio contrattuale nell'ipotesi un cui si verificano delle "sopravvenienze"<sup>51</sup>. Il fatto che l'onerosità, ossia lo squilibrio tra il valore economico delle prestazioni, oltre che sopravvenuta, deve essere anche "eccessiva", vale a dire tale da rendere il contratto sensibilmente ingiusto per uno dei contraenti in quanto non rientra nell'alea normale del contratto (art. 1467, secondo comma, cod. civ.), sembra dimostrare che l'istituto sia a tutela dell'autonomia privata. Dal carattere straordinario ed imprevedibile degli accadimenti ex art. 1467 cod. civ., si ricava l'irrelevanza per l'ordinamento giuridico dello squilibrio dell'assetto negoziale stabilito dai contraenti, in quanto, se le vicende sopravvenute fossero state previste, o fossero anche soltanto state prevedibili dai contraenti, il rimedio non potrebbe operare. Da questa considerazione consegue che la finalità di tale i-

---

<sup>51</sup> DI MAIO A., *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, cit., 8 ss., il quale osserva che «in pressoché tutti i sistemi giuridici (anche in quello di Common Law) non passano inosservate le sopravvenienze, che sono tali da alterare l'equilibrio contrattuale. In Common Law si ha riguardo alla volontà delle parti. Nella dottrina francese si ricorre all'istituto della "imprevision". Nel nostro codice si è soliti fare riferimento alla risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1467 ss.)». Anche la disciplina dell'art. 1467 cod. civ. si fonda sullo squilibrio fra le prestazioni (la "onerosità"), il quale, però, a differenza delle ipotesi rescissorie, ove è presente ab origine, deve essere successivo rispetto al valore di scambio delle prestazioni originariamente stabilito dai contraenti, e deve essere la conseguenza di accadimenti straordinari e imprevedibili, come tali estranei alla sfera del "voluto" dei contraenti al momento della conclusione del vincolo negoziale. Tuttavia, analogamente a quanto previsto in materia rescissoria, laddove sussistano i presupposti per l'applicabilità del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, il legislatore accorda alla parte contro cui la risoluzione medesima è domandata di evitarla, offrendo di "modificare equamente le condizioni del contratto" (art. 1467, comma 3, cod. civ.).

stituito non è garantire un equilibrio oggettivo tra i valori delle prestazioni, bensì assicurare l'assetto risultante proprio dalle pattuizioni volute dalle parti *ab origine*<sup>52</sup>.

Gli istituti della rescissione e della risoluzione per eccessiva onerosità, quindi, denotano che le parti non sono necessariamente tenute ad elaborare un assetto di interessi in cui le diverse prestazioni abbiano un equivalente valore e che, anche in presenza di prestazioni non equivalenti, il contratto concluso deve essere eseguito, in ossequio al principio decretato dall'art. 1372 del codice civile. A riprova di ciò si può notare che tali istituti hanno un ambito di applicazione limitato a fattispecie tassativamente determinate, in cui qualche fatto abbia influito negativamente sulla formazione o sullo svolgimento del rapporto contrattuale, conferendogli una configurazione patologica che ne consiglia l'eliminazione. Inoltre, la libertà riconosciuta alle parti di estendere l'alea normale del contratto o di trasformarlo in contratto aleatorio è ulteriore indice della inesistenza di un principio di equilibrio imperativo, idoneo ad imporsi alle parti stesse.

In definitiva, poiché gli istituti della rescissione e della risoluzione hanno quale elemento comune l'esistenza di un rapporto giuridico il cui assetto economico sarebbe stato diverso se non influenzato da determinati fatti perturbatori<sup>53</sup>, l'ordinamento giuridico reagisce solo quando si è in presenza di

---

<sup>52</sup> DI MAIO A., *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, cit., 8 e ss. pone l'attenzione sul fatto che «si tratta dunque di preservare il mantenimento dell'equilibrio contrattuale ma nei termini inizialmente convenuti dalle parti». L'A., inoltre, evidenzia come, in presenza di sopravvenienze, i principi di diritto contrattuale europeo vadano «ben oltre». Infatti, «nel caso di “mutamento di circostanze”, ove le parti non raggiungano un accordo per adeguare il contratto, il giudice può modificare il contratto in modo da distribuire tra le parti in maniera giusta ed equa le perdite e i vantaggi derivanti dal mutamento di circostanze (art. 6.111). Si tratta veramente di garantire un equilibrio contrattuale tale da sostituire quello eventualmente manchevole dettato dalle parti. Quasi paradossalmente si può dire che, in occasione del “mutamento di circostanze”, il contratto, in termini di equilibrio, venga ridefinito, se non altro sul piano di una equa distribuzione tra i vantaggi e le perdite».

<sup>53</sup> Sul punto GATTI S., *op. cit.*, 429 e ss., il quale fornisce una soluzione unitaria al problema del fondamento della rescissione e della risoluzione per eccessiva onerosità, individuandolo nella inadeguatezza soggettiva delle prestazioni. Secondo l'Autore «il principio che è alla base delle diverse disposizioni, e che tutte le ispira non ostante le particolarità di atteggiamen-

uno squilibrio patrimoniale delle prestazioni che non è stato voluto dalle parti.

A conclusioni non differenti conduce l'esame di altre norme del codice che ineriscono al profilo economico del regolamento negoziale, attribuendo al giudice, in alcuni casi, un potere determinativo del contenuto contrattuale: gli artt. 1537 e 1538 cod. civ., in tema di rettifica del prezzo nella compravendita a misura e a corpo, e l' art. 1664 cod. civ., in tema di revisione dei prezzi nell'appalto, hanno lo scopo di evitare sperequazioni non espressamente previste e volute. Più precisamente, la disposizione contenuta nell'art. 1664 cod. civ. costituisce una particolare applicazione del più ampio istituto della eccessiva onerosità, riscontrandosi in entrambe le ipotesi il medesimo fondamento giuridico, rappresentato dal turbamento dell'equilibrio di valore tra le prestazioni, verificatosi in modo oggettivo ed imprevedibile nel corso del rapporto contrattuale<sup>54</sup>.

Anche nel caso in cui il codice civile lasci la possibilità al giudice di integrare il contenuto del contratto in modo che esso orientato a realizzare un assetto di interessi equo, si è di fronte a qualcosa di diverso dal concetto di giustizia contrattuale. Le norme<sup>55</sup> che consentono al giudice di intervenire sul contenuto del contratto, a ben vedere, sono disposizioni che, in primo luogo, hanno uno specifico e circoscritto ambito di applicazione e che autorizzano l'intervento determinativo del giudice in via del tutto residuale<sup>56</sup> e, in se-

---

ti, è il principio di soggettiva adeguatezza fra le prestazioni, portato necessario dell'autonomia privata».

<sup>54</sup> Cfr. Cass., 3 novembre 1994, n. 9060, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, fasc. 11 e Cass., 5 febbraio 1987, n. 1123, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, fasc. 2.

<sup>55</sup> Esempi ne sono il corrispettivo della compravendita non determinato dalle parti va individuato con riferimento ai prezzi normalmente praticati dal venditore, od ai prezzi di borsa o di mercato (art. 1474 cod. civ.); il corrispettivo di appalto, mandato, commissione, spedizione, mediazione, lavoro autonomo, lavoro professionale, va determinato, nel silenzio delle parti, con riferimento alle tariffe, od agli usi, oppure va stabilito dal giudice secondo equità (artt. 1657, 1709, 1733, 1736, 1740, comma 1, 1775, secondo comma, 2225, 2233 codice civile). Sulle varie ipotesi normative, v. LANZILLO R., *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, cit., 312 e ss.

<sup>56</sup> In riferimento alle ipotesi normative sopra richiamate, osserva GATTI S., *op. cit.*, 444, che «solamente quando una valutazione dell'adeguatezza ad opera delle parti manchi del tutto si attua un intervento dell'ordinamento giuridico, il quale stabilisce – in via suppletiva – che debba essere costituito

condo luogo, hanno la funzione di attribuire alla prestazione indeterminata un valore adeguato a quello della controprestazione, al fine di evitare l'inefficacia del contratto per indeterminatezza dell'oggetto<sup>57</sup>.

In conclusione, dalle norme finora esaminate si evince che l'ordinamento giuridico non si preoccupa di salvaguardare l'equilibrio oggettivo del contratto, garantendo una proporzione fra i valori delle prestazioni, ma di stabilizzare l'assetto di interessi concordato dalle parti al momento della stipulazione del contratto, rendendo intangibile da modificazioni quanto da loro voluto mediante le reciproche manifestazioni di volontà. Il legislatore del 1942, in sostanza, nell'ottica della piena valorizzazione dell'autonomia privata, ispirata ai principi dell'economia di mercato dell'epoca, ha preferito lasciare libere le parti di determinare il contenuto del contratto e di fissare il rapporto tra le prestazioni in esso dedotte, con la conseguente irrilevanza di eventuali sproporzioni fra i valori delle stesse<sup>58</sup>.

---

un rapporto fra le prestazioni tale da risultare adeguato sulla base dell'oggettiva valutazione dei prezzi di mercato dei beni scambiati».

<sup>57</sup> LANZILLO R., *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, cit., 312, «l'esigenza cui rispondono le norme integrative non è tanto quella di attribuire alla prestazione indeterminata un valore adeguato a quello della controprestazione, quanto piuttosto quella di attribuirle un valore certo, evitando l'inefficacia del contratto. Il prezzo delle merci che il venditore vende abitualmente è quello da lui normalmente praticato (art. 1474 comma 1°), anche se per avventura superiore al prezzo di mercato. Il prezzo di borsa o di listino in vigore al momento della consegna (art. 1474, comma 2°) è richiamato senza eccezione per i casi in cui peculiari circostanze (penuria o rarefazione delle merci, manovre speculative, sovrabbondanza ecc.) alterino il regolare funzionamento del mercato, determinando prezzi difformi da quelli normalmente praticati. Il compenso risultante dalle tariffe professionali o dagli usi è certamente conforme a ciò che normalmente si pratica, ma non è detto che rappresenti sempre il compenso adeguato al valore della prestazione, dal punto di vista di chi la dà o di chi la riceve».

<sup>58</sup> MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, cit., 19, secondo cui «la libertà di contratto è, come dice l'art. 1322, libertà di due o più parti di darsi un regolamento di interessi sul quale si verifica una convergenza della loro volontà. L'autodeterminazione che essa garantisce non va intesa come potere di fatto di influire sul contenuto dell'accordo ottenendo condizioni vantaggiose o almeno oggettivamente equivalenti, bensì come libera decisione di stipulare il contratto a certe condizioni sulle quali la controparte concorda».

Coerentemente con tale scelta, si è altresì limitato il rilievo allo squilibrio giuridico, come si ricava dagli artt. 1341 e 1342 c.c., precedentemente esaminati, volti a tutelare il contraente debole nell'ambito dei rapporti contrattuali di mercato mediante la prescrizione di un semplice onere formale<sup>59</sup>.

b) la legislazione speciale.

A differenza del codice civile, la più recente normativa, specie quella emanata in attuazione di direttive comunitarie, contiene numerose disposizioni in tema di equilibrio contrattuale, prevalentemente inteso in senso giuridico, segno evidente di una crescente attenzione a tale problema.

Di particolare interesse per il tema trattato sono le norme, già più volte richiamate, contenute nel codice del consumo (in particolare quelle relative ai contratti del consumatore in generale, art. 33 e ss.); nella legge 18 giugno 1998, n. 192 sulla "Disciplina della subfornitura nelle attività produttive"; nel decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231 in attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Tali interventi normativi, se, da un lato, continuano ad avere un alto grado di frammentarietà e disorganicità, dall'altro, si presentano coerenti tra di loro in quanto ispirati ai medesimi valori e principi – in particolare la tutela del contraente debole – tanto da imporre anche in questo caso la verifica se, in conseguenza di essi, si sia originata, rispetto al codice civile, una diversa concezione dei principi di equità e buona fede, il cui ruolo permetta di raggiungere un'uguaglianza sostanziale tra le parti<sup>60</sup>.

Volendo ripercorre ancora una volta le norme di tali interventi, in primo luogo, particolare attenzione merita la disciplina contenuta nella Parte III, Titolo I, del codice del consumo, relativa alle clausole vessatorie dei contratti conclusi tra professionisti e consumatori. Secondo il disposto dell'art. 33, primo comma, «si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto»<sup>61</sup>. Dalla formulazio-

---

<sup>59</sup> V. DI MARZIO F., *Intorno alla nozione di «consumatore» nei contratti*, in *Giust. civ.*, 2001, 2151 che evidenzia come storicamente la tutela apprestata da queste norme non abbia dato buona prova di sé e sulle quali si è già trattato nella prima parte di tale capitolo.

<sup>60</sup> DE NOVA G., *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 633.

<sup>61</sup> Sulla disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore ex multis: ALPA G., *L'incidenza della nuova disciplina delle clausole ves-*

ne della norma, si ricava innanzitutto che lo squilibrio rilevante ai fini della disciplina in esame è quello giuridico – in quanto la norma fa riferimento ai diritti e agli obblighi – e non quello economico; ciò è confermato dal successivo art. 34, secondo comma, in virtù del quale «la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile». Lo squilibrio, inoltre, deve essere *significativo*, cioè consistere in una notevole e sostanziale asimmetria dei diritti e degli obblighi facenti capo alle parti.

L'art. 33 cod. cons., riproducendo l'inciso «malgrado la buona fede» contenuto nell'art. 1469-*bis* cod. civ., dà, inoltre, rilevanza alla buona fede oggettiva, nel senso che la clausola si considera vessatoria soltanto se il professionista, nell'imporre il “significativo squilibrio” al consumatore, ab-

---

*satorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 237; ID., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Corr. Giur.*, 1993, 639; BERTOLO G., *Squilibrio normativo e buona fede nei contratti dei consumatori*, in *Giur. comm.*, 2003, II, 475; BIGLIAZZI GERI L., *Commento sub art. 1469-bis, comma 1*, in BIANCA - BUSNELLI (a cura di), *Comm. al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 794; BIN M., *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. Impr. Eur.*, 1996, II, 437; CALVO R., *Il Codice del consumo tra consolidazione di leggi e autonomia privata*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2006, 74; CAMARDI C., *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'autonomia contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 549; CAPOBIANCO E., *La protezione del consumatore tra obiettivi di razionalizzazione normativa e costruzione del sistema nell'esperienza del codice del consumo*, in *Vita not.*, 2008, 1187; CIAN G., *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, 414; DI MARZIO F., *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 681; ID., *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore – Prime riflessioni sulla previsione generale di vessatorietà*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 513; PARDOLESI R., *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 523; PATTI S., *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime considerazioni*, in *Contr. Impr.*, 1993, 71; ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 277.

bia violato il canone della buona fede<sup>62</sup>. L'espressione "malgrado la buona fede" è da intendersi, secondo la dottrina che ha affrontato il problema, e

---

<sup>62</sup> Invero, l'inciso "malgrado la buona fede" ha suscitato non poche difficoltà interpretative; esso, infatti, può essere inteso in varie accezioni. Al riguardo, occorre considerare che il legislatore riproducendo tale espressione nel testo dell'art. 33 cod. cons. ha lasciato, peraltro, irrisolti i dubbi interpretativi dalla stessa generati. Sul punto, v. BERTOLO G., *Squilibrio normativo e buona fede nei contratti dei consumatori*, cit., 475; DE CRISTOFARO G., *Il "codice del consumo": un'occasione perduta?*, in *Studium iuris*, 2005, 1137; ORESTANO A., *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 467; BIGLIAZZI GERI L., *Commento sub art. 1469-bis, comma 1*, in BIANCA - BUSNELLI (a cura di), *Comm. al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 794. Secondo una prima interpretazione, tale inciso andrebbe interpretato nel senso di "nonostante la buona fede", con la conseguenza che la clausola andrebbe qualificata vessatoria in considerazione del suo solo contenuto, a prescindere, o, meglio, benché il professionista, nello svolgimento delle trattative precontrattuali, abbia rispettato il canone di buona fede nei confronti del consumatore; in altre parole, si verrebbe ad determinare un'automatica equazione tra squilibrio giuridico e violazione della buona fede. Secondo un altro orientamento, la espressione "malgrado la buona fede" andrebbe intesa in senso diverso, e cioè "in contrasto con la buona fede", con la conseguente necessità di verificare di volta in volta, ai fini dell'accertamento della vessatorietà della clausola, la contrarietà a buona fede della condotta tenuta dal professionista nella fase precontrattuale. Pertanto, la violazione del principio di buona fede non sussisterebbe in *re ipsa*, e, cioè, nello stesso carattere sperequato della pattuizione, ma costituirebbe un elemento ulteriore, posto in relazione di causa ad effetto rispetto allo squilibrio medesimo. Appare evidente che l'adesione all'una piuttosto che all'altra delle prospettate soluzioni ermeneutiche – entrambe pienamente compatibili con il dato letterale della norma in esame – produce delle rilevanti ricadute in punto di giudizio sulla vessatorietà della clausola. Infatti, alla stregua del primo orientamento, lo squilibrio giuridico rileverebbe in sé e per sé, indipendentemente da un concreto comportamento del professionista contrario al principio di buona fede, con la conseguenza che il semplice contenuto sperequato della clausola implicherebbe la violazione del precetto di buona fede, e, quindi, la inefficacia della clausola stessa. Il secondo orientamento, invece, impone all'operatore del diritto e, in particolar modo al giudice, in presenza di una clausola inserita in un contratto concluso tra professionista e consumatore

alla quale si aderisce, nel senso di in contrasto (o in violazione) della buona fede. Secondo tale interpretazione, al fine di ottenere la pronuncia di inefficacia il consumatore deve provare che la singola clausola impugnata non è stata oggetto di trattativa individuale, che essa realizza un “significativo squilibrio” e, infine, che è risultato di un comportamento scorretto da parte del professionista. Nella contrattazione con i consumatori, quindi, la clausola di buona fede viene ad assumere una nuova e più ampia funzione rispetto a quella ad essa tradizionalmente riconosciuta, ponendosi quale limite all'autonomia privata, operante sin dalla fase di formazione e la cui violazione determina l'inefficacia della clausola dal contenuto fortemente sprequato<sup>63</sup>.

Tuttavia, nell'ambito della disciplina dei contratti del consumatore, lo squilibrio, inteso in senso giuridico, non ha rilevanza, almeno in linea di principio, in sé e per sé, ma soltanto qualora sia frutto di un “abuso” del professionista ai danni del consumatore, cioè quando, il professionista, in relazione alla singola e concreta fattispecie portata all'attenzione del giudice, abbia imposto l'inserimento della clausola impugnata.

Se l'art. 33 cod. cons. disciplina soltanto lo squilibrio normativo, in altre parti del codice si dà tutela al consumatore anche in relazione allo squilibrio economico. Nell'ambito dei servizi turistici il codice del consumo lascia all'operatore turistico la libertà di determinare il prezzo, ma ne limita il potere di revisione in aumento ai soli casi in cui esso sia espressamente pattuito ed in relazione alla variazione di determinati elementi di costo (art. 90, primo comma). Inoltre, la revisione in rialzo non può superare il 10% del prezzo ed, in ogni caso, non è ammessa negli ultimi venti giorni prima della partenza (art. 90, secondo e quarto comma). In caso di variazioni superiori, il consumatore può recedere dal contratto di viaggio (terzo com-

---

che determini un “significativo squilibrio di diritti ed obblighi” tra le parti, la esigenza di appurare se il contenuto vessatorio della clausola sia effettivamente il frutto di una condotta scorretta e sleale del professionista ai danni del consumatore. L'inciso “malgrado buona fede”, riferito al professionista, è attribuito ad un errore nella traduzione del testo comunitario dato che sia nella altre lingue che nel testo originale della direttiva era “a dispetto della buona fede”, in sede dottrina è stato per lo più riferito al concetto di buona fede intesa senso oggettivo.

<sup>63</sup> BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., 17.

ma), senza la prospettiva di alcun diritto a ricevere la prestazione al prezzo iniziale o a condizioni eque<sup>64</sup>.

Come più volte ricordato, l'esigenza di salvaguardare il contraente debole, nei contratti d'impresa, ha comportato che la tutela non fosse solo nei confronti del consumatore, ma anche dell'imprenditore debole nei confronti di altri operatori del mercato dotati di maggiore potere contrattuale. Questa nuova esigenza, finalizzata ad impedire abusi di potere nei rapporti fra imprese, hanno trovato una prima espressione nella legge n. 192/1998 sulla subfornitura nelle attività produttive<sup>65</sup>. Destinatario di tale disciplina è il subfornitore, ossia l'imprenditore che, mediante contratto, «si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi for-

---

<sup>64</sup> Cfr. LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., 248.

<sup>65</sup> Sul contratto di subfornitura AGRIFOGLIO G., *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: la tutela della parte debole e regolazione del mercato*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 253; COLANGELO G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004; CASO R. - PARDOLESI R., *La nuova disciplina di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 712; DELLI PRISCOLI L., *La posizione dominante come presenza di una barriera*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 223; ID., *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con le clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 833; FRIGNANI A., *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192/1998: problemi di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 1999, 189; MARIANI A., *Note in tema di subfornitura nelle attività produttive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 109; MINERVINI E., *Le regole di trasparenza nel contratto di subfornitura*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 227; PALMIERI A., *Abuso di dipendenza economica: dal «caso limite» alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3208; PROSPERI F., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 639.

niti dall'impresa committente» (art. 1, primo comma, L. n. 192/1998)<sup>66</sup>. Il rapporto di subfornitura, inoltre, si caratterizza per una dipendenza tecno-

---

<sup>66</sup> Dalla definizione contenuta nell'art. 1 della L. n. 192/1998 si ricava che i contratti di subfornitura non costituiscono un autonomo tipo contrattuale, bensì un'ampia categoria, caratterizzata da determinati elementi (inerenti, principalmente, alle parti ed alle prestazioni oggetto del contratto), a cui possono corrispondere diversi tipi contrattuali (si pensi alla vendita o all'appalto), con la conseguenza che al contratto di subfornitura si applicheranno sia le norme del tipo di appartenenza, sia quelle dettate dalla L. n. 192/1998, destinata, quest'ultima, a prevalere sulle prime, in caso di incompatibilità, in quanto *lex specialis*. La giurisprudenza di merito ha, ad esempio, ravvisato gli elementi della subfornitura nel contratto con cui un'impresa committente aveva subappaltato lavori di pavimentazione ad altra impresa, la quale, benché specializzata nella realizzazione di pavimentazioni industriali, aveva assunto l'obbligo di realizzare i lavori sulla base del progetto esecutivo fornito dalla committente e con le caratteristiche tecniche specificamente individuate dalla medesima (Tribunale L'Aquila, 13 dicembre 2002, in *Foro it.* 2003, I, c. 1275), nel contratto di concessione di vendita di autoveicoli (Tribunale Roma, 5 novembre 2003, in *Giur. merito*, 2004, p. 457), in quello avente per oggetto la gestione, per conto di una società petrolifera, del servizio di assegnazione dei buoni carburante (Tribunale Roma, 20 maggio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3208 con nota di Palmieri); ovvero, la fornitura di alcune migliaia di metri lineari di "mobili sotto finestra", da realizzare sulla base dei disegni esecutivi predisposti dal committente e da inserire nella catena produttiva di quest'ultimo (Tribunale Udine, 27 aprile 2001, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2677). In dottrina, v. TULLIO A., *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della legge n. 192 del 1998 e alla forma del contratto di subfornitura*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 251 ss.; CASELLI G., *Osservazioni sulla l. 18 giugno 1998 n. 192, in materia di subfornitura con particolare riferimento al suo ambito di applicazione*, in *Contratto e Impresa*, 1998, 1304; DE NOVA G., *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 451.

Da tale definizione, si ricava, inoltre che oggetto di tutela è la posizione di un'impresa debole (subfornitrice) nei confronti di un'impresa forte (committente), segna il superamento della consueta contrapposizione tra professionista e consumatore e, quindi, l'ampliamento della categoria del contraente debole, in precedenza incentrata quasi esclusivamente sulla nozione di consumatore.

logico-organizzativa e, quindi, economica, del subfornitore nei confronti del committente<sup>67</sup>.

Nel ripercorre le norme dettate in tema di subfornitura si è già notato come l'obiettivo di tutela del contraente debole viene perseguito dal legislatore attraverso numerose disposizioni inerenti alla forma del contratto, alla trasparenza dell'operazione, ai termini di pagamento del prezzo al subfornitore, alla nullità di alcune clausole considerate particolarmente onerose per quest'ultimo.

In particolare, l'art. 2 richiede, per il contratto di subfornitura la forma scritta *ad substantiam*, prevedendo, in caso di nullità per mancanza di essa, comunque il diritto del subfornitore al pagamento delle prestazioni già effettuate e al risarcimento delle spese sostenute in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto<sup>68</sup>. Il prezzo, inoltre, deve essere determinato o determinabile in modo chiaro e preciso, così da non ingenerare incertezze

---

<sup>67</sup> La giurisprudenza di merito ha più volte ribadito che per aversi subfornitura industriale, oltre alla prestazione afferente il ciclo produttivo del committente, deve ricorrere anche l'elemento della dipendenza tecnologica del subfornitore verso il committente stesso (cfr. Tribunale Torino, 19 novembre 1999; Tribunale Taranto, 28 settembre 1999; Tribunale Taranto, 13 ottobre 1999, tutte in *Foro it.*, 2000, I, c. 624 con note di Palmieri e Granieri).

Infatti, sia che si tratti di subfornitura di lavorazioni che di subfornitura di beni o servizi, le lavorazioni o forniture del subfornitore sono eseguite in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente. Ciò comporta, inevitabilmente, che l'impresa subfornitrice è organizzata per produrre essenzialmente in funzione di una particolare e specifica impresa committente, il che la rende, appunto, dipendente da quest'ultima ed esposta al rischio di subire prevaricazioni nel rapporto contrattuale. Sul punto, v. DELFINI F., *Dipendenza tecnologica del subfornitore e legge n. 192/1998*, in *Contratti*, 2000, 616 e ss.

<sup>68</sup> Nell'ottica di un trasparente svolgimento del rapporto, inoltre, l'articolo in esame, al quinto comma, impone che nel contratto di subfornitura siano descritti i requisiti specifici del bene o del servizio richiesti dal committente, mediante precise indicazioni che consentano l'individuazione delle caratteristiche costruttive e funzionali, o anche attraverso il richiamo a norme tecniche che, quando non siano di uso comune per il subfornitore o non siano oggetto di norme di legge o regolamentari, debbono essere allegare in copia i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento, nonché il prezzo pattuito quale corrispettivo dei beni o servizi forniti.

nell'interpretazione dell'entità delle reciproche prestazioni e nell'esecuzione del contratto (art. 2, quarto comma). L'art. 3 stabilisce che il contratto deve fissare i termini di pagamento della subfornitura (a decorrere dalla consegna del bene o dalla comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione), nel rispetto dei limiti inderogabilmente individuati dalla disposizione medesima<sup>69</sup> e, in caso di inosservanza, impone al committente il pagamento, in favore del subfornitore, di interessi sulla somma dovuta in misura superiore a quella legale, decorrenti automaticamente, senza necessità di messa in mora<sup>70</sup>. È, inoltre, fatta salva la possibilità di

---

<sup>69</sup> Il comma 2 dell'art. 3 cit. stabilisce che «il prezzo pattuito deve essere corrisposto in un termine che non può eccedere i sessanta giorni dal momento della consegna del bene o della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione. Tuttavia, può essere fissato un diverso termine, non eccedente i novanta giorni, in accordi nazionali per settori e comparti specifici, sottoscritti presso il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato da tutti i soggetti competenti per settore presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro in rappresentanza dei subfornitori e dei committenti. Può altresì essere fissato un diverso termine, in ogni caso non eccedente i novanta giorni, in accordi riferiti al territorio di competenza della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura presso la quale detti accordi sono sottoscritti dalle rappresentanze locali dei medesimi soggetti di cui al secondo periodo».

<sup>70</sup> Secondo l'art. 3, comma 3, l'interesse dovuto dal committente, in caso di mancato rispetto del termine di pagamento, è determinato «in misura pari al saggio d'interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di sette punti percentuali, salva la pattuizione tra le parti di interessi moratori in misura superiore e salva la prova del danno ulteriore. Il saggio di riferimento in vigore il primo giorno lavorativo della Banca centrale europea del semestre in questione si applica per i successivi sei mesi». Gli interessi nascenti da questi criteri di calcolo, comportando un interesse superiore a quello legale, sono definiti interessi “punitivi” da LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., 209.

Infine, qualora il ritardo nel pagamento ecceda di trenta giorni il termine convenuto, il committente incorre in una penale pari al cinque per cento dell'importo in relazione al quale non ha rispettato i termini (la disposizione è stata così modificata dall'art. 10 del d. lgs. n. 231/2002, in tema di ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali, di cui si tratterà in seguito).

pattuire interessi moratori in misura superiore, nonché il diritto al risarcimento del danno ulteriore<sup>71</sup>. La legge n. 192/1998, inoltre, prevede la nullità di alcune clausole, particolarmente vessatorie per il subfornitore come ad esempio: quelle che attribuiscono allo stesso subfornitore la responsabilità per difetti di materiali o attrezzi fornitigli dal committente per l'esecuzione del contratto (art. 5); quelle che conferiscono al committente la facoltà di modificare unilateralmente le clausole del contratto o di recedere senza congruo preavviso (art. 6, primo e secondo comma); quelle con cui il subfornitore disponga, a favore del committente e senza congruo corrispettivo, di diritti di privativa industriale o intellettuale (terzo comma 3).

La parte che più qui interessa è quella in cui la disciplina in esame vieta espressamente l'abuso, da parte di una impresa, dello stato di dipendenza economica nel quale si trovi un'impresa cliente o fornitrice<sup>72</sup>. L'art. 9, primo comma, definisce la dipendenza economica come «la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi», richiamando, quindi, l'analoga espressione utilizzata dal legislatore nella normativa dei contratti del consumatore (art. 33 cod. cons.). In realtà, nella legge sulla subfornitura viene utilizzato l'aggettivo "eccessivo", il quale esprime una soglia di squilibrio che, per quanto elevata, non deve essere necessariamente "significativa", aggettivo invece usato nella normativa sui consumatori. L'utilizzo di due aggettivi diversi sembra comportare che la tutela riservata all'imprenditore "debole" nei rapporti con altri imprenditori, è meno intensa di quella del consumatore<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Tale previsione normativa, secondo ROPPO V., *Il contratto*, cit., p. 926, rappresenta, probabilmente, il «primo caso in cui, al di fuori del fenomeno dei prezzi imposti, la legge detta un imperativo così esplicito di "adeguatezza" o "congruità" del corrispettivo contrattuale, in contrasto col principio che lascia questo elemento nel dominio della libera contrattazione delle parti».

<sup>72</sup> PROSPERI F., *op. cit.*, 639 e ss.

<sup>73</sup> È interessante notare, inoltre, come le singole fattispecie di abuso di dipendenza economica descritte nell'art. 9, comma 1, L. n. 192/1998 presentino forti tratti di analogia con quelle indicate dall'art. 3 L. n. 287/1990, in tema di tutela della concorrenza, poiché anche in quest'ultima normativa viene fatto riferimento, tra le varie condotte di abuso di posizione dominante, la imposizione di "condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose" (art. 3, comma 1, lett. a). Sul punto SPOLIDORO M.S., *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza*

L'art. 9, comma 2, nel descrivere, a titolo esemplificativo<sup>74</sup>, le condotte integranti gli estremi dell'abuso di dipendenza, menziona, oltre al rifiuto di vendere o di comprare, e alla interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto, anche la imposizione di «condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie», tra le quali si potrebbe ricomprendere l'imposizione di prezzi non equi<sup>75</sup>. Tale soluzione necessariamente impone di individuare il meccanismo attraverso cui pervenire alla determinazione del prezzo dovuto al subfornitore, in quanto la nullità dell'intero contratto, comporterebbe un evidente danno per l'impresa subfornitrice, il cui interesse è, evidentemente, quello di conseguire un equo corrispettivo della propria prestazione. In tale prospettiva, si aprono ampi margini per ammettere un intervento del giudice volto ad integrare il contenuto negoziale quanto al corrispettivo dovuto, in sostituzione della pattuizione nulla (art. 9, comma terzo)<sup>76</sup>. In questi casi, infatti, il principio di equità – principale

---

*economica*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, I, 191 ss.; DELLI PRISCOLI L., *op. cit.*, 833 e ss.

<sup>74</sup> Cfr. ROPPO V., *Il contratto*, cit., p. 926 ss.: «Il comportamento di abuso non è definito, ma esemplificato: “può...consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto” (art. 9, co. 2). Queste dovrebbero essere le manifestazioni più gravi e diffuse dell'abuso, ma non le uniche: l'interprete è abilitato a trovarne altre».

<sup>75</sup> In questo senso, v. LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., 250 ss. Concorda con tale interpretazione Russo D., *Sull'equità dei contratti*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile* diretta da Pietro Perlingieri, Napoli, 2001, 86, il quale, in merito al comma 2 dell'art. 9 citato, osserva che «o si ritiene che tale disposto abbia carattere pleonastico, che esprima cioè un significato equivalente a quello del comma 1°, ma sarebbe questa una chiara *interpretatio abrogans*, oppure deve ammettersi che esso abbia un autonomo valore normativo, riferibile per l'appunto allo squilibrio economico, non sussumibile sotto la lettera del comma 1° afferente allo squilibrio dei “diritti e degli obblighi”. Che sia questa l'interpretazione corretta è confermato dall'utilizzo della parola “anche” ciò che lascia intendere come l'ipotesi di abuso ivi sanzionata sia una ulteriore rispetto a quella già precedentemente disciplinata».

<sup>76</sup> Favorevole ad una tale soluzione è LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., 251. Sul punto si richiamano le osservazioni precedentemente svolte in merito alle conseguenze della nullità della clausola vessatoria relativa al prezzo inserita nel contratto concluso tra pro-

fonte di integrazione giudiziale – consentirebbe, in assenza di norme dispositive, di riequilibrare il sinallagma, assumendo, a tal fine, come parametri di riferimento, i valori espressi dal mercato<sup>77</sup>. Siffatto potere di controllo da parte del giudice sulla giustizia contrattuale è, peraltro, suscettibile di vasta applicazione, ove si consideri che l'art. 9 citato, in virtù della sua ampia formulazione, si estende ad ogni contratto fra imprese<sup>78</sup>.

---

fessionista e consumatore. Sul divieto di abuso di dipendenza economica quale deroga al principio di libertà contrattuale e sulla natura eccezionale dei poteri che tale divieto attribuisce al giudice, v. Tribunale di Bari, 2 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3208, con nota di Palmieri e Tribunale di Milano, 14 febbraio 2000, in *Giur. milanese*, 2000, p. 307. In dottrina, v. ALBANESE A., *op. cit.*, 1179 e ss.

<sup>77</sup> Al riguardo, Russo D., *op. cit.*, 93 e ss., precisa che non basterebbe ridurre la sproporzione, eliminandone l'eccessività. Secondo l'Autore, in questi casi, «il vizio [...] non è semplicemente nella eccessività della misura del corrispettivo. Lo squilibrio eccessivo è mero indice rivelatore “legale” e quindi infungibile dell'assenza di libertà del contraente debole di conformare il contenuto contrattuale. Si individua così un'ipotesi normativa di “contratto non negoziabile” da uno dei contraenti, a lui sostanzialmente “imposto” approfittando della posizione di debolezza. E per tali contratti il sistema esprime il principio dell'equità del sinallagma. La “misura consentita”, la cui individuazione è reclamata dalla natura legalmente parziale della nullità, non può allora che coincidere con quella indicata dalla norma dispositiva o con l'equilibrio delle prestazioni determinato alla stregua dei valori di mercato, è [...] come si ricava dal complesso delle norme dispositive che si occupano della determinazione del corrispettivo in assenza di pattuizione. Il sistema di diritto privato ci dice insomma che il prezzo giusto è il prezzo liberamente convenuto dalle parti oppure, in mancanza ed è questo il caso in esame, il prezzo legale o di mercato. Il quale può esser “derogato” solo dalle parti libere di contrattare, non da una determinazione unilaterale del corrispettivo in assenza di alternative per l'aderente. [...] Sempre in applicazione del principio di nullità parziale, può sostenersi, ma forse è soluzione solo apparentemente o formalmente diversa, che il venir meno della pattuizione nulla aziona il meccanismo integrativo di cui all'art. 1374: il contratto cioè si reputa come mancante ab origine di quel patto e dunque viene integrato mediante la disciplina positiva (o gli usi o la valutazione equitativa)».

<sup>78</sup> Cfr. Tribunale di Catania, 5 gennaio 2004, in *Foro it.*, I, 262.: «L'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 l. n. 192 del 1998 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere

A favore della rilevanza non solo degli squilibri giuridici, ma anche di quelli economici, inoltre, depono la formulazione dello stesso art. 9, primo comma, secondo cui la dipendenza economica va valutata «tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti». In sostanza, in base alla formulazione dell'art. 9, l'abuso può consistere tanto nell'imposizione all'impresa dipendente di un programma contrattuale normativamente squilibrato quanto in un contratto economicamente squilibrato. La rilevanza, nell'ambito della disciplina in esame, anche degli squilibri economici, consentirebbe al subfornitore di agire in giudizio contro i corrispettivi iniqui e sproporzionati rispetto ai beni o ai servizi prestati, sempre che tale squilibrio sia la conseguenza di un concreto approfittamento, da parte dell'impresa committente, della posizione di dipendenza economica in cui versa il subfornitore medesimo<sup>79</sup>.

Dalle osservazioni che precedono, si può osservare che la disciplina contenuta nell'art. 9 della L. 192/1998 solo apparentemente ricalca, in parte, quella dettata dall'art. 1448 cod. civ., essendo presente una sostanziale differenza<sup>80</sup>; se per gli elementi costitutivi di natura soggettiva, la dipen-

---

dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura". Invero, la norma in esame, benché inserita nella disciplina della subfornitura nelle attività produttive, presenta, rispetto a quest'ultima, un maggiore ambito di applicazione. Essa, infatti, vietando "l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice", si riferisce ai rapporti tra imprese dominanti ed imprese clienti o fornitrici. Sul punto, cfr. CASO R. - PARDOLESI R., *La nuova disciplina di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 712. Contra, Tribunale di Bari, 2 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3208.

<sup>79</sup> Cfr. Tribunale Catania, 5 gennaio 2004, in *Danno e resp.*, 2004, p. 424, con nota di Palmieri, secondo cui l'abuso di dipendenza economica «presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l'abuso di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi». Al riguardo vale la pena sottolineare che, perché l'abuso di dipendenza economica possa esser fatto valere dal subfornitore, non è necessario che l'impresa committente si trovi strutturalmente in una posizione dominante sul mercato, essendo sufficiente anche una dipendenza economica determinata da fattori casuali e contingenti.

<sup>80</sup> Secondo RUSSO D., *op. cit.*, 83, «lo sfruttamento della dipendenza economica sta alla nullità del contratto eccessivamente squilibrato (ex art. 9,

denza economica e l'abuso richiamano lo stato di bisogno e l'approfittamento, ponendosi quali specificazioni di questi ultimi, diversamente si deve dire per il requisito oggettivo: l'art. 9 richiede, sotto il profilo strettamente economico, la «imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie», mentre l'art. 1448 cod. civ. la lesione eccedente «la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto». Il mancato riferimento, nella legge speciale, ad una predeterminata soglia di sproporzione, è sintomo di una maggiore sensibilità al problema dell'equilibrio contrattuale da parte del legislatore. Questi, infatti, ha inteso dare rilevanza – seppur limitatamente ai rapporti tra imprese – anche allo squilibrio economico che, pur essendo *infra dimidium*, si presenti, comunque, eccessivo, lasciando all'interprete il compito di individuarne i parametri. Tuttavia, la previsione della necessaria concorrenza di requisiti di natura soggettiva conferma la indifferenza, per il nostro ordinamento giuridico, dello squilibrio economico in sé e per sé considerato, a prescindere da comportamenti scorretti o prevaricatori di una parte in danno dell'altra.

Nella medesima ottica di riequilibrare le posizioni tra imprenditori, si colloca anche il d.lgs. n. 231/2002, in tema i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali<sup>81</sup>. Tale disciplina si applica «ad ogni pagamento

---

comma 3° l. 192/98) come l'approfittamento dello stato di bisogno sta alla rescissione del contratto con sproporzione ultra dimidium».

<sup>81</sup> Su tale disciplina BASTIANON S., *Direttive comunitarie e tutela del creditore in caso di ritardato pagamento nelle transazioni commerciali: prime osservazioni a proposito del D.lgs. n. 231/2002*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, 395. CUFFARO V., *Esecuzione della prestazione pecuniaria e tutela del contraente debole*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 7; FRIGNANI A. – CAGNASSO O., *L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, n. 2003, 308 e ss.; GAMBARO F.L., *Disciplina dei pagamenti e subfornitura industriale*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 805 e ss.; PANDOLFINI V., *La nullità degli accordi gravemente iniqui nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 2003, 501 e ss.; SANNA P., *L'attuazione della dir. 2000/35/Ce in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: introduzione al d. lgs. 9 ottobre 2002 n. 231*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 247 e ss.

I collegamenti tra la disciplina della subfornitura e quella dei ritardi di pagamenti sono confermati dalla L. n. 39/2002, contenente la delega al Governo per il recepimento della Direttiva 2000/35/CE, il cui art. 26, comma 2, lett. e), disponeva che l'attuazione della direttiva comunitaria dovesse essere ispirata a “coordinare la nuova disciplina con le disposizioni in ma-

effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale»<sup>82</sup> (art. 1). L'art. 2, primo comma, lettera a), definisce transazioni commerciali «i contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo», ed imprenditore «ogni soggetto esercente un'attività economica organizzata o una libera professione» (lettera c)<sup>83</sup>.

Dalle definizioni date dal d.lgs. n. 231/2002 si comprende che esso ha una portata più ampia rispetto alla legge 192/1998, sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo<sup>84</sup>. Mentre la seconda si rivolge alle im-

teria di subfornitura nelle attività produttive di cui alla Legge 18 giugno 1998, n. 192, apportando a essa le opportune modifiche, in modo da uniformare il saggio degli interessi moratori di cui all'articolo 3, comma 3, della medesima Legge 192/1998 al livello degli interessi di mora (tasso legale) previsto dalle disposizioni in materia di ritardi di pagamento, di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettera d), della direttiva”.

<sup>82</sup> Con esclusione dei debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, delle richieste di interessi inferiori a 5 euro e dei pagamenti effettuati a titolo di risarcimento del danno, ivi compresi i pagamenti effettuati a tale titolo da un assicuratore.

<sup>83</sup> SENNI T., *La direttiva 2000/35/CE sul ritardo nei pagamenti in rapporto alla disciplina sulla subfornitura*, in *Dir. comm. internaz.*, 2001, 842, precisa che «rientrano nel campo di applicazione anche le professioni liberali, quand'anche non siano considerate imprese e non comportino l'esercizio di attività commerciale». Al riguardo, SANNA P., *op. cit.*, 250, pone in evidenza che, mentre nella disciplina dei contratti del consumatore l'assimilazione dell'attività libero professionale a quella imprenditoriale, viene compiuta «sotto l'insegna della nozione di “professionista”, nella disciplina in commento attività libero professionale ed imprenditoriale “coabitano” nella comune definizione di “imprenditore”».

In merito all'equiparazione tra imprenditore e libero professionista, il 14° considerando della direttiva 2000/35/CE precisa che «il fatto che le professioni liberali ricadano nell'ambito di applicazione della presente direttiva non comporta per gli Stati membri l'obbligo di trattarle come imprese o attività commerciali per fini diversi da quelli della presente direttiva».

<sup>84</sup> Osserva SANNA P., *op. cit.*, p. 248, che «all'interno della definizione contenuta all'art. 2, lett. a), possono isolarsi un elemento di natura soggettiva, la *qualitas* delle parti contraenti, ed uno di carattere oggettivo, la tipologia contrattuale, che, seppur convenzionalmente differenziati, concorrono

prese subfornitrici, il d.lgs. n. 231/2002, invece, si applica ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale, ossia in un contratto avente ad oggetto, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi, e di cui almeno una parte sia costituita da un imprenditore o da un libero professionista<sup>85</sup>. Il più vasto ambito di tale disciplina, diretta a tutelare il professionista-creditore nei confronti del debitore-committente moroso<sup>86</sup>, deriva dal fatto che la *ratio* sottesa alla normativa in esame, è di porre rimedio alla prassi, enormemente diffusa nei rapporti commerciali, di non rispettare i termini contrattuali di pagamento, con evidente pregiudizio per le imprese di piccole e medie dimensioni, poste in condizioni di inferiorità economica e, quindi, considerate contraenti deboli<sup>87</sup>.

---

entrambi a strutturare la nozione di “transazione commerciale” e per suo tramite il campo di applicazione del d.lgs. n. 231/02».

<sup>85</sup> Secondo GAMBARO F.L., *op. cit.*, 809, la L. n. 192/1998 si pone come norma speciale rispetto al d.lgs. n. 231/2002, il quale «si situa dunque in una zona, per così dire, intermedia tra le regole generali contenute nel codice civile e la norma sicuramente speciale contenuta nella Legge n. 192/1998; esso si indirizza agli imprenditori, alle pubbliche amministrazioni, ai professionisti che debbano eseguire (in veste di obbligati) o ricevere (in veste di aventi diritto) pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo in transazioni commerciali”. A differenza del d. lgs. n. 231/2002, la l. n. 192/98 non contiene né la definizione di subfornitore, né quella di impresa o di imprenditore».

<sup>86</sup> Cfr. sul punto il 16° considerando della direttiva 2000/35/CE: “I ritardi di pagamento costituiscono una violazione contrattuale resa finanziariamente attraente per i debitori nella maggior parte degli Stati membri per i bassi livelli degli interessi di mora e/o dalla lentezza delle procedure di recupero. Occorre modificare decisamente questa situazione anche con un risarcimento dei creditori, per invertire tale tendenza e per far sì che un ritardo di pagamento abbia conseguenza dissuasive”.

<sup>87</sup> Sull’esigenza di uniformare la disciplina dei pagamenti a livello comunitario, cfr. la relazione al d.lgs. n. 231/2002, secondo cui la direttiva 2000/35/CE trae origine dalla constatazione che «il grande divario tra gli Stati dell’Unione europea, con riferimento ai termini contrattuali di pagamento, costituisce un ostacolo al buon funzionamento del mercato interno, limitando le transazioni commerciali, in contrasto con l’art. 14 del Trattato, a mente del quale gli operatori economici dovrebbero essere in grado di svolgere le proprie attività, in tutto il mercato interno, a condizioni tali da annettere alle operazioni transfrontaliere i medesimi rischi di quelle inter-

La norma di maggiore interesse ai fini della presente ricerca, è rappresentata dall'art. 7, secondo cui «l'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento, è nullo se, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente iniquo in danno del creditore». Tale disposizione, quindi, commina la nullità dell'accordo che violi le previsioni contenute negli articoli 4 e 5 sulla data del pagamento e sulle conseguenze del ritardato pagamento, qualora, tenuto conto dei parametri dalla stessa indicati, l'accordo medesimo risulti "gravemente iniquo" per il creditore<sup>88</sup>. In particolare, a norma del secondo comma dell'art. 7, è reputato «gravemente iniquo l'accordo che, senza essere giustificato da ragioni oggettive, abbia come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, ovvero l'accordo con il quale l'appaltatore o il subfornitore principale imponga ai propri fornitori o subfornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi»<sup>89</sup>.

L'art. 7, quindi, costituisce la prima norma che prevede espressamente, nel nostro ordinamento giuridico, la "nullità per iniquità". Peraltro, la diversa formulazione del primo e del secondo comma dell'art. 7, induce a ritenere che, mentre nel primo caso, la iniquità e, quindi, la nullità del patto sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento, scaturisce da un giudizio da effettuarsi caso per caso, alla stregua dei criteri indicati dalla norma medesima, in caso di accordo avente ad oggetto liquidità aggiuntive in favore del debitore o termini di pagamento fra appaltatore e subfornitore, tale giudizio non è necessario, trattandosi di pattuizione intrinsecamente iniqua<sup>90</sup>.

---

ne». Inoltre, il 7° considerando della citata direttiva osserva che «i periodi di pagamento eccessivi e i ritardi di pagamento impongono pesanti oneri amministrativi e finanziari alle imprese, ed in particolare a quelle di piccole e medie dimensioni. ... Tali problemi costituiscono una tra le principali cause d'insolvenza e determinano la perdita di numerosi posti di lavoro». Sugli effetti pregiudizievoli dei ritardi nei pagamenti commerciali per le aziende creditrici, v. SENNI T., *op. cit.*, 841.

<sup>88</sup> PANDOLFINI V., *op. cit.*, 501 e ss.

<sup>89</sup> Sui problemi di coordinamento con la disciplina della subfornitura originati dalla disposizione in esame, v. SENNI T., *op. cit.*, 841 e ss.; GAMBARO F.L., *op. cit.*, 814 e ss.

<sup>90</sup> Si tratterebbe, in sostanza, di una forma legale di iniquità prevista per le intese disciplinate dal comma 2 dell'art. 7, che priverebbe di qualsiasi ri-

Il terzo comma dell'art. 7, infine, prevede, infine, che il giudice «anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto

---

levanza, rispetto a tali accordi, i criteri generali del giudizio di iniquità indicati dal comma 1. In tal senso, SANNA P., *op. cit.*, 253 e ss. Secondo l'Autore, infatti, «la norma parrebbe introdurre una presunzione legale *iuris tantum* di grave iniquità sia in relazione agli accordi che abbiano come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, non trovando giustificazione in ragioni oggettive, sia con riferimento agli accordi con i quali l'appaltatore od il subfornitore principale impongano ai propri fornitori o subfornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto a quelli loro concessi. Nel primo caso la grave iniquità sembrerebbe ricorrere quando risulti provata la sola circostanza che l'accordo miri principalmente, seppur non esclusivamente, a procurare liquidità aggiuntiva al debitore a danno del creditore, a meno che l'obbligato non dimostri la presenza di ragioni oggettive tali da escluderne la natura gravemente iniqua». «Tuttavia se è vero che nella fattispecie in esame ai fini dell'accertamento della grave iniquità dell'accordo il giudice dovrà prescindere da una valutazione che tenga conto della corretta prassi commerciale, della natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, della condizione dei contraenti e dei rapporti commerciali tra i medesimi, nonché di ogni altro elemento, attribuendo rilevanza alla sola circostanza che il patto sia diretto a procurare liquidità aggiuntiva al debitore in danno del creditore, allora davvero non si comprende, una volta che ne sia accertata la sussistenza, quali "ragioni oggettive" possano sottrarre l'accordo al giudizio di grave iniquità. Sconta un tasso di problematicità non minore, seppur ontologicamente differente, anche la formulazione relativa alla fattispecie dell'accordo con il quale l'appaltatore od il subfornitore principale impongano ai propri fornitori o subfornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto a quelli concessi loro. Nell'ipotesi considerata la grave iniquità potrà desumersi in via presuntiva dalla sola sussistenza di termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi nei rapporti tra appaltatore o subfornitore principale e fornitori o subfornitori, rispetto a quelli previsti nel rapporto tra committente ed appaltatore o subfornitore principale, mentre i criteri dettati dal primo comma potranno essere recuperati per giustificare il diverso termine di pagamento nei due ordini di rapporti, e dunque per escludere la grave iniquità dell'accordo ad esso relativo».

dell'accordo medesimo»<sup>91</sup>. Va peraltro osservato che, in questo caso, il legislatore non ha dettato alcuna specifica disposizione relativa al carattere, assoluto o relativo, totale o parziale, delle ipotesi di nullità contemplate dall'art. 7<sup>92</sup>.

Alla luce delle considerazioni che precedono, non v'è dubbio che le discipline del codice consumo, della subfornitura e dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali sono di notevole rilievo, non solo per introduzione, nella categoria contrattuale del "contraente debole" della figura costituita dall'"imprenditore de-

---

<sup>91</sup> L'art. 9 del d.lgs. n. 231/2002, inoltre, consente alle associazioni di categoria di agire a tutela di interessi collettivi al fine di ottenere dal giudice l'accertamento della iniquità delle clausole di pagamento contenute in condizioni generali di contratto.

<sup>92</sup> Lo stesso legislatore delegato, nella relazione governativa (in Guida al diritto, 2002, 14 e ss.), afferma che «la traduzione del concetto di inefficacia rilevabile d'ufficio nelle coordinate del nostro ordinamento è assicurata con la previsione di una ipotesi di nullità parziale, alla quale consegue in termini effettuali l'inefficacia della pattuizione in esame», e precisa che l'art. 7 citato introduce, appunto, una nuova ipotesi di nullità parziale testuale, «caratterizzata non solo dal tradizionale meccanismo di sostituzione della clausola nulla con la previsione legale ai sensi dell'art. 1339 c.c., ma anche dal più incisivo potere integrativo esercitato ex officio dal giudice», con conseguente «frantumazione della categoria unitaria della nullità negoziale e del passaggio, per molti versi imposto dagli interventi comunitari, dalla nullità al sistema eterogeneo delle nullità». Al riguardo GAMBARO F.L., *op. cit.*, 818, partendo dalla constatazione che i termini di pagamento influenzano il prezzo dedotto in contratto, osserva che la dichiarazione della nullità della clausola relativa agli stessi potrebbe estendersi all'intero contratto, non essendo invocabile in tale ipotesi, secondo l'Autore, la norma contenuta nel comma 2 dell'art. 1419 c.c., «poiché sia l'art. 4 che l'art. 5 del D. Lgs. n. 231/2002 sono derogabili per volontà delle parti. Tale conclusione tuttavia potrebbe contrastare con l'intenzione del legislatore che sembrerebbe privilegiare invece la continuità del contratto, tra l'altro, consentendo al giudice di ricondurre ad equità il contenuto dell'accordo sui termini di pagamento. Intento, per altro, perseguibile dal giudice della controversia ove si ritenga superato dalla norma qui esaminata, che appunto dispone diversamente, il divieto di convalida del contratto nullo posto dall'art. 1423 del nostro codice civile».

bole”, ma anche per la rinnovata attenzione, da parte del legislatore, al problema dell’equilibrio contrattuale, soprattutto sotto il profilo giuridico<sup>93</sup>. Nonostante ciò, la proporzionalità tra le prestazioni, per il legislatore, è e rimane in prima istanza rimessa alla previsione delle parti, e non sembra lecito, in base alle normative richiamate, ritenere che esista nel nostro ordinamento una più generale regola che imponga di uniformare le ragioni dello scambio a criteri oggettivi di equivalenza che operano solo nel mercato, ove l’equilibrio contrattuale è, se non diversamente, quello che nasce dalle libere contrattazioni. La libertà nella contrattazione di impresa continua ad essere per molti aspetti solo formale, ma non è detto che ciò sia necessariamente da ritenersi censurabile.

---

<sup>93</sup> SANNA P., *op. cit.*, p. 265: «Se in un primo tempo gli interventi comunitari sembravano interessare esclusivamente l’area dei contratti del consumatore, creando un moto centrifugo di questi ultimi rispetto alla disciplina dei contratti commerciali, alla luce degli sviluppi attuali la divaricazione tra transazioni commerciali bilaterali pure, *business to business*, ed unilaterali qualificate, *business to consumer*, sembra vada sempre più riducendo nel segno unificante di una esigenza generale “di correttezza nei rapporti contrattuali di cui è teatro il mercato imprenditoriale nella sua concezione più evoluta”. Si assiste all’emersione del nuovo “paradigma” dei contratti caratterizzati da “asimmetria di potere contrattuale”, che pur edificato originariamente sulle discipline dei contratti del consumatore manifesta una forza espansiva che lo proietta al di là di quel campo e che prescinde da una riduttiva e rigida categorizzazione socio-economica delle parti contraenti. Il segno tangibile del *new deal* in campo contrattuale è rappresentato dai Principles of European Contract Law dove il ricorrere quasi ossessivo del principio di buona fede in senso oggettivo rappresenta una sorta di rito propiziatorio finalizzato alla introduzione di un controllo giudiziale di tutti quegli scambi che fuoriescono dagli usuali parametri mercantili proprio attraverso una correzione del contratto tale da renderlo conforme a buona fede e correttezza. In questo quadro si iscrive anche la previsione dell’art. 7, d.lgs. cit., che, nell’affidare al giudice il compito di ricondurre ad equità il contenuto dell’accordo gravemente iniquo, sembra vulnerare il principio della *sanctity of contract* proprio all’interno del suo *sancta sanctorum* rappresentato dai rapporti contrattuali tra imprenditori». Sull’argomento, v., altresì, DI MARZIO F., *Ancora sulla nozione di «consumatore» nei contratti*, cit., 688 e ss.; ID., *Intorno alla nozione di «consumatore» nei contratti*, cit., 2151 e ss.

### **3.4. LA BUONA FEDE, L'EQUITÀ E L'EQUILIBRIO CONTRATTUALE NELLA GIURISPRUDENZA.**

La crescita esponenziale della contrattazione di impresa dove si scontrano soggetti con diverso potere economico, forse comportando la sostanziale abrogazione del principio non codificato della parità di forza tra contraenti, ha causato il venir meno delle condizioni che possano garantire l'equilibrio oggettivo delle prestazioni sia sotto il profilo economico che sotto il profilo normativo.

La presenza di tali circostanze ha probabilmente comportato una progressiva attenuazione delle rigide posizioni inizialmente assunte dalla giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, che basavano le loro decisioni sul dogma della indifferenza dell'ordinamento rispetto alla valutazione soggettiva della convenienza del contratto, e si è cominciata ad affermare una linea interpretativa, pur nel rispetto del principio generale della libertà di autodeterminazione privata, più attenta a dotare il contraente, specie se versante in condizione di inferiorità, di efficaci strumenti di tutela a fronte di vistosi fenomeni di squilibrio contrattuale<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> Nella conclusione del paragrafo precedente si è osservato come spesso la legislazione in tema di contrattazione di impresa affidi al giudice la possibilità di un sindacato sull'equilibrio del contratto; in particolare, l'art. 7 del d.lgs. n. 231/2002 si distingue per la introduzione di un potere di controllo assai penetrante da parte del giudice, di natura correttiva ed integrativa, sotto il duplice profilo dell'equilibrio normativo e della ragionevolezza economica delle pattuizioni, contribuendo, in tal modo, alla demolizione del dogma della volontà e dell'insindacabilità delle scelte negoziali dei contraenti autonomamente e liberamente formatesi. Invero, il potere del giudice appare ancor più incisivo ove si consideri che il d.lgs. n. 231/2002 non individua i parametri alla cui stregua effettuare concretamente la riconduzione ad equità. Peraltro, l'affievolimento del dogma della volontà appare ancor più evidente ove si consideri che il citato articolo 7 sembrerebbe attribuire al giudice il potere di decidere se applicare i termini legali "ovvero" ricondurre ad equità il contenuto dell'accordo, indipendentemente dalla volontà del creditore-contraente debole, il quale potrebbe, ad esem-

Emerge, così, anche in giurisprudenza l'esigenza del perseguimento di valori di giustizia contrattuale attraverso il sindacato sulle circostanze e sulle condotte attinenti alla formazione del contratto da valutarsi alla luce della buona fede e dell'equità, piuttosto che attraverso il sindacato sull'equilibrio del contratto di per sé considerato che, come si è visto, raramente trova appiglio normativo<sup>95</sup>.

Una sentenza di notevole interesse è quella del 23 febbraio 1993 del pretore di Salerno<sup>96</sup> la quale, pur non potendosi dire del tutto innovativa, si pone come capostipite di un nuovo filone giurisprudenziale. In tale sentenza si decreta che «si deve abbandonare la prospettiva codicistica della pari libertà formale dei contraenti quale unica garanzia di un'effettiva eguaglianza [...] in una società ormai in rapida evoluzione e tale da esigere la tutela del singolo contro le sue controparti più forti – da un punto di vista eminentemente sostanziale – assai più che non per il passato»; infatti, secondo la pronuncia in esame, il codice civile, proprio perché «profondamente informato all'ideologia della piena egua-

---

pio, preferire il primo rimedio piuttosto che il secondo. Concorde con tale orientamento SANNA P., *op. cit.*, p. 265, il quale ritiene la prospettata soluzione «maggiormente orientata verso la valorizzazione del criterio oggettivo della “corretta prassi commerciale”». Cfr. anche D'ANGELO A., *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1990, 702; SCODITTI E., *Gli interventi del giudice e della legge nel regolamento contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 571 e ss.

<sup>95</sup> SCHLESINGER P., *op. cit.*, p. 231, osserva «il problema centrale, dunque, nella nostra società, non appare quello di garantire l'equità del contenuto economico del contratto, quanto di colpire quelle turbative o pregiudizi della libertà di decisione (specie per asimmetrie informative) tali da poter incidere su di una adeguata valutazione della convenienza dell'affare»; nello stesso senso VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., 37, che coglie una linea evolutiva nella transizione «dall'impossibilità di sindacare la congruità dello scambio al di là di ipotesi tipiche, ad un nuovo assetto ove non è rilevante lo squilibrio in sé, ma in quanto frutto di un abuso o di un contegno in mala fede».

<sup>96</sup> Pretura Circondariale di Salerno, 23 febbraio 1993, in *Dir. e giur.*, 1995, 261 e ss., con nota di DI GIOVINE G., *Controllo giudiziale della causa e congruità delle prestazioni contrattuali*.

glianza formale come idonea garanzia per ciascun soggetto», non appresta adeguati rimedi a tutela del contraente debole, «vale a dire di colui che, per quanto formalmente eguale alla sua controparte, abbia un potere contrattuale sensibilmente inferiore rispetto a questa» e che vede menomata «sostanzialmente la sua concreta possibilità di influire sulla determinazione del contenuto del contratto – o delle clausole più importanti di esso»<sup>97</sup>.

La pronuncia, tuttavia, è stata criticata, dalla dottrina di allora, la quale escludeva con forza l'esistenza di un generale principio di equivalenza oggettiva tra le prestazioni, ed affermava che era preclusa qualunque valutazione esterna sulla congruità degli interessi contrapposti realizzati dalle parti in relazione al rapporto di scambio esistente tra le prestazioni, compresa quella del giudice, atteso che le parti sono i migliori giudici dei propri interessi. Si ribadisce, quindi, il principio secondo cui il sindacato sulla congruità dello scambio è ammesso soltanto nei casi espressamente

---

<sup>97</sup> Sulla base di tali premesse, la pronuncia in esame giunge a dichiarare la inefficacia del contratto de quo, perché diretto a realizzare un risultato iniquo, in situazione di grave disparità di forze tra le parti e, pertanto, privo di causa ai sensi dell'art. 1322 cod. civ., perché non rispondente ad interessi meritevoli di tutela. Sul punto si rinvia anche a LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., 218 e ss.

Ciò nonostante, la sentenza del Pretore di Salerno non ha mancato di sollevare critiche da parte della dottrina che tende ad escludere che si possano qualificare come mancanza di causa anomalie, quali la sproporzione tra le prestazioni, che non rilevino di per sé, ma solo in concorso con comportamenti e situazioni esterni alla struttura contrattuale, attesa la mancanza, nelle norme in tema di causa, di indicazioni circa i requisiti esterni che si possono considerare rilevanti al fine di formulare il giudizio di meritevolezza. Si dubita, infatti, che, in generale, lo squilibrio delle prestazioni possa riguardare la causa del contratto. Muovendo, infatti, dagli artt. 428, 1447 e 1448 c.c., è stato autorevolmente osservato che, trasformando in vizio della causa le ipotesi in cui si verifichi una sproporzione tra le prestazioni ai danni di uno dei contraenti, si provocherebbe un ampliamento della nozione di vizio di causa, creando una nuova figura che determina non già la nullità, come dovrebbe essere secondo i principi, ma solo l'annullabilità o la rescindibilità del contratto. Sul punto SACCO R., *Il contratto*, in Trattato Vassalli, VI, 2, Torino, 1975, 276.

previsti dalla legge ed, in particolare, nelle ipotesi di vizio del consenso, di stato di bisogno o di pericolo<sup>98</sup>.

Ma l'esigenza di dare rilevanza dello squilibrio soggettivo, ossia ascrivibile alla situazione di debolezza complessiva – sostanziale ed economica – di uno dei contraenti, emerge sempre con maggiore frequenza; in una pronuncia, la Corte Costituzionale tedesca – di qualche mese successiva a quella del Pretore di Salerno – si è espressa per la censurabilità, alla stregua della buona fede contrattuale, del contratto concluso a condizioni notevolmente onerose per la parte debole<sup>99</sup>. Secondo tale pronuncia, nel diritto tedesco, in riferimento a rapporti contrattuali caratterizzati da una strutturale disparità delle parti e dalla notevole onerosità degli obblighi assunti dalla parte debole, il giudice, nel determinare il contenuto delle clausole generali di correttezza e buona fede e di contrarietà al buon costume, deve utilizzare il precetto costituzionale della garanzia dell'autonomia negoziale dei privati ed operare a tale stregua un controllo del contenuto del contratto.

---

<sup>98</sup> DI GIOVINE G., *op. cit.*, 261; GATTI S., *op. cit.*, 433 e ss.

<sup>99</sup> BundesVerfassungsGericht (BverfG), 19 ottobre 1993, 1 BVR 567/89 e 1044/89, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 88 ss. e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 202 ss., con nota critica di BARENGHI A., *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco.*

A proposito del sindacato sulla congruità dello scambio contrattuale, osserva GALGANO F., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, cit., 927 che «siamo sulla linea di quelle cose che vengono dette in Italia dai giudici ordinari e in Germania dalla Corte Costituzionale con la nota sentenza del 1993. Fatto significativo è che il Pretore di Salerno le ha dette con qualche mese di anticipo rispetto alla Corte Costituzionale tedesca: non perché sia stato molto geniale, ma perché si tratta di cose che erano nell'aria: dice testualmente questa sentenza del Pretore di Salerno che il contraente che, abusando della propria posizione di potere, costringe la controparte a concludere un contratto a condizioni inique, con evidente sproporzione tra le prestazioni reciproche, viola la buona fede contrattuale, e pone in essere un contratto nullo. [...] La stessa cosa dopo tre o quattro mesi l'ha detta la Corte Costituzionale tedesca. Sono idee che circolano, che sono nell'aria, che sono cioè frutto del senso comune del tempo in cui viviamo».

Tale sentenza<sup>100</sup>, quindi, affronta esplicitamente il problema dell'intervento giudiziale di limitazione o di correzione e, al tempo stesso, di garanzia dell'autonomia privata, sostenendo che il giudice non si può appagare del mero accordo formale fra le parti, omettendo ogni indagine sull'effettiva e concreta possibilità per ognuno dei contraenti di formulare scelte libere e consapevoli, in quanto, così facendo, si corre il rischio di disconoscere la garanzia dell'autonomia privata. In altri termini, per i giudici tedeschi, solo se sussiste un certo equilibrio nei rapporti di forza fra i contraenti l'autonomia contrattuale è rispettata ed idonea a fornire un'equilibrata composizione degli interessi in conflitto; tra i compiti del giudice, quindi, vi sarebbe anche quello di accertare se l'assetto di interessi determinato dai contraenti non sia il risultato di una strutturale disparità tra le parti, e, nel caso, di intervenire, utilizzando le clausole generali predisposte dall'ordinamento, per il riequilibrare la parità tra i contraenti.

Tali principi hanno ben presto trovato un riscontro sempre più crescente nella cultura giuridica, al punto tale da ispirare la legislazione e la giurisprudenza successiva anche del nostro Paese<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> La pronuncia in esame riguardava la prassi, invalsa in Germania fra gli istituti bancari, di esigere a garanzia dei finanziamenti, il rilascio di fideiussioni (su modulo predisposto dalla banca, contenente una clausola che nella prassi italiana verrebbe qualificata omnibus) da parte dei più stretti congiunti del debitore principale, pur se nullatenenti, con lo scopo, da un lato, di prevenire gli effetti di eventuali intestazioni fittizie in loro favore di beni ed attività del debitore; dall'altro, di creare nel debitore un forte incentivo alla restituzione del prestito, tramite la minaccia di azioni esecutive contro i suoi cari. La Corte Costituzionale tedesca fu investita della questione, dopo che il Supremo Tribunale Federale (Bundesgerichtshof = BGH) aveva più volte deciso per la validità degli impegni fideiussori, sulla base del rilievo che essi erano stati accettati e sottoscritti da soggetti maggiorenni e responsabili, e che, pertanto, non potevano essere privati dei loro effetti.

<sup>101</sup> Osserva GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, cit., 419, che «in Italia, come del resto in Germania, la sentenza era a taluno apparsa sconvolgente: perché rendeva l'atto di autonomia sindacabile da parte del giudice alla stregua della congruità dello scambio, tradizionalmente ritenuta incensurabile fuori delle ipotesi tassative del con-

Al riguardo, va innanzitutto evidenziata la propensione mostrata dalla giurisprudenza ad intervenire contro i contratti sperequati mediante l'applicazione delle norme che impongono, appunto, il rispetto della buona fede nella conclusione (art. 1337 cod. civ.),

---

tratto rescindibile per lesione ultra dimidium e del contratto risolvibile per eccessiva onerosità sopravvenuta; e perché ricollegava alla violazione della buona fede contrattuale una sanzione, quale la nullità del contratto, ben più drastica della generica obbligazione di risarcire il danno cagionato, tradizionalmente ritenuta come la sola sanzione applicabile». Cfr. anche LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., 177: «La sentenza in esame, pertanto, ha esteso la copertura costituzionale dell'autonomia privata all'aspetto sostanziale della stessa, escludendo che i contratti possano essere ritenuti vincolanti in virtù della mera, formale, adesione ad un regolamento da altri predisposto; ha affermato la natura socialmente tipizzabile delle situazioni di potere-soggezione fra i contraenti, le quali autorizzano il giudice a valutare lo scambio contrattuale anche sotto il profilo dei suoi contenuti economici, ed ha invitato il legislatore e gli interpreti ad impedire gli abusi».

A ben considerare, i principi affermati dalle pronunce da ultimo citate e, soprattutto, dalla sentenza del Pretore di Salerno, non si presentano del tutto isolate, essendo possibile riscontrare alcuni precedenti: Trib. Vicenza, 10 novembre 1984, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, 285, la quale ha escluso la operatività delle clausole unilateralmente predisposte in un contratto di leasing, in quanto, in contrasto con il principio di meritevolezza, prevedevano, in caso di inadempimento dell'utilizzatore, il diritto del concedente di conseguire non solo la restituzione del bene, ma anche i canoni già scaduti e non pagati, l'importo delle indennità di mora, le spese, e, a titolo di penale, il valore attualizzato al tasso di sconto dell'ammontare dei canoni a scadere, salvo il risarcimento dell'eventuale maggior danno; Cass., 24 aprile 1980, n. 2479, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 1784, la quale aveva ammesso interventi del giudice diretti a limitare l'autonomia privata, al fine di ristabilire l'equilibrio economico fra le parti contrattuali, in tema di clausola penale eccessivamente onerosa (su tale argomento v. *infra*); Cass., 8 marzo 1980, n. 1343, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2339, la quale ha richiamato l'art. 1322, secondo comma, cod. civ. per valutare la legittimità o meno di singole clausole contrattuali atipiche. In particolare, in relazione ad una clausola di manleva contenuta in un contratto di appalto, la Cassazione ha ritenuto che essa fosse valida ed efficace, poiché trovava corrispettività nell'economia del contratto, anche se, nel contempo, veniva sottratta all'apprezzamento del giudice di merito la convenienza economica del contratto stesso.

nell'interpretazione (art. 1366 cod. civ.) e nell'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.).

Infatti, la Corte di Cassazione ha fatto ricorso proprio al dovere di buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto per negare efficacia ad un accordo, la cui esecuzione secondo il testo letterale avrebbe costretto uno dei contraenti ad appagarsi di un corrispettivo del tutto inadeguato (Cass., 20 aprile 1994, n. 3775)<sup>102</sup>. Secondo la pronuncia in esame, il principio di buona fede, che, nella fase di esecuzione del contratto, si specifica nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte – quando ciò non comporti un apprezzabile sacrificio del proprio interesse – si pone come limite di ogni situazione, attiva e passiva, negozialmente attribuita, deter-

---

<sup>102</sup> Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296 la sentenza della Cassazione intervenne sull'“affaire Fiuggi”, che coinvolse, appunto, l'Ente Fiuggi ed il Comune di Fiuggi. Infatti, nel 1963 il primo aveva ricevuto dal secondo la concessione per lo sfruttamento delle sorgenti di acqua minerale esistenti in luogo, impegnandosi a pagare un canone di concessione il cui importo era agganciato al prezzo di vendita in fabbrica delle bottiglie di acqua minerale, e avrebbe dovuto variare proporzionalmente al variare di questo. A partire dal 1983, la società concessionaria aveva bloccato i prezzi di vendita in fabbrica, nonostante la sopravvenuta svalutazione monetaria; contemporaneamente aveva fatto in modo che le società di distribuzione da essa stessa controllate, aumentassero congruamente i prezzi di vendita al pubblico delle bottiglie, in modo da recuperare in quella fase la differenza dovuta alla svalutazione monetaria, senza essere tenuta a pagare le corrispondenti *royalties* al Comune. Il Comune di Fiuggi aveva, pertanto, chiesto la risoluzione del contratto ed il risarcimento dei danni, con domande, prima respinte dai giudici di merito, poi accolte in sede di legittimità.

Va sottolineato che, nella specie, considerata la natura delle parti contraenti, non si poneva alcun problema di abuso del potere di mercato o disparità di forze tra le parti stesse; la Suprema Corte ha perseguito, in sostanza, l'equilibrato componimento degli interessi in conflitto, avallando il principio per cui la violazione del dovere di buona fede ad opera di una delle parti autorizza l'altra a chiedere la risoluzione del contratto, oltre che il risarcimento dei danni. Cfr. anche LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., 229 e ss.

minando, così, in via integrativa, il contenuto e gli effetti del contratto<sup>103</sup>.

Nello specifico caso trattato dalla sentenza in esame, il principio di buona fede, quale “valore cogente” sulla base del dovere di solidarietà presente nella Costituzione, non viene utilizzato dalla Suprema Corte con funzione “correttiva” dell’autonomia privata, al fine di sindacare la validità o meno della clausola contrattuale, ma per permettere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno. Tuttavia, la sentenza del 1994 è un’ulteriore breccia al principio di insindacabilità delle scelte delle parti, tanto che un Autore ha osservato come la pronuncia in commento segni «un passo decisivo verso la definitiva accettazione della buona fede oggettiva (art. 1375 c.c.) tra le fonti di integrazione del contratto, [...] in particolare tra le fonti che consentono di inserire nel contratto un margine all’esercizio di quelle scelte discrezionali dei

---

<sup>103</sup> BIANCA C. M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., 205. Ai sensi dell’art. 1175 cod. civ., al debitore e al creditore è imposto di comportarsi secondo le regole della correttezza e della buona fede, cioè di salvaguardare l’utilità della controparte nei limiti di un apprezzabile sacrificio. Cfr. anche Cass. 18 ottobre 2004, n. 20399, in *Contratti*, 2005, 429 con nota di Selvini: «In tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all’esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione e, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase, sicché la clausola generale di buona fede e correttezza è operante tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nel singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all’esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.), concretizzandosi nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell’interesse della controparte e ponendosi come limite di ogni situazione, attiva o passiva, negozialmente attribuita, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto. La buona fede, pertanto, si atteggiava come impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere di “*neminem ledere*”, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare dell’altra parte».

contraenti che sembrerebbero invece del tutto libere, o per lo meno non delimitate da alcuna regola interna al rapporto»<sup>104</sup>.

La giurisprudenza di legittimità, pertanto, inizia a mostrarsi sempre più sensibile alle sollecitazioni della dottrina, che ha ravvisato nel principio della buona fede lo strumento per integrare, limitare o correggere il contenuto normativo dell'obbligazione, con riferimento alle esigenze poste dallo svolgimento di essa. Infatti, coerentemente con il riconoscimento alla buona fede di una funzione integrativa del rapporto, la Cassazione ha qualificato il comportamento ad essa contrario in termini di inadempimento contrattuale, tale da legittimare il ricorso al rimedio della risoluzione ex art. 1453 cod. civ., consentendo di rendere operante nella fase di esecuzione del contratto un criterio già ampiamente colaudato nell'applicazione del canone di buona fede alla fase pre-contrattuale<sup>105</sup>.

La duttilità del principio di buona fede comporta che esso venga utilizzato dalla giurisprudenza anche ulteriori scopi, diversi dalla risoluzione, come ad esempio per reprimere lo squilibrio normativo del contratto. Prova di ciò è data dalla sentenza della Cassazione che sancisce l'invalidità della clausola contenuta in un contratto di *leasing*, che imputava all'utilizzatore il rischio della mancata consegna della cosa da parte del fornitore, e abilitava il concedente a pretendere egualmente il pagamento dei canoni, nonostante il mancato godimento del bene da parte

---

<sup>104</sup> NANNI L., *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contratto e Impresa*, 1994, 477. L'Autore sottolinea come la Cassazione, in tale pronuncia, abbia superato l'orientamento tradizionale ispirato al principio volontaristico, volto a negare alla buona fede funzione integrativa del contratto.

<sup>105</sup> Infatti, come in forza dell'art. 1337 c.c. una parte non deve recedere senza giusto motivo da una trattativa giunta ad un punto tale da giustificare il legittimo affidamento dell'altra nella conclusione del contratto, così, in forza dell'art. 1375 c.c., «una parte non può deludere senza giusto motivo la ragionevole aspettativa dell'altra in ordine alla esecuzione del contratto», NANNI L., *op. cit.*, 479.

dell'utilizzatore<sup>106</sup>. In relazione a tale clausola, la Cassazione ha affermato che essa viola il principio dell'esecuzione secondo buona fede ed è pertanto invalida. Va, peraltro, segnalato che solo apparentemente la pronuncia in esame fonda il suo giudizio sul principio di buona fede in relazione alla invalidità della clausola di inversione del rischio, accreditando, così, l'idea che la correttezza possa fondare un giudizio di validità dei patti contrattuali. Dalla lettura dell'intera decisione, infatti, è possibile desumere che l'invalidità della clausola di inversione del rischio va imputata, non alla violazione del principio di buona fede, ma alla sua non rispondenza ad interessi meritevoli di tutela<sup>107</sup>. Indipendentemente dallo strumento utilizzato per censurare tali clausole, la sentenza in esame appare tuttavia importante in quanto rinnova la già manifestata propensione della giurisprudenza a ritenere non rispondenti ai principi dell'ordinamento le clausole eccessivamente gravose o inique per il soggetto in posizione di inferiorità.

La sentenza, inoltre, ripropone il tema dell'oggettivazione dello scambio: prendendo le mosse da un accurato esame della struttura dell'operazione di *leasing* e, conseguentemente, della funzione economico-sociale del relativo contratto, si giunge a considerare invalida la clausola di inversione del rischio a carico dell'utilizzatore, in quanto essa incide sull'operazione di *leasing* tanto da vanificare lo scopo complessivo. Nella pronuncia in esa-

---

<sup>106</sup> Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081; in *Contratti*, n. 1999, 803e ss. con nota adesiva di Ruvolo; in *Giust. civ.*, 1999, I, 3385 ss., con nota di Sebastio.

<sup>107</sup> In senso parzialmente contrario, GALGANO F., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, cit., 924, che ravvisa nella sentenza in commento un'ipotesi in cui i giudici italiani hanno censurato il contratto alla stregua della congruità dello scambio contrattuale, dichiarando la nullità della clausola di inversione del rischio perché in violazione della buona fede nella formazione del contratto. Secondo l'Autore, più precisamente, la Cassazione ha applicato, nella specie, il principio che l'abuso della posizione di potere del contraente forte implica violazione della buona fede nella formazione del contratto, estendendone, quindi, l'operatività al di là delle fattispecie tipiche del contratto del consumatore e del contratto di subfornitura.

me, in altri termini, la Cassazione ha operato un processo di oggettivazione dello scambio contrattuale, in quanto, si è ignorato il concreto comportamento assunto dalle parti in sede di formazione e di esecuzione del contratto; il parametro in questo caso utilizzato per valutare la validità o meno della clausola di inversione del rischio è la stessa causa del contratto. In questo contesto, il principio di buona fede, richiamato dai giudici, assume la funzione di limite generale all'autonomia contrattuale, comportando l'inefficacia o la invalidità delle clausole che comportino uno squilibrio contrattuale<sup>108</sup>.

A questo punto, si deve riproporre il quesito iniziale: se lo squilibrio contrattuale possa essere, esso stesso, considerato violazione della buona fede contrattuale, prescindendo da ulteriori condotte poste in essere dal contraente, o se lo squilibrio sia solo idoneo a fare presumere la presenza di vizio nel corso delle trattative<sup>109</sup>. Parte della dottrina, infatti, ravvisa proprio nella sentenza da ultimo commentata una prima risposta che permette di dare rilievo allo squilibrio contrattuale frutto della violazione, da parte del contraente forte e a danno del contraente debole, del dovere generale di buona fede contrattuale<sup>110</sup>. Ciò comporta la elevazione

---

<sup>108</sup> Sul punto RICCIO A., *op. cit.*, 21: «La clausola generale di buona fede tende ormai ad essere intesa non solo come una fonte di integrazione del contratto, ma anche e soprattutto quale limite generale dell'autonomia dei privati, quale strumento di controllo del contenuto, dell'equilibrio e della congruità causale del contratto».

<sup>109</sup> Secondo RICCIO A., *op. cit.*, 21, per porre rimedio ad un contratto oggettivamente squilibrato, mediante la valorizzazione del principio di buona fede, presuppone che la sua conclusione sia conseguenza della violazione, da parte del contraente forte e a danno del contraente debole, del dovere di buona fede contrattuale. Diversa la posizione di ROLLI R., *op. cit.*, 638, secondo cui, anche se appare preponderante la tendenza a sanzionare l'eccessivo squilibrio tra le prestazioni contrattuali quando sia il risultato dello sfruttamento abusivo da parte di un contraente della disparità di potere contrattuale, «non mancano indici in cui viene in considerazione il notevole squilibrio di per sé considerato».

<sup>110</sup> RICCIO A., *op. cit.*, 24: «La Cassazione con questa sentenza ha enunciato, in modo inequivoco, che se una clausola di un contratto viola l'imperativo principio di buona fede e correttezza contenuto dagli artt. 1175,

della clausola generale di buona fede in senso oggettivo ad inderogabile principio limitativo dell'autonomia privata, la cui violazione comporta la nullità o, comunque, l'inefficacia del contratto ovvero delle sue singole clausole<sup>111</sup>. Tali conclusioni possono ritenersi la logica conseguenza delle argomentazioni dalla Suprema Corte in precedenti pronunce<sup>112</sup>, secondo cui «anche se riferita al momento esecutivo, la buona fede conserva la sua funzione di integrazione del rapporto, quale regola obiettiva che concorre a determinare il comportamento dovuto. [...] Essa non impone un comportamento prestabilito, né è subordinata a specifiche previsioni contrattuali, ché, anzi, può anche imporre alle parti di operare in modo difforme e contrastante da quanto stabilito nel contratto». È chiaro come l'applicazione di tale principio, volto ad attribuire alla buona fede un ruolo non meramente integrativo, ma addirittura “correttivo” della volontà privata, possa portare a giustificare modifiche *ope iudicis* dei termini del contratto<sup>113</sup>.

Estremamente significativa sotto questo profilo si presenta anche la sentenza della Cassazione<sup>114</sup> che, mutando un'opinione

---

1337, 1375 c.c., essa deve considerarsi invalida e quindi nulla, in quanto non realizza interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico». Contra ROLLI R., *op. cit.*, 638, secondo cui tale sentenza rappresenta una ipotesi in cui lo squilibrio assume rilevanza in sé e per sé considerato.

<sup>111</sup> In questo senso RICCIO A., *op. cit.*, 25; GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, cit., 423.

<sup>112</sup> Tra cui si segnala 9 marzo 1991, n. 2503, in *Corr. giur.*, 1991, 789, con commento di DI MAJO A., *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*.

<sup>113</sup> Sul punto cfr. DI MAJO A., *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, cit., p. 791, il quale individua i costi e i benefici conseguenti alla crescente rilevanza del principio di buona fede nei contratti: «Se, tra i costi, è da considerare la lievitazione del tasso di discrezionalità della decisione giudiziaria, tra i benefici v'ha indubbiamente quello di ottenere una soluzione che sia più aderente alle circostanze del caso e che dunque meglio si avvicina a quella “giustizia del caso concreto” che, esorcizzata da molti, non può essere tuttavia troppo facilmente rimossa in favore di più astratte soluzioni».

<sup>114</sup> Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1929 ss., con nota di PALMIERI A., *La riducibilità “ex officio” della penale e il mi-*

consolidata<sup>115</sup>, e richiamando il principio di buona fede oggettiva e correttezza, ha ritenuto che, nel caso previsto dall'art. 1384 cod. civ., il giudice possa rilevare *ex officio* il carattere eccessivo della penale pattuita, al fine di ridurne l'importo<sup>116</sup>.

La Corte ha osservato, innanzitutto, che la precedente interpretazione, per cui la penale è riducibile solo su istanza di parte, non è più «in sintonia con la natura e la funzione della clausola penale [...] e con il complessivo sistema della correlativa disciplina, qua-

*stero delle "liquidated damages clauses"*; *Giur. it.*, 2000, 1154 e ss., con nota di GIOIA G., *Riducibilità ex officio della penale eccessiva*; *Contratti*, 2000, 118,, con nota di BONILINI G., *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale manifestamente eccessiva*; *Giust. civ.*, 1999, I, 2929 ss.; *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 507, con commento di Stefini U.; *Corr. giur.*, 2000, 68, con commento di Faucelli.

Anteriormente a tale sentenza soltanto qualche pronuncia di merito si era espressa in favore della riducibilità *ex officio* della penale: Trib. Firenze, 12 settembre 1995, in *Foro it. Rep.*, 1996, voce *Contratto in genere*, n. 344; Pret. Trento, 19 luglio 1991, in *Giur. merito*, 1993, 1031; Trib. Brescia, 22 febbraio 1988, in *Riv. it. leasing*, 1989, p. 419; App. Bari, 20 giugno 1955, in *Foro it.*, 1956, I, c. 660.

Sul tema sono intervenute le Sezioni Unite le quali, con la pronuncia n. 18128/2005 hanno risolto il contrasto giurisprudenziale, confermando il principio enunciato nella sentenza 10115/1999 e nella successiva sentenza 8188/2003. Cfr. da ultimo Cass., sez. un., 28 settembre 2006, n. 21066, la quale ha concluso nel senso della riducibilità d'ufficio della penale anche in caso di pattuizione nel senso dell'inapplicabilità.

<sup>115</sup> Cass., 21 ottobre 1998, n. 10439, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2138; Cass., 15 gennaio 1997, n. 341, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 62; Cass., 30 marzo 1984, n. 2122, in *Foro it. Rep.*, 1984, voce *Contratto in genere*; Cass., 9 gennaio 1984, n. 138, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, fasc. 1; Cass., 24 aprile 1980, n. 2479, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 1784; Cass., 20 dicembre 1973, n. 3443, in *Mass. Giur. it.*, 1973; Cass., 21 ottobre 1969, n. 3437, in *Giur. it. Rep.*, 1969, voce *Obbl. contr.*, n. 304.

<sup>116</sup> Tale pronuncia viene considerata da autorevole dottrina «un piccolo trattato di storia del contratto, di storia recente del contratto, dell'evoluzione del contratto dalle concezioni soggettivistiche, basate sul dogma della volontà, alle concezioni attuali, oggettivistiche, basate sulla congruità dello scambio contrattuale», così GALGANO F., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, cit., 925.

le si è venuto nel tempo evolvendo, anche per effetto di un più generale fenomeno di rilettura degli istituti giuridici in senso conformativo ai precetti superiori della sopravvenuta Costituzione repubblicana»<sup>117</sup>. Dalle affermazioni della Cassazione emerge con chiarezza la tendenza a considerare il contratto nella sua funzione obiettiva, con il conseguente corollario che viola la buona fede chi abusa dell'autonomia contrattuale<sup>118</sup>.

Si deve, inoltre, osservare come la sentenza che riconosce la riducibilità *ex officio* della clausola penale valorizza in particolare il ruolo della equità correttiva, riconoscendo al giudice il potere, appunto, di correggere il contenuto del contratto, anche *ex officio*. Al riguardo, qualche Autore ha parlato di “funzione eversiva” del criterio di buona fede, poiché la funzione qui attribuitale, non solo

---

<sup>117</sup> LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., 231, da tale affermazione, sembra che, ad avviso della Corte, i principi costituzionali impongano di interpretare gli istituti del diritto civile in modo da evitare effetti economici eccessivamente gravosi per uno dei contraenti. Né, secondo la Corte, vale in contrario richiamare «una ratio di tutela della libertà della volontà negoziale del debitore», poiché il «tramonto del mito ottocentesco dell'onnipotenza della volontà e del dogma dell'intangibilità delle convenzioni ha inciso anche sul fenomeno della riducibilità della penale», la quale ha assunto «connotazioni funzionali più decisamente oggettive, sì che la spiegazione della vicenda appare spostata da una supposta tutela della volontà delle parti ad un interesse primario dell'ordinamento, valutandosi l'intervento del giudice non più in chiave di eccezionalità, bensì quale semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata ... controllo che non può non implicare anche un bilanciamento di valori di pari rilevanza costituzionale» e, cioè, il valore dell'iniziativa economica privata e quello della solidarietà nei rapporti intersoggettivi.

<sup>118</sup> ROLLI R., *op. cit.*, 623 e ss.; Secondo LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., 232, «è chiaro il richiamo all'esigenza di sovrapporre agli effetti che deriverebbero dalla mera considerazione della volontà delle parti, le valutazioni imposte dai principi di legge a garanzia dell'equilibrio e della giustizia dell'assetto di interessi, utilizzando anche, allo scopo, il principio di buona fede: sia nella interpretazione del contratto, sia nella valutazione dei comportamenti attinenti alla fase della conclusione e della esecuzione».

si affianca a quelle di integrazione e correzione del contenuto del contratto, ma consentirebbe al giudice di creare eccezionalmente nuove regole giuridiche, «al di là della semplice integrazione del contratto, in assenza (*praeter legem*) o persino in contrasto (*contra legem*) con le disposizioni di diritto positivo»<sup>119</sup>.

### **3.5. LA CLAUSOLA DI BUONA FEDE COME STRUMENTO PER REPRIMERE L'ABUSO DEL DIRITTO.**

---

<sup>119</sup> MERUZZI G., *Funzione nomofilattica della Suprema Corte e criterio di buona fede*, in *Contratto e Impresa*, 2000, 47. L'Autore, inoltre, osserva che «per quanto concerne l'aspetto sistematico, se da un lato [...] nessun ordinamento può rinunciare del tutto alla funzione eversiva della norma codificata, che posta in essere tramite l'uso delle clausole generali o di altri strumenti concettuali, costituisce un essenziale strumento di evoluzione interna del sistema, dall'altro si sottolinea il pericolo di dare luogo, per il suo tramite, all'eversione dei principi cardine dell'ordinamento. Per quanto concerne l'analisi del diritto applicato, va preso atto che la giurisprudenza, incline ad un uso ampio della buona fede al fine di adeguare l'ordinamento non solo ai valori espressi dalla Costituzione, ma anche alle indicazioni sistematiche provenienti dalle nuove leggi in materia di tutela del contraente debole, percorre ormai con relativa disinvoltura anche il sentiero tracciato da questa ulteriore funzione». A tal proposito, si segnala una pronuncia della Cassazione (sent. n. 18947/2005), relativa ai rapporti fra istituti di credito e clienti, secondo la quale il principio generale di buona fede e correttezza deve prevalere sulle specifiche norme del codice civile. Nel caso di specie, un istituto di credito aveva effettuato delle compensazioni tra il saldo attivo ed il saldo passivo di due conti correnti intestati ad un proprio cliente, secondo quanto previsto dall'art. 1853 c.c. ed in mancanza di patto contrario. La Suprema Corte, accogliendo le doglianze del cliente, il cui conto corrente attivo si era, così, prosciugato a sua insaputa – tanto che aveva, inconsapevolmente, emesso assegni a vuoto – ha affermato che se, da un lato, la banca ha la facoltà di operare la compensazione ex art. 1853 c.c., dall'altro deve esercitare tale facoltà secondo correttezza e buona fede, a salvaguardia dell'interesse del correntista. Alla stregua di tale principio, la Cassazione ha affermato che, nella specie, l'istituto di credito aveva agito in maniera scorretta, omettendo di comunicare al cliente in maniera tempestiva le operazioni di compensazione.

La clausola di buona fede è stata utilizzata, anche, per costruire il divieto generale dell'abuso di diritto<sup>120</sup>; infatti, tra i vari comportamenti imposti dalla clausola generale di buona fede, una categoria è costituita dal corretto esercizio dei poteri discrezionali<sup>121</sup>. La tematica della buona fede, che si ricollega strettamente alla figura dell'abuso del diritto, si traduce in concreto nell'esigenza di sottoporre gli atti di autonomia privata al duplice giudizio di validità e di conformità alla buona fede, impiegando il secondo per stemperare lo *strictum ius*. Il fine a cui si tende è quello di correggere un risultato che, altrimenti, apparirebbe ingiustificato o non equilibrato rispetto alla natura del rapporto voluto dalle parti<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> Sul punto in particolare si veda RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 277: «La scarsa o nessuna utilità del ricorso all'*aemulatio* nella materia dei diritti reali [...] persuade ad imboccare la strada, semplice e rassicurante, delle fondamentali clausole generali dettate per il rapporto obbligatorio (e per il contratto che ne costituisce la fonte dotata di più evidente carattere di razionalità), correttezza e buona fede. Che dall'una e dall'altra possa utilmente attingersi il criterio della valutazione della condotta, la misura di esercizio consentita, la ragionevole comparazione degli interessi, sino a segnare il limite a cui il potere deve arrestarsi e dove diventa inesigibile il sacrificio che si vuole imporre, è un risultato di ampiezza e profondità destinate a crescere e a diminuire in ragione della fiducia accordata ai giudici nel difficile gioco in cui si confrontano il bisogno della certezza delle situazioni e l'attesa di una sostanziale giustizia nei rapporti privati». Cfr. anche DI MARZIO F., *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, cit., 681 e ss.; MACARIO F., *L'abuso dell'autonomia nei contratti tra imprenditori*, in SIRENA P. (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, 277 e ss.; D'AMICO G., *L'abuso dell'autonomia nei contratti con i consumatori*, in , in SIRENA P. (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa.*, cit., 321 e ss.; NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18 e ss.

<sup>121</sup> BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., 214.

<sup>122</sup> NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1974, 38. Cfr. anche RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, cit., 122 "l'abuso del diritto comincia là dove la condotta dell'obbligato, pretesa dal titolare del di-

Per tali ragioni si è affermato che il principio di correttezza svolge una funzione di chiusura del sistema, perché evita di ritenere lecito ogni comportamento che nessuna norma vieta e facoltativo ogni comportamento che nessuna norma rende obbligatorio<sup>123</sup>.

La Cassazione fin dagli anni sessanta si è pronunciata sul collegamento che esiste tra buona fede oggettiva e abuso del diritto; in un primo, momento però, la Cassazione ha riconosciuto una tutela limitata in caso di lesione di un diritto soggettivo ritenendo che la violazione del dovere generico di lealtà e correttezza, quando non esiste una norma che preveda una sanzione autonoma, può costituire solo un criterio di valutazione e qualificazione di un comportamento, ma che tale dovere non può da solo creare un diritto soggettivo tutelato *erga omnes*; in altri termini, il dovere di buona fede non potrebbe essere fonte di responsabilità per danni quando non si concretizza nella violazione di un diritto riconosciuto in base ad altre norme. Tuttavia, nel corso degli anni si è assistito ad un moltiplicarsi di fattispecie applicative dell'utilizzo della clausola di buona fede per reprimere l'abuso del diritto, tra le quali, si possono ricordare: l'atteggiamento della banca garantita con fideiussione omnibus che abbia continuato a fare credito al debitore in evidente insolvenza; la condotta del creditore che azioni un unico diritto frazionandolo in più giudizi; il repentino recesso della banca dall'apertura di credito con modalità tali da ledere l'aspettativa dell'impresa sulla disponibilità del credito e senza il preavviso necessario per la restituzione delle

---

ritto, non sarebbe esigibile. La qualifica in termini di abuso serve a contrassegnare la pretesa del creditore che vada al di là dello sforzo di diligenza che può esigersi dal debitore. La dottrina dell'abuso diviene, così, il mezzo per attenuare l'asprezza del sistema in materia di responsabilità per inadempimento. La nostra legge accoglie infatti, come è noto, una concezione rigorosamente obbiettiva della responsabilità (art. 1218): dinanzi al fatto obbiettivo dell'inadempimento sembra esclusa ogni possibile indagine sullo sforzo di diligenza compiuto dal debitore. La nozione di abuso attenua il rigore del principio, fermando l'ambito e l'estensione della pretesa del creditore al limite dell'esigibilità della condotta del debitore”.

<sup>123</sup> GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., 548.

somme utilizzate; l'esercizio del diritto di impugnativa da parte del socio di minoranza al solo scopo di bloccare le delibere della maggioranza; il voto della maggioranza nell'adottare delibere finalizzate unicamente a ledere diritti della minoranza; il voto dell'usufruttario di azioni a danno del proprietario; l'escussione di una fideiussione a prima richiesta o di un contratto autonomo di garanzia pur a fronte di un palese inadempimento<sup>124</sup>.

In questa evoluzione, la Cassazione rivaluta i principi di buona fede e correttezza ed osserva che essi non operano soltanto nell'ambito dell'esecuzione del contratto, senza possibilità di derivarne diritti soggettivi, poiché, operando in riferimento ad ogni aspetto del rapporto, pongono regole fondamentali di condotta, capaci di vincolare le parti le quali sono tenute a rispettarle. La Corte di Cassazione ribadisce più volte il principio secondo cui la buona fede oggettiva ha un contenuto più ampio di quello previsto dal codice civile che deve essere collegato ai doveri di solidarietà previsti dall'art. 2 della Costituzione<sup>125</sup>. La Corte, in applicazione del principio di buona fede, finisce per riconoscere la sussistenza di obblighi accessori ed ulteriori rispetto alla volontà espressa dalle parti: la buona fede, quale regola obbiettiva che concorre a determinare il comportamento dovuto, può imporre alle parti di operare in modo difforme da quanto stabilito nel contratto, riconoscendo al giudice di merito il potere di verificare la congruenza dello scambio contrattuale.

Da questo quadro emerge che la figura dell'abuso del diritto è entrata nel nostro ordinamento, nonostante la preoccupazione, nutrita degli artefici del codice civile, per la certezza del diritto e per l'ampio potere discrezionale lasciato ai giudici, che impedì l'introduzione nel nostro sistema della norma, presente nel pro-

---

<sup>124</sup> Sul punto si rinvia a Cass. 11 giugno 2003 n. 9353; Cass. 19 dicembre 2008 n. 29776; Cass. 21 maggio 1997 n. 4538; Cass. 14 luglio 2000 n. 9321; Cass. 21 febbraio 2003 n. 2642; Cass. 21 maggio 1997 n. 4538; Cass. 14 luglio 2000 n. 9321; Cass. 21 febbraio 2003 n. 2642;

<sup>125</sup> Sulle applicazioni del principio si rinvia a Cass. 8 aprile 2009 n. 8481; Cass. 20 marzo 2009 n. 6800; Cass. 7 ottobre 2008 n. 29776; Cass. 4 giugno 2008 n. 14759; Cass. 11 maggio 2007 n. 10838.

getto preliminare, che riconosceva l'abuso del diritto proclamando: «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è riconosciuto»<sup>126</sup>.

Rivalutata la figura dell'abuso del diritto, esso è stato largamente utilizzato in più occasioni come criterio rilevatore della violazione dell'obbligo di buona fede<sup>127</sup>. La Cassazione ha, infatti, ribadito l'applicabilità della figura dell'abuso come principio generale al fine di censurare tutti quei comportamenti commissivi od omissivi contrari ai principi di buona fede oggettiva e di correttezza; il principio dell'abuso diviene, così, un mezzo di bilanciamento dei contrapposti interessi, uno strumento che ha eroso i principi liberali, su cui è stato costruito il nostro codice, della assoluta autodeterminazione e insindacabilità degli atti di autonomia privata<sup>128</sup>.

Anche tale ultimo orientamento non sembra però risolvere il problema e ripropone il quesito consistente nel chiedersi se il giudice possa sindacare, attraverso lo strumento dell'equità, il me-

---

<sup>126</sup> Art. 7 del progetto preliminare. Cfr. anche VETTORI G., *Libertà di contratto e disparità di potere*, cit., 756 e ss.

<sup>127</sup> Da ultimo si veda la sentenza Cass. civ., 18 settembre 2009, n. 20106. Il fatto che sta alla base della decisione è l'esercizio di un diritto di recesso *ad nutum* inserito in un contratto di concessione di vendita intercorrente tra la Renault Italia Spa – a favore della quale era previsto il recesso *ad nutum* – e altre numerose società concessionarie. La cassazione ha ritenuto che tale l'esercizio di tale diritto fosse contrario a buona fede e inquadrabile come abuso di diritto. Sul punto si rinvia a MACARIO F., *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corriere giuridico*, 2009, 1577; D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 5.

<sup>128</sup> PATTI S., voce “*Abuso del diritto*”, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, 1, RESCIGNO P., *op. cit.*, 146. Di buona fede quale limite all'autonomia delle parti, volto a contrastare situazioni di abuso dell'un contraente rispetto all'altro, parla DI MAJO A., *Nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, cit., 5 e ss., precisando che «non è detto tuttavia che sempre vi sia *abuso* ove le posizioni delle parti non siano equilibrate dal punto di vista normativo e meno che mai ove non sussista tra di esse adeguatezza economica».

rito dell'operazione contrattuale in sé e per sé considerata, indipendentemente da profili di illiceità o da anomalie nella fase di formazione, e correggerne equitativamente le sperequazioni, riequilibrando le posizioni delle parti e sembra fornire allo stesso soluzione positiva, in aperto contrasto con l'opinione dominante<sup>129</sup>. In questi casi, il principio di buona fede esecutiva, quale norma fondamentale nella fase di esecuzione di tutti i rapporti giuridici, consentirebbe l'integrazione del contratto, o, meglio, la correzione dello stesso, attraverso la disapplicazione di clausole contrattuali, secondo principi di equità, dando rilevanza al principio della buona fede in funzione di riequilibrio degli assetti negoziali sperequati<sup>130</sup>.

In questo modo, infatti, si consentirebbe al giudice di intervenire a protezione del contraente debole, "correggendo" un contratto che risulti oggettivamente squilibrato ponendo a carico di una parte una prestazione economicamente assai più onerosa di quella che grava sull'altro contraente<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> RICCIO A., *Il controllo giudiziale della libertà contrattuale*, cit., 941, si chiede se «effettivamente non sia venuto meno il dogma dell'intangibilità del contratto, anche e soprattutto a seguito dei molteplici interventi di diritto comunitario che, come è noto, giorno dopo giorno stanno ampliando le ipotesi d'intervento del giudice a sindacare il merito delle operazioni contrattuali sperequate a causa della non paritetica posizione contrattuale delle parti e della mala fede del contraente forte. Si sta, dunque, rompendo il nesso tra la regola dell'intangibilità del contratto e l'eccezione della tangibilità, a seguito del progressivo aumento delle eccezioni».

<sup>130</sup> Con riferimento al summenzionato orientamento giurisprudenziale, DI MAJO A., *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, cit., p. 4 ss., afferma: «Più di recente, si è scoperto che anche la nozione di buona fede e correttezza può essere utilizzata per salvaguardare l'equilibrio nei contratti (artt. 1175, 1375 c.c.). Si è trattato di un notevole progresso rispetto al normale impiego della buona fede. Tale impiego ha sempre visto la buona fede come fonte *integrativa* di doveri (definiti *ancillari*) a carico delle parti per garantire un buon esito del contratto (v. da ultimo Cass. 27 settembre 2001 n. 12093 in *Corr. Giur.* 2002, 328)».

<sup>131</sup> Secondo RICCIO A., *La clausola generale di buona fede*, cit., 21, «la clausola generale di buona fede si rivela oggi come uno strumento di razio-

Tale orientamento giurisprudenziale impone di verificare la reale compatibilità con i principi del nostro ordinamento giuridico di una funzione, non soltanto integrativa, ma anche correttiva, della buona fede. A tale proposito sembra opportuno distinguere, nell'ambito della integrazione del contratto, tra integrazione suppletiva ed integrazione cogente. La prima, appunto, supplisce alle eventuali lacune dell'autonomia privata, e, comunque, nel rispetto dei programmi che quest'ultima si è data, senza, cioè, introdurre mai nel contratto regole che non siano coerenti con la logica, gli equilibri, le scelte risultanti dall'accordo delle parti. Per tale ragione, l'integrazione suppletiva è stata definita "amica dell'autonomia privata"<sup>132</sup>. L'integrazione cogente, invece, non supplisce un accordo mancante, ma si sovrappone ad un accordo esistente, disapprovato dall'ordinamento giuridico, perché violatore di interessi o valori preminenti; essa determina la espulsione dal regolamento contrattuale dei contenuti disapprovati dall'ordinamento, benché voluti dalle parti. L'integrazione cogente è, quindi, "antagonista all'autonomia privata"<sup>133</sup>.

Parte della dottrina afferma che la correttezza costituisce «una limitazione in senso tecnico dell'autonomia privata, quale è comunemente intesa, e più precisamente [...] una indicazione che incide sui poteri attribuiti ai privati dal primo comma dell'art. 1322» cod. civ., e ne sottolinea il carattere inderogabile da parte dei privati<sup>134</sup>. Inoltre, la funzione suppletiva svolta dalla buona

---

nalizzazione complessiva delle operazioni contrattuali. Rappresenta il tramite (o lo strumento) per un controllo di ragionevolezza sugli atti di autonomia privata».

<sup>132</sup> Così ROPPO V., *Il contratto*, cit., p. 485

<sup>133</sup> L'espressione è di ROPPO V., *op. ult. cit.*, p. 499.

<sup>134</sup> RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 178 ss. Secondo l'Autore la buona fede si colloca tra le fonti del regolamento contrattuale, prevalente sia sulle norme dispositive che sulle determinazioni private, tanto che, in caso di contrasto di queste ultime col principio di buona fede, deve ammettersi la integrazione *ope iudicis* del regolamento contrattuale.

Tale inderogabilità, però, andrebbe intesa non come appartenenza della buona fede al novero dei principi di ordine pubblico, tale da determinare la

fede in senso solidale al programma contrattuale stabilito dai contraenti e coadiuvante di un'attuazione del rapporto ad esso coerente<sup>135</sup>, escluderebbe che lo stesso principio di buona fede possa svolgere, al tempo stesso, anche un ruolo antagonistico rispetto all'autonomia privata e, conseguentemente, che il controllo giudiziale ispirato a tale principio possa uscire dall'ambito

---

nullità delle clausole ad essa contrarie, legittimando il giudice a compiere interventi correttivi sul regolamento negoziale, ma soltanto nel senso che sarebbe nulla la pattuizione che prevedesse l'inapplicabilità al rapporto della clausola di buona fede, escludendo, così, la sindacabilità della condotta dei contraenti alla stregua della correttezza e la integrazione del contratto in virtù di regole di risoluzione dei conflitti desunte dalla buona fede. Cfr. S. Rodotà, *op. cit.*, p. 182: «L'ovvia attribuzione al giudice di siffatti poteri integrativi induce ad escludere che in essi sia compreso anche quello di integrare la norma contrattuale al fine di metterla in condizione di realizzare direttamente finalità divergenti da quelle a cui l'operazione economica era stata rivolta». Nello stesso senso V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 495, il quale, esprimendosi in senso contrario alla integrazione cogente ispirata al principio della buona fede, che «non potrebbe mai condurre ad affermare la nullità del contratto», sostiene che «sarebbe invece illecito, per contrarietà all'ordine pubblico, l'accordo con cui le parti escludano una volta per tutte, in modo indifferenziato, che al loro rapporto si applichi il principio di buona fede. Ovvero: è inammissibile una deroga generalizzata e "in bianco" al principio (che, *in quanto principio*, ha valore imperativo); è ammissibile derogare, in modo individualizzato, alle sue singole applicazioni concrete (che hanno perciò valore suppletivo)».

<sup>135</sup> Anche se la buona fede non è esplicitamente richiamata dall'art. 1374 c.c., norma fondamentale in tema di integrazione del contratto, si osserva che essa deve intendersi implicitamente richiamata nel rinvio alla legge. Infatti, è legge l'art. 1375 c.c., secondo cui "il contratto deve essere eseguito secondo buona fede". ROPPO V., *op. ult. cit.*, 493. Dello stesso avviso RODOTÀ S., *op. cit.*, p. 165: «Una volta accertata la tassatività dell'elenco contenuto nell'art. 1374 (leggi, usi, equità), rimane proprio aperta la possibilità di individuare altre norme di legge, contenenti ulteriori indicazioni relative alla integrazione: questo, vedremo, è proprio il caso della correttezza, la cui considerazione legislativa non può essere messa in dubbio». *Contra* RUSSO D., *Sull'equità dei contratti*, cit., 57, secondo cui la riconduzione della buona fede alla previsione legislativa di cui all'art. 1374 c.c. «appare una forzatura del sistema, chiaro nel distinguere la funzione della buona fede da quella assegnata alla legge, agli usi e all'equità».

dell'integrazione del regolamento convenzionale e comportare un vero e proprio giudizio di validità del contratto e delle sue clausole<sup>136</sup>. Si conclude, pertanto, che il principio di buona fede può condurre alla responsabilità contrattuale, ma non ad affermare la nullità del contratto o di sue singole clausole<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> Secondo D. Russo, *Sull'equità dei contratti*, cit., p. 57, l'ambito di applicazione del principio di buona fede «resta, per l'opinione prevalente, quello della esecuzione del programma contrattuale. In tale contesto (e solo in questo) è concepibile un ruolo "integrativo" della buona fede chiamata ad individuare quegli obblighi accessori positivi e negativi reciprocamente esigibili dalle parti in quanto funzionali alla realizzazione degli interessi contrattuali e nei limiti di un "apprezzabile sacrificio" degli stessi».

<sup>137</sup> Sul punto, cfr. ROPPO V., *Il contratto*, cit., p. 497: «Sintetizzando, può dirsi che la buona fede obbliga ciascuna parte a comportarsi – nell'ambito del rapporto contrattuale – in modo da non pregiudicare, e anzi da *salvaguardare il ragionevole interesse di controparte, quando ciò non comporti a suo carico nessun apprezzabile e ingiusto sacrificio*. A loro volta, le conseguenze a carico del contraente che viola la buona fede possono sintetizzarsi così: *impossibilità di far valere pretese contrattuali verso controparte; oppure esposizione alle pretese contrattuali di controparte*". L'A., tuttavia, riconosce che «questa visione è considerata riduttiva da settori della dottrina, propensi ad *adibire il principio a funzioni di controllo dell'autonomia privata e d'integrazione cogente*, che la tradizione riserverebbe a strumenti diversi (norme imperative, ordine pubblico, buon costume)», non nascondendo perplessità in ordine a tale propensione. Tale linea innovativa viene ravvisata da Roppo sia nella legislazione ed, in particolar modo, nella disciplina dei contratti dei consumatori, sia nella giurisprudenza, «che comincia a disattendere clausole con cui le parti avevano concordato un certo assetto dei propri diritti e obblighi, ritenuto dai giudici contrario a buona fede».

Secondo Mengoni L., *Autonomia privata e Costituzione*, cit., 9, la clausola di buona fede «si concreta in obblighi autonomi ordinati alla protezione dell'interesse di ciascun contraente a preservare la propria persona e i propri beni da danni prodotti da comportamenti scorretti (sleali o negligenzi) dell'altra, sia nella fase delle trattative e della formazione del contratto, nella quale costituiscono un rapporto obbligatorio senza obbligazione primaria di prestazione, sia nella fase dell'esecuzione del contratto, del cui contenuto essi entrano a far parte come obblighi accessori (obblighi di correttezza). [...] In ordine, invece, alle prestazioni dedotte in contratto in funzione degli interessi perseguiti dalle parti, la buona fede, secondo

Altra parte della dottrina, invece, dal valore di ordine pubblico della buona fede desume che essa sarebbe fonte primaria di integrazione del rapporto, e prevalere, nonostante la volontà delle parti, anche sulle posizioni contrattuali<sup>138</sup>. La buona fede viene considerata, quindi, come un principio di giustizia superiore, che opera nel senso di un giusto temperamento degli interessi delle parti, imponendo a ciascuna di esse di salvaguardare l'utilità dell'altra a prescindere da determinati obblighi contrattuali o extracontrattuali<sup>139</sup>.

---

l'insegnamento corrente fondato su un argomento *a contrario* dalla lettera dell'art. 1374 c.c., non è fonte di integrazione del regolamento negoziale, ma soltanto un criterio ermeneutico di esplicitazione di doveri o condizioni impliciti nel contenuto dell'accordo (art. 1366 c.c.) oppure un criterio di determinazione delle modalità esecutive e quindi di valutazione dell'esattezza dell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.). [...] In nessun caso, comunque, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per i danni».

Secondo A. Di Majo, *La nozione di equilibrio nella tematica contrattuale*, cit., 5, «è difficile che, attraverso la valutazione di buona fede, possa arriversi a garantire *in positivo* l'equilibrio contrattuale. L'impiego della buona fede, in ultima analisi, può determinare l'inesigibilità della prestazione non in equilibrio con l'altra ma non anche la imposizione di un equilibrio mancante e/o difettoso».

<sup>138</sup> BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., 206; ID., *Il contratto*, cit., 501: «Pur se riferita al momento esecutivo, la buona fede rileva come fonte primaria d'integrazione del rapporto, prevalente anche sulle determinazioni contrattuali. In tal senso depono il suo valore di ordine pubblico. La buona fede rappresenta infatti uno dei principi portanti del nostro ordinamento sociale, e il fondamento etico che le viene riconosciuto trova rispondenza nell'idea di una morale sociale attiva o solidale, che si pone al di là dei tradizionali confini del buon costume».

<sup>139</sup> BIANCA C.M., *Il contratto*, cit., 520. Pur qualificando la buona fede come principio di ordine pubblico, l'A., tuttavia, non sembra discostarsi dall'orientamento dottrinale che intende il carattere inderogabile della buona fede in senso restrittivo, sanzionando con la nullità le sole clausole che prevedessero l'inapplicabilità al rapporto della buona fede. Cfr. BIANCA C.M., *La nozione di buona fede*, cit., 206: «Ci si chiede se possa sussistere

### 3.6. L'EQUILIBRIO CONTRATTUALE NEI *PRINCIPI UNIDROIT* E NEI *PRINCIPI DI DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI*.

I *Principi Unidroit*, al pari della nostra legislazione interna, non contengono una disposizione generale cogente che consente di eliminare le clausole contenute in un contratto che risultano inique: le parti sono libere di inserire clausole sostanzialmente squilibrate, come per esempio quelle di esonero di responsabilità o che prevedono il pagamento di una somma determinata in caso d'inadempimento<sup>140</sup>.

In tema di equilibrio contrattuale, tuttavia, i *Principi Unidroit* dedicano un'apposita norma, l'art 3.10 che definisce “*gross disparity*” il significativo squilibrio originario nell'ambito delle negoziazioni internazionali, ed attribuisce alla parte che si trova in posizione di inferiorità contrattuale la possibilità di chiedere l'annullamento, o l'intervento riequilibratore del giudice allor-

---

una contrarietà del contratto o di singole clausole contrattuali alla regola della buona fede e se la conseguenza possa essere quella della invalidità. [...] Di disposizione contraria alla buona fede potrebbe parlarsi nei casi in cui la regola contrattuale precludesse l'applicazione del principio e legittimasse la parte a comportarsi senza tenere conto dell'interesse dell'altra. Se non risulta che questo interesse sia irrilevante o sia stato altrimenti salvaguardato deve riconoscersi la violazione del principio di buona fede, e la conseguente nullità della disposizione».

<sup>140</sup> Unica eccezione è contenuta nell'art. 7.16, che sancisce «che non ci si può valere di una clausola che limita o esclude la responsabilità di una delle parti in caso d'inadempimento, o che permette ad una delle parti di eseguire una prestazione sostanzialmente differente da quella che l'altra parte ragionevolmente si aspetta se, avuto riguardo alle finalità del contratto, sarebbe manifestamente ingiusto farlo». Il motivo dell'eccezione risiede nel fatto che le clausole di esonero si riferiscono non solo ai contratti con i consumatori, ma sono spesso frequenti anche nei contratti commerciali internazionali.

quando il contratto attribuisca alle parte che approfitta della propria posizione ingiustificati vantaggi<sup>141</sup>.

Tra i fattori che si devono considerare per l'applicazione della norma vi è il vantaggio ingiusto sia derivante o dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate di una delle parti, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza a trattare; infine va tenuto conto della natura e dello scopo del contratto. Il secondo comma, inoltre, prevede che la parte avente diritto a chiedere l'annullamento, senza necessità di agire in giudizio, può domandare che il contratto sia riportato ad equità; l'intervento del giudice avverrà in un secondo momento, in alternativa all'annullamento, per adattare il contratto o le clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio. Il giudice, infine, può modificare il contratto o le clausole, anche a richiesta della controparte alla quale sia stato inviato avviso di annullamento, purché tale parte ne informi l'altra prontamente dopo aver ricevuto l'avviso e prima che quest'ultima abbia agito facendone affidamento (terzo comma).

---

<sup>141</sup> «Art 3.10 - (Eccessivo squilibrio). (1) Una parte può annullare il contratto o una sua singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo. Si devono considerare, tra gli altri fattori, (a) il fatto che l'altra parte abbia tratto un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare, e (b) la natura e lo scopo del contratto.

(2) Su richiesta della parte che ha diritto all'annullamento il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio.

(3) Il giudice può adattare il contratto o le sue clausole anche a richiesta della controparte alla quale sia stato inviato l'avviso di annullamento, purché tale parte ne informi l'altra prontamente dopo aver ricevuto l'avviso e prima che quest'ultima abbia agito facendovi affidamento. Le disposizioni di cui all'articolo 3.13(2) si applicano con le opportune modifiche». Sul punto cfr. VOLPE F., *op. cit.*, 87 e ss.; NAVARRETTA E., *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 507 e ss.; BARCELLONA M., *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, cit., 631 e ss.

Affinché si configuri lo squilibrio, il vantaggio deve essere eccessivo, ingiustificabile ed esistente al momento della conclusione del contratto. Come emerge dal testo dell'articolo, le componenti per poter procedere all'annullamento del contratto sono due: in primo luogo, deve esservi il dato oggettivo di uno squilibrio di valori tra le prestazioni, tale da conferire un vantaggio eccessivo; in secondo luogo, il vantaggio deve essere ottenuto sfruttando l'altrui posizione di debolezza, o altrimenti mancare di qualsiasi giustificazione. Bisogna notare che il parametro per poter accertare questo dislivello non è un criterio rigido, ma elastico che consente all'interprete, di valutare caso per caso se, all'interno del sinallagma, vi è una sperequazione, poiché non ogni situazione che turba la proporzione tra le prestazioni può essere così grave da permettere alla parte "debole" di richiedere l'annullamento o l'adattamento del contratto.

I casi di sfruttamento della posizione di debolezza di una parte a danno dell'altra, si delineano, così come prevede l'articolo in questione, quando si trae agevolazione dalle difficoltà economiche o da necessità immediate dell'altra parte, oppure dall'imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare. Tuttavia, nello stesso commento all'articolo, vi è un temperamento in quanto si considera che un maggiore potere contrattuale, derivante dalle condizioni di mercato, non è sufficiente per potere chiedere gli strumenti protettivi disposti dalla norma in questione ma, perché si abbia un ingiustificato vantaggio, deve essere presente anche una strutturale situazione di debolezza della parte svantaggiata<sup>142</sup>. Nella realtà, quindi, una parte in posizione di egemonia derivante da monopolio o oligopolio, può imporre scambi iniqui. Solo qualora la parte dominante ottenga un vantaggio eccessivo, sfruttando la posizione di dipendenza dell'altra, vi potrebbero essere i presupposti per potere agire e chiedere l'annullamento o la modifica delle clausole o del contratto. Il vantaggio ottenuto, inoltre, può essere eccessivo, anche quando la parte non abbia abusato della sua posizione di forza contrattuale,

---

<sup>142</sup> BONELL M.J. (a cura di), *Principi Unidroit*, Roma, 2004, 114.

ma questo dipende dalle circostanze; la disparità di forza, infatti, è solo uno dei requisiti da valutare, essendo necessario inoltre prendere in considerazione la natura o lo scopo del contratto.

Si può notare che i *Principi Unidroit*, anche se non hanno forza di legge, trovano applicazione grazie alla completezza delle regole che racchiudono, e, fungendo da modello ispiratore per i legislatori nazionali, mostrano di tenere conto del problema dell'equilibrio contrattuale e dell'equità fra gli scambi, in termini, sebbene generici, più ampi rispetto al nostro codice.

Da tale orientamento non si discostano i PECL i quali prevedono, all'art. 4.109<sup>143</sup>, che sono gravemente iniqui gli accordi, con i quali una parte tragga un vantaggio eccessivo ed ingiustificato approfittando della situazioni di svantaggio in cui si trova l'altra parte essendo quest'ultima in una posizione di dipendenza o di fiducia, di bisogno economico, di urgente necessità, di ignoranza, imprudenza, inesperienza, o priva di abilità a trattare negli affari. I PECL in questa parte sembrano richiamare gli istituti di rescissione e di risoluzione per eccessiva onerosità, presenti nel nostro codice. Tuttavia agiscono secondo termini più vasti non prevedendo la preclusione della lesione "*ultra dimidium*".

---

<sup>143</sup> Art. 4:109 – Ingiusto profitto o vantaggio iniquo. (1) Una parte può annullare il contratto se, al momento della conclusione di esso: (a) fosse in situazione di dipendenza o avesse una relazione di fiducia con l'altra parte, si trovasse in situazione di bisogno economico o avesse necessità urgenti, fosse affetto da prodigalità, ignorante, privo di esperienza o dell'accortezza necessaria a contrattare, e (b) l'altra parte era o avrebbe dovuto essere a conoscenza di ciò e, date le circostanze e lo scopo del contratto, ha approfittato della situazione della prima in maniera gravemente scorretta o ne ha tratto un ingiusto profitto.

(2) Su domanda della parte legittimata all'annullamento, il giudice può, ove il rimedio sia adeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza.

(3) Il giudice può parimente modificare il contratto su domanda della parte alla quale è stata inviata la comunicazione di annullamento per ingiusto profitto o vantaggio iniquo, purché la parte che ha inviato la comunicazione ne sia informata prontamente da quella che l'ha ricevuta e prima che abbia potuto agire sulla fede nella comunicazione.

L'articolo 4:109 si riferisce infatti a situazioni di maggiore ampiezza rispetto al codice civile, in quanto vengono prese in considerazione anche la dipendenza e il dissesto economico, il bisogno, l'avventatezza, l'ignoranza o l'incapacità di condurre le trattative di una parte rispetto all'altra. Tuttavia, perché tali circostanze operino come fattori invalidanti occorre che l'altra parte ne fosse a conoscenza (o che potesse conoscerli) e che ne abbia nonostante ciò tratto profitto. L'art. 4.109, riprende poi la norma 3.10 dei *Principi Unidroit*, laddove concede alla parte svantaggiata di chiedere al giudice l'invalidità, oppure di correggere il contratto secondo correttezza e buona fede, ovvero permette all'altra parte la possibilità di ottenere la modifica del contratto per bloccare la domanda di annullamento.

L'art. 4.110 dei PECL<sup>144</sup> ricalcando in parte il contenuto dell'art. 33 cod. cons., senza però prevedere un lista di clausole per definizione abusive, stabilisce che una clausola non negoziata, contraria ai principi di correttezza e buona fede, se dà luogo ad uno squilibrio eccessivo di diritti e obblighi nascenti dal contratto, può essere privata di effetti, riferendosi a qualunque contrattazione fra privati, senza preclusioni in merito al particolare *status* soggettivo dei contraenti.

I PECL delineano anche un'apposita disciplina, all'art. 6.111, nel caso di cambiamento di circostanze "*change of circumstances*", o così come definito secondo i *Principi Unidroit* "*hardship*". Le ipotesi previste si avvicinano all'eccessiva onerosità sopravvenuta (art.1467 cod. civ.) previste dal nostro legislatore.

---

<sup>144</sup> Art. 4:110 - Clausole abusive non oggetto di trattativa individuale.  
 (1) Una parte può annullare una clausola che non sia stata oggetto di trattativa individuale se, in contrasto con la buona fede e la correttezza, essa provoca un significativo squilibrio nei diritti e nelle obbligazioni contrattuali delle parti a danno di detta parte, tenuto conto della natura della prestazione, delle altre clausole del contratto e delle circostanze al momento in cui il contratto è stato concluso.

(2) Questa norma non si applica a: (a) la clausola che fissa l'oggetto del contratto, sempre che essa sia formulata in un linguaggio chiaro e intelligibile; né (b) all'adeguatezza del valore delle obbligazioni di una parte rispetto al valore delle obbligazioni dell'altra.

L'art. 6.111 conferisce alle parti la possibilità di modificare il contratto, nel caso in cui, il mutamento delle circostanze si sia verificato dopo la sua conclusione e non poteva essere in quel momento previsto, e la parte danneggiata non fosse tenuta ad assumersi il rischio del mutamento. Il testo prevede che il contraente in primo luogo deve impegnarsi a nuove trattative, al fine di modificare il contratto, regola questa che meglio rispecchia il ruolo fondamentale che assume l'autonomia privata, clausola generalmente accolta nel commercio internazionale. Nel caso in cui tali trattative rimangano sterili, è possibile rivolgersi al giudice che potrebbe pronunciarsi per la risoluzione, oppure modificare le clausole, intervenendo direttamente sul contratto ovvero anche prevedere una condanna al risarcimento danni per violazione dell'obbligo di concordare trattative.

Dal complesso delle disposizioni sopra indicate, si comprende come a livello sovranazionale, il problema dello squilibrio contrattuale risulta maggiormente avvertito e viene tutelato da specifiche disposizioni che mirano a proteggere il soggetto che nel rapporto contrattuale si può trovare esposto all'abuso della parte che è in una situazione di forza.

I progetti, rappresentando il punto centrale per un'elaborazione di un diritto sovranazionale dei contratti, appaiono protesi ad individuare regole di base per l'impugnabilità in ambito internazionale dei contratti sperequati. Emerge dalla loro lettura che l'evoluzione normativa del tema dell'equilibrio e della giustizia contrattuale impiega un sempre maggiore campo di operatività e ampiezza, tanto da rimettere al giudice valutazioni circa il carattere più o meno razionale del prezzo degli operatori economici, evidenziando una tendenza che si tipicizza anche sui modelli di *common law* che mirano a sfuggire da astratte formulazioni in un'ottica che tiene conto dell'esperienza del caso concreto<sup>145</sup>.

---

<sup>145</sup> ALPA G., "Principles of European Contract law" predisposti dalla Commissione Lando, in *Riv. crit. di dir. priv.*, 2000, 497.

### 3.7. CONCLUSIONI.

Non pochi Autori, anche alla luce dei principi europei dei contratti, hanno accolto favorevolmente l'orientamento giurisprudenziale volto ad applicare la clausola generale di buona fede con funzione di controllo del contenuto contrattuale, e a ricollegare alla violazione di tale principio un effetto invalidante del contratto<sup>146</sup>. La buona fede viene considerata, infatti, quale strumento di razionalizzazione complessiva delle operazioni contrattuali, quale tramite per un controllo di ragionevolezza sugli atti di autonomia

---

<sup>146</sup> RICCIO A., *La clausola generale di buona fede*, cit., 26: «Che alla violazione della regola di buona fede possa conseguire un effetto invalidante del contratto o di una sua clausola è ormai acquisito». Si veda inoltre GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, cit., 423: «Che alla violazione della regola di buona fede possa conseguire, in base all'art. 1418, comma 1, c.c., la nullità o, comunque, l'inefficacia del contratto o a norma dell'art. 1419 c.c. di singole sue clausole, non può più suscitare scandalo»; ID., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, cit., 926: «È un contratto spogliato di molti dei suoi connotati di volontarietà, e visto essenzialmente nella sua funzione oggettiva, nello scambio contrattuale, sindacabile alla stregua dei criteri di buona fede nella formazione, nell'interpretazione e nella esecuzione del contratto». Secondo ROLLI R., *op. cit.*, 626, il sindacato sul contratto, condotto alla stregua del criterio di buona fede, può portare alla dichiarazione di nullità dello stesso per violazione della norma imperativa sulla buona fede contrattuale, aprendo, così, «nuovi scenari [...] per la operatività della regola di buona fede che non attiene più solamente al profilo delle modalità dell'adempimento, ma diviene criterio per valutare la validità dell'atto». DI MAJO A., *Libertà contrattuale e dintorni*, cit., ravvisa nelle pronunce sopra riportate un passo della Corte di Cassazione verso un impiego della clausola della buona fede anche in funzione integrativa del contenuto contrattuale (intesa, quest'ultima, come funzione diversa ed ulteriore rispetto a quella integrativa degli effetti *ex art.* 1374 c.c.). MENGONI L., *op. cit.*, 8 e ss., ritiene che il graduale mutamento operato dalla giurisprudenza, tradizionalmente diffidente verso l'uso della clausola di correttezza e buona fede come strumento di controllo dell'autonomia privata, sia stato determinato da una «progressiva sensibilizzazione della dottrina privatistica ai valori etici della persona istituzionalizzati nella carta costituzionale nella forma di diritti fondamentali».

privata, attraverso cui il giudice può, a protezione del contraente debole, porre rimedio ad un contratto che oggettivamente risulti squilibrato e che ponga a carico di una parte una prestazione economicamente assai più onerosa di quella che grava sull'altro contraente<sup>147</sup>.

Sostanzialmente non sembra scorretto affidare al giudice il compito di individuare, in relazione alle varie fattispecie sottoposte alla sua attenzione, quel minimo di cooperazione e solidarietà, volte ad evitare lo sbilanciamento degli interessi inseriti nel contratto. In relazione al problema dell'equilibrio contrattuale, quindi, la clausola di buona fede può essere in grado di svolgere una funzione atta ad evitare che il contratto diventi strumento di imposizione di condizioni inique mediante lo sfruttamento dell'altrui debolezza o l'abuso del diritto<sup>148</sup>.

Ciò significa, in altre parole, che alla clausola generale di buona fede viene attribuito il ruolo di garantire e salvaguardare non tanto l'equilibrio oggettivo tra le prestazioni, ossia il rapporto di

---

<sup>147</sup> RICCIO A., *La clausola generale di buona fede*, cit., 21: «Ove il contenuto del contratto presenti straordinari oneri a carico di una parte ed il bilanciamento dei contrapposti interessi risulti visibilmente squilibrato, irragionevole, per effetto di un fine prevaricatore di uno dei contraenti lesivo di quel costituzionale dovere di solidarietà sociale che da tempo la Cassazione collega al codicistico dovere di buona fede (art. 2 Cost.), allora il giudice non potrà accontentarsi di affermare che “il contratto è il contratto”, ma dovrà intervenire in funzione repressiva e sanzionatoria (dell'autonomia dei privati), attraverso lo strumento della nullità del contratto (totale o parziale) ex art. 1418, comma 1, c.c.».

<sup>148</sup> Cfr. GALLO P., *Buona fede oggettiva e trasformazione del contratto*, cit., 263 il quale osserva che «autonomia privata non può significare diritto indiscriminato di danneggiare gli altri e sfruttare l'altrui ignoranza, buona fede, o ancora imporre condizioni inique o vessatorie», ma che «il contratto deve essere il più possibile equo e corretto, ma nel contempo libero. Ecco quindi che non deve ravvisarsi un contrasto tra buona fede ed autonomia privata. Buona fede significa soltanto che il contratto non può diventare lo strumento per imporre condizioni inique; ferma restando la piena libertà dei contraenti di perseguire i loro interessi individuali nel rispetto delle norme poste dall'ordinamento. Si tratta in altre parole soltanto di evitare possibili abusi, non certo di reprimere ed azzerare la libertà contrattuale».

equivalenza o proporzione tra il valore dei beni scambiati o delle prestazioni effettuate, quanto l'equilibrio soggettivo, e, cioè, la parità di potere o forza contrattuale dei contraenti. In tale prospettiva si colloca la soluzione offerta dagli Autori particolarmente sensibili al problema dell'equilibrio contrattuale, consistente nel valorizzare la clausola generale dell'art. 1337 cod. civ., al fine di qualificare come scorrettezza l'abuso di una posizione di forza durante le trattative, consentendo, in tal modo, di «recuperare sotto forma di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale, gli utili eventualmente realizzati dalla controparte in eccesso rispetto al valore di mercato della prestazione»<sup>149</sup>.

Alla luce dell'indagine condotta fin qui, sembra quindi che la tendenza più recente del diritto dei contratti d'impresa sia quella di ricondurre il profilo dell'equilibrio contrattuale ai canoni di giustizia distributiva secondo un orientamento proteso a controllare ed evitare che la parte contrattualmente più forte si avvantaggi a danno dei soggetti “deboli”.

#### 4. LE NULLITÀ DI PROTEZIONE.

Tra i rimedi con cui l'ordinamento effettua un controllo sull'autonomia contrattuale dei privati la nullità rimane istituto essenziale soprattutto in un ottica di conservazione del contratto; va da subito sottolineato che nemmeno la nullità è andata esente

---

<sup>149</sup> Così LANZILLO R., *Regole del mercato*, cit., 335, la quale ritiene che «ad analogia responsabilità per danni potrebbero dar luogo talune fattispecie di concorrenza sleale, qualora abbiano permesso ad una delle parti di realizzare, mediante il contratto, profitti eccessivi» ed inoltre osserva che «il risarcimento del danno può risultare in molti casi rimedio più idoneo a proteggere la parte lesa di quanto non sia la dichiarazione di invalidità e di inefficacia della convenzione. Esso consente, infatti, all'interessato di tenere fermo il contratto, modificandone le condizioni, laddove l'invalidità o la rescissione la porrebbero di fronte all'alternativa fra perdere una prestazione, di cui in ipotesi può aver bisogno, o accettare le condizioni inique».

da modifiche ad opera del legislatore comunitario e nazionale nella disciplina della contrattazione di impresa<sup>150</sup>.

È stata, infatti, introdotta la c.d. nullità di protezione, la quale «non è una categoria monistica, bensì plurale, irriducibile a uno schema unitario e compatto, come pure a uno statuto normativo uniforme ed omogeneo»<sup>151</sup>. La introduzione delle nullità di protezione è, ancora una volta, espressione della poca propensione degli istituti presenti nel nostro ordinamento a tutelare il soggetto debole e di un'evidente difficoltà del nostro legislatore di adattare la figura della nullità del codice civile a quella prevista nelle diret-

---

<sup>150</sup> Sul punto si rimanda a AMADIO G., *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 285; D'AMICO G., *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 732; DI MARZIO F., *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 837; PAGLIANTINI S., *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, 1040; SCALISI V., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 459; ID., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 843. Si segnalano *ex multis* sul tema più generale della nullità: MONTICELLI S., *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Milano, 1995; PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, Milano, 1995; DI MARZIO F., *La nullità del contratto*, Padova, 1999; POLIDORI S., *Disciplina delle nullità e interessi protetti*, Cernusco-Napoli, 2001; PILIA C., *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002.

<sup>151</sup> SCALISI V., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., 460, il quale osserva inoltre che «le singole figure sembrano anzi costituire la tappa più significativa e forse la manifestazione più saliente di quel lento ma inesorabile cammino che, in poco meno di un quarto di secolo, ha portato anche la nullità, al pari di tutte o quasi tutte le altre categorie e istituti di diritto civile, dall'unità alla pluralità: da una disciplina generalizzata ed indifferenziata, seriale ed astratta, facente leva soltanto sull'esistenza di determinate cause e predefiniti caratteri a un regime giuridico invece diversificato e complesso, variamente articolato e graduato, a seconda della concreta e specifica patologia inficiante l'atto». Cerca, invece, di enucleare uno statuto unitario della nullità protettiva AMADIO G., *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 285.

tive comunitarie<sup>152</sup>. È chiaro che il legislatore nazionale, su impulso comunitario, ha dovuto abbandonare il rigido binomio nullità assoluta (che può essere azionata da qualsiasi interessato) nullità relativa (azionabile solo da specifici legittimati), per delineare una categoria atipica, contraria al canone dell'assolutezza che governa la nullità, ma nel contempo non identificabile con l'annullabilità, da cui deriva la sola limitazione della legittimazione attiva, differenziandosene in quanto non mira alla tutela di interessi solo individuali<sup>153</sup>.

Nell'ottica di adeguamento alle istanze provenienti da svariati settori dell'economia, in particolar modo da quello cui fanno capo i contraenti deboli, la sanzione civilistica della nullità è stata assorbita in un vortice di cambiamenti che ha finito per stravolgerne la struttura e per snaturarne la funzione, ed è perciò corretto quanto affermato da alcuni autori che escludono la sussistenza di un regime generale della nullità civilistica cui si affiancherebbero mere previsioni di nullità speciale in determinate aree giuridiche:

---

<sup>152</sup> Rileva DI MARZIO F., *Verso il nuovo diritto dei contratti (Note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 732-733: «Sull'orizzonte-frontiera del nuovo diritto dei contratti balugina da qualche tempo il grande corpo della nullità. Per opera del legislatore, innanzitutto: che introduce a ritmo elevato fattispecie di nullità testuale in tutti gli ambiti emergenti del diritto contrattuale, dai contratti dei consumatori, ai contratti ineguali d'impresa. Per opera della giurisprudenza, inoltre: che valorizza progressivamente istituti fortemente problematici come quelli della nullità virtuale o della nullità sopravvenuta. Per opera infine della dottrina: che inevitabilmente riscopre il tema, invero troppo spesso trascurato a causa dello scarso potere di seduzione imputato alla materia».

<sup>153</sup> La figura della nullità relativa è ammessa dalla dottrina tradizionale cfr. MESSINEO F., *Il contratto in generale*, cit., 494; TOMMASEO F., (voce) *Nullità (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 896. La nullità relativa si trova enunciata nel diritto positivo anche nell'art. 21 della legge n. 203 del 3 maggio 1982 in materia di contratti agrari, nel contratto di edizione a termine in cui non sia stato indicati il numero di esemplari da realizzare per ogni edizione- art. 122 della legge n. 633 del 22 aprile 1941.

è più realistico ed aderente al dato legislativo parlare di pluralità di statuti di nullità<sup>154</sup>.

La nullità sembra, infatti, aver subito profonde variazioni che le hanno sottratto il ruolo di strumento di protezione del rispetto dei principi fondamentali posti a tutela dell'interesse comune. Il legislatore del 1942 ha previsto numerose "salvezze" all'interno della disciplina di cui agli artt. 1418 ss. cod. civ., unanimemente riconosciuta come la regolamentazione generale da applicare alla nullità laddove mancassero precetti appositi. Tuttavia, le numero-

---

<sup>154</sup> Osserva PILIA C., *op. cit.*, 361: «Si dimostrano perciò insoddisfacenti quegli indirizzi ricostruttivi che forzano le singole previsioni normative nel tentativo di ricondurle a taluni degli statuti della nullità che, per interi settori o ambiti normativi più o meno estesi sono stati prospettati per opera degli interpreti. Essi, infatti, nell'ipostatizzare un determinato statuto della nullità nell'intento di applicarlo fuori dal suo diretto ambito di previsione, in realtà, finiscono per indulgere verso automatismi nella soluzione di problemi, che non reggono alla verifica dell'adeguatezza sui singoli profili della disciplina, da condurre caso per caso. Caratteristica della nullità, infatti, appare sempre più quella della sua flessibilità ed elasticità, nel senso di rimedio strettamente commisurato alle peculiari esigenze di tutela che con la sua comminatoria il legislatore mira a realizzare. Valore meramente descrittivo e tendenziale, di contro, rivestono le locuzioni ormai diffuse nel lessico giuridico, tra le quali, nullità codicistiche, nullità di derivazione comunitaria, nullità speciali o relative che anche nel caso in esame sono richiamate». In senso conforme POLIDORI S., *op. cit.*, 112-113, il quale aggiunge: «Ancora meno persuade... la pretesa di costruire la "nullità di protezione" come categoria unitaria, quasi che alla moltitudine di interventi nei quali l'utilizzo della nullità negoziale è finalizzato a regolare ed equilibrare il mercato dei beni e dei servizi sia costantemente sottesa la tutela dello stesso soggetto, individuato con l'etichetta di "contraente debole", da perseguirsi attraverso uno statuto rimediale sempre uguale a se stesso», nonché: «non esiste [...] la nullità di protezione con il suo statuto unitario, destinato a prevalere sulle regole codicistiche in virtù del principio *specialis derogat generalis*, ma vi sono una serie di nullità dettate (non sempre in via esclusiva) a tutela di uno dei soggetti del rapporto, in ordine alle quali la valutazione dell'interprete, volta a ricostruire il regime giuridico, deve assumere necessariamente carattere relativo e prestarsi a comporre adeguatamente tutti gli interessi coinvolti nella vicenda concreta, nel rispetto dell'ordine gerarchico che il sistema pone fra gli stessi».

se disposizioni legislative sopravvenute che prevedono delle nullità speciali facendo uso delle suddette “salvezze” finiscono per restituire all’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale una nozione dai contorni non più definiti: voler parlare di nullità con riferimento alle numerose fattispecie previste dalle leggi speciali implica l’esigenza di operare numerose concessioni in relazione alle esigenze del caso. È chiaro tuttavia che, seguendo questo metodo, della nullità tradizionale resta ben poco.

Il principale spunto di riflessione, di quanto appena osservato, è rappresentato dal nuovo meccanismo di tutela del contraente debole che si risolve nella nullità c.d. di protezione, la cui denominazione è stata anche esplicitamente recepita dal legislatore nel codice del consumo in relazione alla sorte delle clausole vessatorie contenute nei contratti standardizzati<sup>155</sup>. L’articolo 36, primo comma, del codice del consumo, rubricando la norma col termine “nullità di protezione”, prevede che «le clausole considerate vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto»; al terzo comma, inoltre, si prevede che «la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d’ufficio dal giudice».

---

<sup>155</sup> Sulla sostituzione del termine “inefficacia”, contenuto nell’art. 1469-*quinquies* cod. civ. ora abrogato, con quello di “nullità” utilizzato nel codice del consumi si veda DI MARZIO F., *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, cit., 840. L’Autore è scettico sul cambiamento operato dal legislatore nel codice del consumo ed osserva che «se l’avvicendamento al termine “inefficacia” del termine “nullità” è dipeso dall’opinione che quest’ultimo sia preferibile dal punto di vista tecnico, evidentemente a giudizio dei compilatori la novità è puramente formale o quantomeno non importa alcun rilevante cambiamento sostanziale rispetto al passato (non potendo determinarsi, questo cambiamento, semplicemente a seguito dell’adozione di una terminologia giuridicamente più appropriata). Eppure, come è noto, la natura della “sanzione” delle clausole abusive è stata oggetto di un acceso dibattito, che ha visto la dottrina schierata su posizioni nettamente contrapposte (inefficacia vs. nullità). L’opinione prevalente ha fatto propria la tesi dell’inefficacia e ciò soprattutto in ragione della forte peculiarità del procedimento di accertamento della abusività, in effetti poco conciliabile con le concezioni di nullità invalsa nella cultura civilistica e determinata dagli artt. 1418 ss. cod. civ.».

Tale tipo di nullità si innesta nel percorso più ampio già tracciato, anche se in modo molto più flebile, dalla c.d. “nullità relativa”, caratterizzata dalla deroga al principio della legittimazione generale all’azione. Non è possibile, tuttavia, identificare la nullità di protezione con la nullità relativa: come disposto dal citato art. 36 del codice del consumo, che si è ritenuto debba costituire una sorta di statuto generale di tale particolare categoria di invalidità, la sanzione «opera solo a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d’ufficio dal giudice». Nell’ottica di un ordine pubblico di protezione, il legislatore regolamenta, più che il tipo contrattuale, il rapporto economico caratterizzato dalla disparità di posizioni tra i soggetti coinvolti: l’esigenza di tutelare la parte debole del rapporto dà luogo ad una costruzione dell’invalidità che finisce col manipolare il tipo di tutela, e, pertanto, il contratto stesso finisce per essere conformato a tali esigenze. In quest’ottica, la nullità si pone quale nuovo strumento di protezione, abbandonando il classico ruolo della sanzione civilistica, finalizzato a dissuadere il contraente forte da determinati comportamenti, che integrano non tanto gli estremi di una condotta vietata da norme imperative, quanto quelli dell’abuso di un diritto pattiziamente attribuito, ossia in base ad un contratto le cui clausole il contraente debole non poteva esimersi dal sottoscrivere<sup>156</sup>.

---

<sup>156</sup> Sul punto cfr. POLIDORI S., *op. cit.*, 17 e ss.: «Un approfondimento trasversale delle discipline volte a proteggere il contraente debole ha indotto, di recente, a far emergere una serie di dati sui quali meditare attentamente: a) la funzionalizzazione esclusiva della nullità alla tutela dell’interesse pubblico è smentita dall’evoluzione del sistema legislativo; b) proprio le norme di derivazione comunitaria indicano una linea di tendenza verso l’utilizzazione della nullità a tutela degli interessi del contraente che, al momento della stipulazione, versa in una situazione di inferiorità strutturale sotto il profilo economico e informativo; c) la comminatoria del rimedio per la protezione di interessi individuali vale a giustificare uno statuto (non eccezionale, ma) speciale, enucleabile talora da deroghe espresse ai caratteri che tradizionalmente sono reputati essenziali al concetto di nullità, e in altri casi per via interpretativa; d) in presenza di patologie originarie della negoziazione che facciano emergere le medesime esigenze di tutela, per le quali non sia comminata espressa sanzione, trova applicazione la

Conferma del fatto che le nullità di protezione sono a tutela del contraente debole sono gli stessi aspetti che caratterizzano questo tipo di nullità; il primo aspetto, in deroga all'applicazione dell'art. 1419 cod. civ., è rappresentato dal non propagarsi al resto del contratto la nullità che colpisce la clausola abusiva; la *ratio* di ciò evidentemente si rinviene nell'esigenza di tutelare l'interesse dello stesso consumatore a conservare in vita il contratto, evitandogli la scelta fra un contratto con clausola vessatoria e nessun contratto. Diversamente accade se la clausola vessatoria ha svolto, nell'economia del rapporto, un ruolo decisivo, nel senso che altrimenti l'accordo non sarebbe stato concluso, cosicché l'inefficacia della clausola si trasmette necessariamente al contratto nel suo complesso. In altri termini, l'operatività del principio generale di conservazione del contratto con il consumatore preclude al giudice di estendere la declaratoria di nullità all'intero contratto, a meno che la parte interessata non eccepisca e dimostri che senza quella clausola neppure si sarebbe stipulato il negozio, ovvero il professionista non chieda l'annullamento per errore essenziale sulla portata della clausola. Va, inoltre, osservato che, la peculiare particolarità dell'art. 36, secondo comma cod. cons., consistente nel decretare la nullità parziale di determinate clausole quantunque oggetto di trattativa, fornisce un diverso angolo di visuale della tutela rivolta al consumatore poiché la valutazione dell'equilibrio contrattuale non viene demandata all'apprezzamento del giudice nel singolo caso concreto, ma è legalmente predeterminata, nel segno di un presunta debolezza che non ammette prova contraria.

Il secondo aspetto particolare della nullità *ex art.* 36 cod. cons., è il fatto che essa può essere rilevabile sia su istanza di parte sia d'ufficio da parte del giudice. L'istituto in esame sembra essere un ibrido tra nullità relativa e nullità assoluta<sup>157</sup>; tuttavia così non

---

nullità virtuale di cui al primo comma dell'art. 1418 cod. civ., con la necessità, per il giudice, di adeguarne la disciplina agli interessi in gioco».

<sup>157</sup> Secondo POLIDORI S., *op. cit.*, 72-73: «Il profilo della legittimazione all'azione è quello che più di ogni altro segnala la crisi della tradizionale distinzione fra nullità e annullabilità. La discussa configurabilità della nul-

è se si tiene in considerazione che in realtà la figura si atteggia come uno strumento nuovo, idoneo ad assicurare nei contratti il valore dell'equità, scongiurare abusi, tutelare interessi di categorie estese, proteggere nuovi diritti e promuovere valori costituzionali minacciati da una dinamica economica per lo più incontrollata, che pone il giudice in condizione di esercitare effettivamente il suo potere, ed espletare di converso il suo dovere e la sua funzione di garante della legalità<sup>158</sup>. La previsione di legittimazione relativa all'esercizio dell'azione quale meccanismo di tutela riservato in via esclusiva al consumatore, contraente debole, è accompagnato, tuttavia, soltanto in alcuni casi dalla esplicita previsione della rilevanza d'ufficio della nullità.

Fatte queste iniziali premesse, è possibile ora ricordare alcuni esempi di nullità protettive: oltre all'art. 36 del codice del consumo, sopra ricordato, all'interno del medesimo testo di legge, anche l'art. 134, in materia di vendita dei beni di consumo, sancisce la nullità dei patti, anteriori alla comunicazione al venditore del difetto di conformità, volti ad escludere o limitare, direttamente o indirettamente, i diritti riconosciuti al consumatore: questa nullità «può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata

---

lità relativa e quella (viceversa indiscussa) dell'annullabilità assoluta minano alla base l'apparente linearità dell'assunto secondo il quale la nullità è assoluta in quanto diretta a proteggere interesse superindividuali, mentre l'annullabilità è relativa perché posta a tutela di interessi privati: nell'uno e nell'altro caso, in realtà, l'accesso al rimedio viene variamente calibrato sugli interessi da garantire. Non sembra produttivo, in contrario, affermare che le previsioni di nullità relativa e di annullabilità assoluta non consentono di revocare in dubbio la costruzione dell'interesse generale che sottende l'azione di nullità e dell'interesse particolare che sottende l'azione di annullamento, trattandosi di eccezioni ad una regola comunque operante nella maggioranza dei casi: da un lato, infatti, la validità di un tratto discrezionale fra due fattispecie discende proprio dalla sua appartenenza all'una ed estraneità all'altra, sì che anche una semplice eccezione ne legittima la discutibilità; dall'altro [...] si nutrono leciti dubbi sulla natura eccezionale di alcune figure che deviano dagli schemi nei quali le invalidità sono tradizionalmente inquadrate».

<sup>158</sup> Cfr. DI MARZIO F., *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, cit., 850 e ss..

d'ufficio dal giudice». Queste le due fattispecie in cui il legislatore mantiene espressamente fermo il riconoscimento del potere di rilievo officioso. Ciò potrebbe portare a credere che il potere di rilievo officioso da parte dell'autorità giudiziaria debba costituire l'eccezione, ammessa solo nei casi di espressa statuizione legislativa. Eppure, secondo alcuni Autori, la rilevabilità d'ufficio della nullità non può che essere considerata come un elemento indefettibile di tutte le ipotesi normative di nullità negoziale<sup>159</sup>. Ciò in quanto, seppur sia un dato di fatto che la sanzione viene impiegata a volte a tutela di interessi particolari, si tratta comunque di interessi di grande rilievo socio-economico. Non è possibile privare del tutto la nullità del suo spirito: anche laddove la legge non sancisce, nelle nullità speciali protettive, la rilevabilità d'ufficio, deve ritenersi che lo statuto generale trovi applicazione. Riflessioni di

---

<sup>159</sup> Tale soluzione se, da un lato, appare coerente con l'intenzione del legislatore di tutelare il contraente debole, dall'altro, non essendo sostenuta da una espressa previsione di legge, potrebbe considerarsi non pienamente conforme al dettato dell'art. 1421 c.c., che, nel fissare il carattere assoluto della nullità, ammette delle deroghe, sempre che queste siano contemplate da una disposizione di legge. A tale riguardo, alcuni Autori parlano di "nullità virtuale a carattere relativo" in relazione alle norme imperative che – come l'art. 9, comma 3, della legge sulla subfornitura – non prevedono nulla per il caso della loro violazione, ma che tutelano interessi analoghi a quelli per i quali l'ordinamento ha già espressamente previsto la sanzione della nullità di protezione. Cfr. RUSSO D., *op. cit.*, 92, il quale parla di "nullità relativa e legalmente parziale" in quanto, «la circostanza che la sanzione sia prevista a tutela del contraente debole conduce pianamente a questa soluzione, non essendo oltremodo razionale, nel momento in cui il legislatore dà (generale) rilevanza alla disuguaglianza di fatto dei contraenti, risolvere l'interpretazione delle nullità di protezione sulla base delle tradizionali posizioni teoriche». Secondo ROPPO V., *Il contratto*, cit., 928 «siamo in pieno campo delle "nullità speciali", e il regime del contratto nullo per abuso di dipendenza economica non può non risentire della logica cui queste generalmente s'ispirano: così, pur in mancanza di espressa indicazione legislativa, è difficile pensare che la legittimazione a invocare la nullità non sia riservata in esclusiva alla parte dipendente, che subisce l'abuso». Della stessa opinione è LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., 252.

carattere sistematico, quindi, inducono a ritenere che si tratti, in tutti i casi in cui la nullità è a protezione del soggetto debole, di nullità relativa. In tal senso deporrebbe, innanzitutto, la natura individuale e non collettiva dell'interesse tutelato; in secondo luogo, si osserva che tutti i recenti interventi legislativi volti a preservare l'equilibrio contrattuale da comportamenti prevaricatori determinati dalla disparità di potere tra le parti, prevedono quale rimedio lo strumento della nullità relativa, che, oltre ad essere rilevabile di ufficio dal giudice, può essere fatta valere dal solo contraente debole. Altro profilo non sempre espressamente disciplinato riguarda il carattere totale o parziale della nullità comminata; le medesime argomentazioni esposte a sostegno del carattere relativo della nullità in questione, vengono richiamate per ritenere che si tratti di nullità parziale<sup>160</sup>.

Sono, alla luce di quanto esposto, da ritenersi nullità di protezione le seguenti ipotesi: l'art. 127 del TUB che, in materia di operazioni bancarie e finanziarie, nonché di credito al consumo, stabilisce che tutte le nullità dettate dal titolo IV del testo di legge possono essere fatte valere solo dal cliente. Si tratta, comunque, di una nullità di protezione; l'art. 23 del TUF che prevede la nullità delle pattuizioni di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico, e che tale nullità può essere fatta valere solo dal cliente. Anche in questo caso è facile ravvisare gli estremi della nullità di protezione; l'art. 2 del d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, che in tema di tutela dell'acquirente di immobili da costruire, sancisce la nullità del contratto avente ad oggetto il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale relativo a tali beni nel caso in cui

---

<sup>160</sup> In particolare sulla nullità contenuta nella legge sulla sub fornitura si ritiene che, sotto questo profilo, il rimedio adottato dal legislatore contro l'abuso di dipendenza economica ai danni del subfornitore richiama la sanzione della "inefficacia" comminata dall'art. 36 cod. cons. per le clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Sull'argomento, PRATI L., *La sanzione di nullità nel contratto di subfornitura*, in *Contratti*, 1999, 293 e ss.; ALBANESE A., *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 1179 e ss.

l'imprenditore costruttore non procuri il rilascio e non consegni all'acquirente una fideiussione a garanzia delle somme che abbia dal medesimo riscosso. Tale nullità, precisa la norma, può essere fatta valere solo dall'acquirente. Anche questa è una nullità di protezione, con la peculiarità che la rilevabilità d'ufficio non è espressamente prevista; l'art. 167 n. 2 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 in tema di assicurazioni private, che prevede la nullità dei contratti stipulati con imprese di assicurazioni non autorizzate o alle quali sia stato fatto divieto di assumere nuovi affari. Anche questa nullità può essere fatta valere solo dal contraente o dall'assicurato, ed è chiaro che si tratta di una nullità di protezione. Quanto al profilo della rilevabilità d'ufficio, valgono le stesse considerazioni svolte al punto precedente; l'art. 9 della legge 192/1998, in tema di subfornitura, secondo cui il patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica è nullo. La norma non specifica altro ma si ritiene che si tratti di una nullità di protezione; l'art. 7 del d.lgs. 231/2003, in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, prevede che il giudice, anche d'ufficio dichiara nullo l'accordo, avuto anche riguardo all'interesse del creditore.

Al di là delle singole fattispecie appena citate, è possibile, più in generale distinguere tra nullità funzionali e nullità strutturali. Le prime attengono, al contenuto dell'accordo «in quanto colpiscono pattuizioni inique o più semplicemente sfavorevoli, difformi o in contrasto: hanno radice codicistica nell'art. 1418, comma 1°, ma non ubbidiscono alla ratio ispiratrice di tale previsione, nel senso che vi è estranea ogni natura di sanzione, e del tutto differenti risultano sia l'essenza che l'indole di tali nullità, le quali – siccome emerge dalla disciplina positiva – alla funzione reattiva negativa propria di ogni nullità associano una fondamentale finalità conformativa, anzi di vero e proprio rimodellamento del regolamento contrattuale»<sup>161</sup>. Quelle che, invece, sono state individuate come nullità strutturali derivano da carenze strutturali della fattispecie derivanti dalla inosservanza di determinate prescrizioni

---

<sup>161</sup> Così SCALISI V., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., 461-462.

formali o dal non aver fornito determinate informazioni o dall'aver fornito informazioni non vere. Sebbene a prima vista tali nullità sembrerebbero rientrare nella logica civilistica dell'art. 1418 cod. civ., in realtà anche relativamente ad esse sembra potersi rinvenire l'esigenza del legislatore di promuovere determinati comportamenti a carico di una delle parti, e non quelli di responsabilizzazione delle parti rispetto alla rilevanza economica e giuridica dell'atto che le stesse compiono e la garanzia della certezza nei riguardi dei terzi<sup>162</sup>.

Va detto, infine, che la figura della nullità di protezione, così come delineata nelle fattispecie sin qui analizzate, qualificandosi come nullità "anomala" sotto il profilo della legittimazione all'azione, sembra presentare un ulteriore profilo di distanza dalla disciplina generale: si ritiene, infatti, che la nullità di protezione, originariamente inefficace e rilevabile d'ufficio, sia sempre sanabile mediante apposita convalida ad opera del contraente debole<sup>163</sup>. Ciò in considerazione della *ratio legis*, che sembra fare di tale figura una sorta di inefficacia negoziale pendente, eliminabile dal soggetto legittimato a farla valere, in quanto protetto dalla disciplina che la sancisce.

---

<sup>162</sup> Si veda, inoltre, PETRELLI G., *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005, 118, nota 76, nonché 193, laddove in merito alle prescrizioni relative al contenuto del contratto preliminare di cui all'art. 6 del D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122, rileva: «Il rilievo attribuito, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, alla natura dell'interesse tutelato, che certamente ha un ruolo determinante nel caratterizzare come imperative o meno le norme giuridiche, va tenuto nella debita considerazione nel caso di disposizioni - come alcune tra quelle contenute nell'art. 6 - che prescrivono un contenuto minuzioso ed analitico, spesso concernente aspetti secondari ed accessori dell'obbligazione del costruttore. In altri termini, la sanzione della nullità può probabilmente ritenersi applicabile solo in quanto la stessa realizzi adeguatamente l'esigenza di protezione senza nel contempo sacrificare eccessivamente l'interesse della controparte, e quindi solo nella misura in cui l'invalidazione del contratto possa ritenersi proporzionata rispetto all'interesse tutelato».

<sup>163</sup> GIROLAMI M., *La nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, 441 e ss.

Tali peculiarità della nullità di protezione inducono ad una ricostruzione della stessa che non si esaurisce nel mero rilievo di una “deviazione autorizzata” dai canoni tradizionali, bensì in un’elaborazione di una vera e propria nuova categoria di invalidità negoziale riconosciuta ed accolta dall’ordinamento. Sembra necessario svincolarsi dai rigidi dogmi della teoria del negozio giuridico e giungere ad un ripensamento delle categorie dell’invalidità, in virtù del proliferare delle nuove fattispecie di nullità adattate agli interessi del caso. Il modello europeo, infatti, elabora una figura della nullità la cui *ratio* ispiratrice è strettamente connessa alla natura ed al rilievo socio economico degli interessi di volta in volta tutelati. Non è più possibile parlare di disciplina generale in contrapposizione a discipline eccezionali, dovendosi ridimensionare il confine tra le normative in esame<sup>164</sup>.

Le nullità speciali, dunque al pari di altri istituti, sembrano capaci di aprire una breccia nella ricostruzione del diritto dei contratti, demolendo i cardini dello statuto generale e cancellando la figura monolitica della nullità negoziale. Esse, infatti, danno luogo a nuove figure di invalidità ovvero a fattispecie che possono addirittura non risolversi nell’invalidità<sup>165</sup>. Valutazioni, queste, che contribuiscono a configurare la nullità negoziale di diritto comune come un istituto in fase di “erosione”. Ciò in quanto le peculiarità della disciplina generale vengono disattese in maniera pressoché sistematica, come è dimostrato dall’ampio utilizzo della nullità di protezione, che risponde ad istanze diffuse e adatta la categoria generale alla realtà dei traffici. La nullità relativa è, infatti, di una figura patologica duttile, che non è più del contratto ma nel contratto, che incide su singole clausole ma non intacca

---

<sup>164</sup> SCALISI V., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, cit., 850.

<sup>165</sup> Esempi ne sono la nullità della società per azioni che risponde più alla logica dello scioglimento della società che a quella della sanzione invalidante. La nullità delle delibere assembleari appare come una forma di invalidità *sui generis* incentrata sull’esigenza di conformazione al principio di conservazione. La nullità dei patti parasociali nelle società quotate appare qualificabile come inefficacia e non tanto come invalidità.

l'autoregolamento negoziale, opera come strumento di controllo della dinamica negoziale e di promozione della buona fede nella conclusione del contratto., il tutto come indice di una linea di storizzazione che sancisce il definitivo passaggio dalla categoria ontologica unitaria della nullità, alle singole figure di nullità, con la conseguente relativizzazione della fattispecie<sup>166</sup>.

In funzione di norma di chiusura l'articolo 37 del Codice del Consumo, prevede che le associazioni dei consumatori, e dei professionisti e le Camere di Commercio Industria ed Artigianato possano agire in via inibitoria, e quindi convenire in giudizio il professionista o l'associazione dei professionisti che, utilizzano o raccomandano l'utilizzo di condizioni generali ritenute vessatorie, ovvero proporre in via d'urgenza un provvedimento che inibisca l'uso di dette clausole, attivando la tutela cautelare – mediante lo strumento ordinario previsto dal regime posto dagli artt. 669 e ss. cod. proc. civ. – quando si prospettino e si dimostrino, sebbene con la sommarietà che siffatto procedimento impone, sia motivi d'urgenza che la sussistenza di un danno grave e irreparabile. Trattasi palesemente di attività espressione della funzione di controllo attribuita a tali organismi, esercitabile in forza di legittimazione speciale all'esercizio di azione avente carattere preventivo, in quanto diretta a sollecitare *ex ante* l'intervento del giudice onde impedire in generale l'uso delle clausole di cui si afferma la ves-

---

<sup>166</sup> SCALISI V., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit. 471, il quale osserva che «portando a compimento il processo di mutazione genetica della categoria, esso sancisce anzitutto il trapasso della nullità europea da strumento essenzialmente demolitorio a tecnica invece costruttiva di graduazione della efficacia del contratto, variamente modulandola sia in estensione che in intensità con la predisposizione di regimi contrattuali duttili ed elastici, che vanno dalla esclusione di ogni effetto come nel caso di intese vietate sino all'attribuzione di effetti pieni e completi sebbene rimovibili, come nelle ipotesi di nullità disposte a vantaggio e a favore di una sola parte e come tali operanti, anche se rilevabili d'ufficio, entro siffatti prestabiliti confini». Sul punto cfr. anche SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, cit., 852 e ss.; DI MARZIO F., *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, cit., 870 e ss.

satorietà, che trova giustificazione in quanto finalizzata ad impedire che clausole, di cui si paventa natura vessatoria, ledano non solo gli interessi del singolo consumatore ma anche quelli generali del mercato, operando turbativa nella complessiva categoria della contrattazione. Comporta evidentemente una legittimazione esclusiva che esclude quella concorrente del singolo consumatore, il quale può agire *uti singulus*, avvalendosi però solo di una tutela successiva. Difatti, il nono comma dell'art. 140 cod. cons., prevede espressamente che le azioni collettive “non precludono il diritto ad azioni individuali dei consumatori” che siano danneggiati dalla violazione delle norme contenute nel decreto, fatte salve le norme sulla litispendenza, sulla continenza, sulla connessione e sulla riunione dei procedimenti.

Soffermandoci brevemente sull'argomento, si riscontra che l'irreparabilità del danno è stata interpretata in senso restrittivo come un notevole pregiudizio per la società in generale, in quanto senza questa azione le imprese potrebbero continuare ad avvalersi di tali clausole. Il tutto opera palesemente nell'ambito della problematica, delicata, dell'effettivo “accesso alla giustizia”, molto avvertita, sia nell'ordinamento comunitario che in quello nazionale; si è quindi registrato quanto meno un tentativo di snellimento del formalismo processuale, come ad esempio con l'introduzione delle fasi conciliative, che trova la sua causa non solo su motivazioni di ordine etico, ovvero di carattere pratico, ma risponde piuttosto all'esigenza di assicurare eguaglianza non solo formale, in un sistema, anche giuridico, promotore di libertà positive e diritti diffusi, a ben determinate formazioni sociali. Alla luce delle richiamate norme, può affermarsi che i consumatori sono legittimati a reagire, in caso di inosservanza dell'obbligo di trasparenza, contro i prezzi non equi ovvero contro le condizioni contrattuali inique, chiedendo al giudice l'adozione dei provvedimenti ritenuti più adeguati<sup>167</sup>.

---

<sup>167</sup> Cfr. LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni*, cit., 248 ss., secondo cui si va delineando «un sistema in cui i consumatori - in ragione della loro posizione di svantaggio, nelle contrattazioni con le imprese - hanno normalmente la possibilità di impugnare i prezzi non equi, solo per

---

effetto della violazione degli obblighi di trasparenza e di buona fede, a prescindere da ulteriori comportamenti abusivi o profittatori del professionista».

## CAPITOLO IV

# I CONTRATTI DI IMPRESA NELLA CLASSIFICAZIONE DEGLI ATTI GIURIDICI

## CONCLUSIONI

Sommario: 1. I contratti commerciali: categoria di diritto speciale? – 2. Il contratto e il mercato.

### 1. I CONTRATTI COMMERCIALI: CATEGORIA DI DIRITTO SPECIALE?

Nonostante si sia arrivati alla fine della presente trattazione, la categoria del contratto d'impresa rimane per certi versi inafferrabile; anche la dottrina che si è occupata del tema, abbandonando un linguaggio tradizionalmente tecnico, si è preoccupa non tanto di astrarre dalla casistica una nozione unitaria di contratto d'impresa, quanto di delinearne una fenomenologia, quasi che il singolo contratto d'impresa costituisca l'epicentro di una categoria rilevante e trasversale ma, tuttavia, sfuggente.

L'eclisse del «*negozio giuridico come categoria ordinante ed unificante dell'autonomia privata*»<sup>1</sup>, avvenuta da ormai un ventennio, ha scosso il quadro di certezze che per lungo tempo parevano immutabili ed ha provocato uno spostamento di interesse verso il contratto d'impresa come nuovo paradigma, dotato di natura dinamica e flessibile. Nonostante ciò, non è venuta meno l'esigenza di una qualche categorizzazione a fini teorici. Lo sforzo dell'intervento si è orientato verso una definizione della categoria, caratterizzata da elementi di specialità e comuni a tutti i contratti che potenzialmente ne possono far parte; il che non è facile in un momento di transizione storico-giuridica come l'attuale caratterizzato da due esigenze contraddittorie: da un lato, quella di

---

<sup>1</sup> DE NOVA G., *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 633.

moltiplicare le figure contrattuali per meglio adeguarle alle sfaccettate realtà economiche sottostanti; dall'altro, una potente spinta alla uniformità contrattuale generata dal mercato globale. Questa difficoltà emerge anche dall'articolata e non sempre univoca accezione: oltre che di "contratti d'impresa", si parla infatti di "contratti d'impresa commerciale", "contratti dell'imprenditore", "contratti aziendali", "contrattazione d'impresa". Quest'ultima formula appare la più adatta a definire l'oggetto dell'argomento in esame, in quanto il percorso logico non si esaurisce nel punto di arrivo del contratto concluso, ma include l'attività e il procedimento che ad esso conduce. La differente terminologia, finora evidenziata sotto il profilo oggettivo, riguarda anche il profilo soggettivo; si fa riferimento alla distinzione in contratti tra imprenditori e consumatori, da un lato, e contratti tra imprenditori *inter sé*, dall'altro.

Di primo acchito, infatti, vien da concludere che contratto d'impresa è ogni contratto in cui una parte stipulante sia un'imprenditore. Ma si è osservato che, posta su di un piano meramente soggettivo, la categoria è semplicemente irrilevante. Non sembra possibile, né corretto, rifarsi all'impostazione del codice di commercio del 1882 che regolava gli atti compiuti dai commercianti nell'esercizio della loro attività, chiamati contratti "commercianti", che si contrapponevano a quelli disciplinati dal codice civile, denominati invece contratti "civili". L'unificazione della materia civilistica e di quella commercialistica, operata dal codice del 1942, e la conseguente soppressione della distinzione tra contratti "civili" e contratti "commercianti", ha comportato, secondo molti, il superamento di quella distinzione tra contratti d'impresa e contratti civili, anche se non sono tuttavia mancate autorevoli opinioni contrarie, tese a mantenere l'autonomia dei contratti d'impresa rispetto ai contratti tradizionali.

Si è osservato, inoltre, che nel codice civile sono presenti molte figure di contratti di impresa ai quali, a volte, si affianca una disciplina speciale (come avviene per il contratto di trasporto); ciò dimostra come la categoria di cui si sta discutendo, considerata

nelle singole fattispecie contrattuali, stia a poco a poco migrando dal codice civile alla legislazione speciale, che utilizza il codice come un mero parametro di riferimento. In altre parole sia per i contratti “necessariamente” di impresa, quelli in cui la presenza dell’impresa nel rapporto giuridico contrattuale assurge a presupposto dell’atto stesso, che per quelli “naturalmente” di impresa, cioè i contratti che di norma vengono posti in essere da imprenditori, si sta assistendo a maggiore diffusione di una copiosa legislazione speciale, caratterizzata da vistose deviazioni rispetto alle norme codicistiche sulle obbligazioni e sui contratti. Da queste osservazioni si è passati da una lettura della specificazione “d’impresa” in chiave soggettiva – una parte stipulante di un determinato contratto è, e deve essere, un’impresa – ad una in chiave funzionale, o, se si preferisce, in chiave teleologica o finalistica, cioè di contratto strumentale al funzionamento dell’impresa. Attraverso questa interpretazione vengono in considerazione una miriade di contratti, fra di loro eterogenei e correlati solo dalla finalizzazione ritenuta rilevante. La categoria dei contratti di impresa viene maggiormente in rilievo in questo senso finalistico, in quanto l’inerenza del contratto all’esercizio dell’impresa sembrerebbe costituire il tratto fondante della categoria. Tuttavia, non si può non rilevare che la nozione di contratto di impresa quale contratto funzionale all’impresa perda di specificità, cosicché questa lettura, non avendo alcuna valenza, se non quella descrittiva, finisce per essere non meno irrilevante della precedente.

Tuttavia i rilievi svolti non sono inutili, perché pongono in evidenza due tratti importanti, i quali presi singolarmente sono marginali, non lo sono se congiuntamente considerati: quello della *strumentalità* del contratto d’impresa all’esercizio dell’impresa, e quindi una considerazione tutta interna al funzionamento dell’impresa; quello della *rilevanza esterna* del contratto d’impresa, in una prospettiva relazionale ed economica del contratto medesimo. L’utilizzo congiunto di questi due canoni consente un passo ulteriore, rispetto alla loro utilizzazione separata, quello di introdurre un significato economico complessivo del

contratto d'impresa, che manca a ciascuna delle due categorie singolarmente considerate. Superando una valutazione del contratto in sé, relativa a quello specifico contratto concluso tra quegli specifici soggetti, avente quello specifico oggetto voluto da quelle parti, andando, insomma, oltre il microcosmo del contratto stesso, il contratto può essere valutato in un contesto maggiore: quello del mercato.

## 2. IL CONTRATTO E IL MERCATO.

La ricerca di una nozione di contratto d'impresa deve, in altri termini, necessariamente include la considerazione del mercato, in quanto «il mercato è il luogo di elezione dell'agire imprenditoriale ed in particolare della contrattazione d'impresa»<sup>2</sup>. Si potrebbe obiettare che così facendo si è solo spostato il baricentro della categoria da una nozione *ab intrinseco*, in una nozione *ab extrinseco*, quella – appunto – di mercato, che è economica e non giuridica. L'obiezione è certamente fondata sul piano meramente formale: il mercato come tale non è elemento di fattispecie, è semmai il contesto in cui quegli specifici contraenti sono immersi ed hanno collocato il loro contratto; diviene, però, infondata sul piano dell'effettività: in tanto le parti hanno stipulato quello specifico e dato contratto, con quel determinato contenuto ed in quel dato momento cronologico, in quanto esse operano nel, ed il contratto si pone entro il, mercato. In altri termini, la collocazione del contratto entro il mercato è il presupposto comune alle parti ed imprescindibile per la stipulazione stessa.

---

<sup>2</sup> Così BUONOCORE V., *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2007, 379. Sul punto cfr. anche FERRI G.B., *La «cultura» del contratto e le strutture del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 843; IRTI N., *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 289; OPPO G., *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 421; PERLINGERI P., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84.

L'ulteriore critica, che potrebbe derivare da queste premesse, appare scontata: anche se tutto ciò fosse vero, quel presupposto è talmente generico ed universale da essere irrilevante. Tuttavia si è propensi a ritenere che questa sia ancora la strada giusta per poter arrivare a una definizione della categoria di contratto di impresa: il pregio di collocare il contratto nel mercato risiede nel fatto che in questo modo si può far emergere gli interessi sottesi a ogni istituto giuridico e di avvicinare istituti che tra loro appaiono lontani<sup>3</sup>.

Molti degli interventi legislativi più volte esaminati, infatti, sono intesi a disciplinare situazioni di mercato e della concorrenza, incidendo in tal modo sulla condotta contrattuale dell'imprenditore, o delineando i limiti entro i quali gli operatori possono autonomamente muoversi o sanzionando i comportamenti che possono violare i principi informatori<sup>4</sup>. Se gli interventi comunitari ed interni in materia civile hanno riguardato prevalentemente aspetti relativi ai diritti dei consumatori e ai contratti, ciò è dovuto al fatto che i contratti d'impresa, rappresentando «il momento di incontro tra domanda ed offerta di beni o servizi, costituiscono il volano di una moderna economia di mercato»<sup>5</sup>. In

---

<sup>3</sup> BUONOCORE V., *Contratto e mercato*, cit., 381.

<sup>4</sup> BUONOCORE V., *Contratto e mercato*, cit., 383: «il mercato rappresenta il sito in cui il conflitto può, e in alcuni casi deve, trovare composizione. E se, entro certi limiti, la strada più naturale è quella della composizione che avvenga per effetto della stessa legge di mercato o della legge che gli imprenditori si sono dati a mò di legge di convenienza, è anche incontestabile che la mera autoregolamentazione è, prima ancora che istituzionalmente, naturalmente insufficiente, ragion per cui è indispensabile l'intervento di quei poteri pubblici che, per la posizione di imparzialità che, sempre istituzionalmente, viene loro riconosciuta, hanno il compito istituzionale di prevenire e di comporre».

<sup>5</sup> CHINÉ G., *Il diritto comunitario dei contratti*, in Tizzano A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, I, 2006, 753. Pur intervenendo principalmente in questo settore non può dirsi, però, l'intervento comunitario abbia perseguito una politica di riforma generale del diritto materiale delle pattuizioni contrattuali, in quanto i suoi interventi, infatti, sono stati settoriali e selettivi pur introducendo a volte regole di carattere

altri termini, al centro dell'attenzione di tali interventi si trova lo sviluppo e la tutela della concorrenza, quale strumento idoneo a garantire sia la libertà di iniziativa economica che la libertà di scelta dei compratori. «L'intervento regolatore sul mercato generale ha come obiettivi principali, da un lato quello di impedire che i fenomeni distorsivi della concorrenza – intese, concentrazioni, politica assistenziale alle imprese – ledano il fondamentale principio della libertà di concorrenza fra le imprese in omaggio al precetto contenuto nell'art. 41 Cost. e, dall'altro, quello di tutelare una serie di diritti del consumatore in quanto acquirente o fruitore dei prodotti»<sup>6</sup>.

---

generale, come nel caso delle clausole abusive contenute nei contratti dei consumatori (dir. 93/13) e alle garanzie nelle vendite (dir. 99/43), altre volte disciplinando singoli tipi contrattuali, come la disciplina della multiproprietà (dir. 94/47 time share), dei contratti di viaggio tutto compreso (dir. 94/314) o della vendita di beni di consumo (dir. 99/44), o, infine, regolando modalità di conclusione del contratto (ad es. vendite fuori dei locali commerciali, dir. 85/577), o tecniche di contatto con il cliente e i mezzi di pagamento, come nel caso della direttiva sull'e-commerce (dir. 2000/31) e quella sui ritardi dei pagamenti (dir. 2000/35). Va peraltro notato che per lungo tempo, l'azione comunitaria è stata finalizzata essenzialmente a rimuovere le restrizioni alla libera circolazione dei fattori produttivi, non avvertendo, quindi, l'esigenza di dettare la disciplina materiale dei diversi settori di sua competenza dovendo provvedere ad eliminare gli ostacoli allo svolgimento transfrontaliero delle relative attività, per quanto necessario alla realizzazione del mercato comune. Di qui il carattere strumentale più che materiale delle competenze comunitarie che ha connotato il primo periodo di attività. Questo spiega anche come gli interventi nel campo del diritto privato non abbiano assunto il carattere di una azione sistematica (l'unica eccezione riguarda le direttive in materia societaria). Solo con il progredire del disegno comunitario e con l'ampliamento degli obiettivi e delle aree di competenze, la Comunità è stata spinta ad occuparsi di settori e di profili che si collocano ben oltre quel dominio dell'economia assunto inizialmente ad esclusivo orizzonte del processo di integrazione e la sua azione si è dispiegata verso altre prospettive e ha consentito l'adozione di più organiche iniziative normative.

<sup>6</sup> BUONOCORE V., *Contratto e mercato*, cit., 385. Anche IRTI N., *op. cit.*, 293, osserva che «la libertà dell'uomo – proclamata e difesa nel secondo

La scarsa attenzione iniziale ai rapporti verticali tra imprese è in perfetta linea con gli obiettivi per la realizzazione di un mercato competitivo, in quanto i consumatori svolgono un ruolo fondamentale che è stato definito di “arbitri del mercato”<sup>7</sup>. Un consumatore debole crea, infatti, una distorsione ed impedisce, suo malgrado, la costituzione di un mercato veramente concorrenziale. Infatti, tra gli obiettivi di regolazione del mercato e finalità di tutela del contraente debole non vi è contrasto né incompatibilità<sup>8</sup>. «Il perseguimento di istanze perequative e di giustizia contrattuale è una necessità vitale per lo stesso mercato, ponendosi come il migliore antidoto all’instaurarsi di meccanismi distorsivi di alterazione del suo corretto e regolare funzionamento»<sup>9</sup>.

Tutto questo non ha impedito che l’interesse del legislatore nazionale e comunitario si estendesse oltre il contesto dei consumatori in senso stretto e potesse prendere in considerazione anche quei rapporti tra imprese nei quali ugualmente si evidenzia uno squilibrio tra i contraenti. La tutela alla parte debole nel campo dei contratti non si è limitata ai rapporti con i consumatori ma si è sviluppata, in alcune occasioni, fino a parificare il consumatore utente e la piccola media impresa nel senso che la tutela assicurata in linea di principio al primo dovrebbe essere estesa anche a quei

---

comma dell’art. 41 Cost. – consiste propriamente nella *libertà di scelta*, nella *capacità di adottare una decisione consapevole*. Il diritto – come prima si avvertiva – non prescrive né controlla gli scopi dei singoli atto, ma la tutela e la consapevolezza della decisione. L’uomo libero e consapevole è fatto responsabile della scelta: egli non può riversare su altri il rischio della propria decisione».

<sup>7</sup> Così il Comitato economico e sociale nel parere sul “Consumatore ed il mercato interno” del 24 novembre 1992 in GUCE C - 19/22 del 25 gennaio 1993.

<sup>8</sup> OPPO G., *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti verso una riforma?*, Atti del convegno per il cinquantenario della Rivista di diritto civile, Treviso 23 - 25 marzo 2006, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 49.

<sup>9</sup> SCALISI V., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 848.

contratti tra gli operatori economici di diversa consistenza economica per i quali ugualmente si evidenzia l'asimmetria del potere contrattuale avendo uno dei due una forza contrattuale decisamente ridotta rispetto all'altro, creando ugualmente una distorsione del mercato.

La conclusione che sembra emergere dalle considerazioni che precedono è che gli interventi legislativi che hanno fatto riemergere la contrattazione di impresa, in contrapposizione alla contrattazione tra privati, sono una risposta alla preoccupazione non della tutela del contraente debole in sé, ma della presenza del contraente debole nel mercato quale elemento che possa portare a una alterazione del suo corretto e regolare funzionamento in ottica concorrenziale. Se tutto ciò ha un fondamento, allora, è possibile affermare che il momento unitario della contrattazione di impresa è nel mercato e che i soggetti e le pattuizioni contenute in un contratto sono da rapportare ad esso e non tanto (o meglio, non solo) ad esigenze di solidarietà ed uguaglianza. Anche le regole proprie della contrattazione di impresa, sopra esaminate, finora frammentarie e disordinate possono ritrovare organicità e funzionalità se viste sotto questo profilo: le norme particolari dettate per la contrattazione di impresa potrebbero formare un sistema di norme a sé, sia sotto il profilo delle tutele che sotto il profilo degli obblighi, se relazionate alla necessità di tutelare la concorrenzialità del mercato, legittimando così l'esistenza della "nuova" categoria contrattuale dei contratti di impresa.

La disciplina della concorrenza e al sua tutela sono, infatti, in grado di comporre tutte le norme che deviano dallo schema del contratto contenuto nel codice civile; in particolare le norme di informazione, il divieto di clausole vessatorie, la predeterminazione legislativa del contenuto del contratto, le nullità relative, sono strumenti che provvedono insieme a tutelare la libertà di iniziativa economica e la libertà di scelta individuale<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> IRTI N., *op. cit.*, 295: «Le discipline, già menzionate, in materia di concorrenza e di pubblicità ingannevole; ed altre sulla responsabilità del produttore per merci difettose, sulle vendite porta a porta, sul credito al

La tendenza riscontrata in dottrina dove si registra una certa convergenza nel ritenere che la asimmetria del potere contrattuale merita di essere corretta in tutti i casi in cui si manifesta nei contratti tra operatori economici, può essere sostenuta non come generalizzata tutela del contraente debole ma come tutela della concorrenza del mercato. In altri termini, appare giusto apprestare medesima tutela a quei soggetti che si trovino in una posizione di disparità di potere contrattuale, ma non per un principio di solidarietà ed uguaglianza proprio dell'art. 2 della Costituzione, bensì per una tutela di una corretta esplicazione della concorrenza<sup>11</sup>.

Va, tuttavia, rilevato, in questi ultimi anni, emerge una particolare attenzione all'etica del mercato e degli affari, la quale sotto questo profilo tende a riequilibrare le situazioni di disparità di potere contrattuale in sé considerate ed a valutare e conciliare gli interessi ritenuti socialmente rilevati, soprattutto laddove si hanno scambi non negoziati<sup>12</sup>. L'“abuso del contratto” e la “giustizia di

---

consumo, e sulla trasparenza dei servizi bancari e finanziari; rispondono tutte alla medesima logica, che è di accrescere la libertà e la consapevolezza della scelta. Non si tratta – si badi – di una *legislazione paternalistica*, volta a soccorrere l'umiliante figura della “parte debole”, ma di un regime che ricollega il rischio alla libertà della scelta».

<sup>11</sup> IRTI N., *op. cit.*, 297 il quale sottolinea come la solidarietà economica delineata nell'art. 2 Cost. «non tocca la libertà di mercato, che raccoglie in sé la libertà di innumerevoli soggetti (imprenditori, lavoratori, consumatori) e permette l'adempimento dei doveri costituzionali enunciati nell'art. 4». Anche Giorgio Oppo ritiene che la linea da seguire sia quella di una tutela del mercato e non quella di tutela generalizzata del contraente debole, infatti, «la tendenza della legislazione recente è accentuatamente nel senso della tutela del mercato, come spazio di incontro e conciliazione dell'interesse di operatori e fruitori di beni e servizi, quando non anche nel senso di una scelta sociale o di etica dell'economia, quindi nel senso di controllo, a questa stregua, delle scelte della prassi».

<sup>12</sup> Sotto questo profilo è estremamente lucida l'osservazione di OPPO G., *Impresa e mercato*, cit., 421: «L'utilità sociale del mercato e il suo limite sono ben espressi nella formula di Luigi Einaudi secondo cui il mercato soddisfa domande, non bisogni (in quanto tali). Il problema è quello della soddisfazione dei bisogni che non si esprimono in domande aventi i requi-

mercato”, riprendendo due espressioni di Oppo<sup>13</sup>, hanno a loro volta comportato uno sviluppo della buona fede, della correttezza e della solidarietà anche nei rapporti di mercato. È stato osservato che «in effetti, forse per ogni cittadino – in un ben ordinato sistema di convivenza civile –, ma certo per chi fa l’imprenditore, cioè per chi gestisce un’attività che coinvolge una cerchia più o meno vasta, e comunque sempre numerosa, di persone, dentro e fuori l’impresa, la dimensione etica non può né esaurirsi nel rispetto delle leggi né restare un fatto privato circoscritto alla sfera personale. Non basta l’osservanza delle leggi, perché la dinamica stessa dell’economia dà luogo a situazioni che non sono state ancora tradotte in fattispecie giuridiche e non basta la morale privata in quanto le scelte di un’impresa, sebbene non discendano da un mandato pubblico, “tuttavia ricadono anche sulla collettività e quindi presentano profili di interesse generale e comportano responsabilità di carattere sociale. In questo senso si può dire che per un imprenditore la morale privata e l’etica sociale si fondono l’una con l’altra nel suo mestiere”»<sup>14</sup>.

In altri termini, nella contrattazione di impresa l’atto di autonomia delle parti incidono altri ed ulteriori interessi che non sono solo quelli dell’impresa e del consumatore ma anche quelli della collettività in quanto i contratti di impresa, da un lato, coinvolgono anche la totalità dei consociati, e, dall’altro, si inseriscono non solo nell’attività di impresa ma nel mercato stesso<sup>15</sup>. Se si ritiene

---

siti richiesti dal mercato. Tutto ciò è maggiormente vero in tempi di globalizzazione e di rischio di globalizzazione anche del potere economico». Cfr. anche BUONOCORE V., *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. comm.*, 2004, 181; IRTI N., *Diritto europeo e tecno-economia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 1; OPPO G., *I contratti d’impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 844 e ss.; PERLINGERI P., *op. cit.*, 88 e ss.

<sup>13</sup> OPPO G., *Impresa e mercato*, cit., 427.

<sup>14</sup> BUONOCORE V., *Etica degli affari e impresa etica*, cit., 1

<sup>15</sup> OPPO G., *I contratti d’impresa tra codice civile e legislazione speciale*, cit., 847, il quale prosegue rilevando come «questo contratto non nuoce – contro quanto si è da altri affermato – alla natura contrattuale dell’atto di autonomia né alla sua considerazione unitaria e non sostituisce una “auto-

che l'attività dell'impresa attraverso il contratto deve operare tenendo conto anche dell'utilità sociale, si spiegano molti degli interventi esaminati come quelli di reazione in caso di loro inosservanza attraverso nuove forme di nullità o quelli che ampliano la legittimazione ad agire ad associazioni di categoria.

Si può concludere affermando che nel nostro diritto sono presenti gli embrioni per la categoria del contratto di impresa la quale è caratterizzata sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo. Il successivo sviluppo di tale categoria tuttavia dovrà basarsi solo non sulla asimmetria di potere contrattuale, che innegabilmente permane nella fattispecie, ma dovrà evolversi tenendo conto, da un lato, delle regole del mercato concorrenziale e, dall'altro, della sempre più pregante esigenza di un mercato etico e solidale, nel senso che «è interesse generale – utilizzando le parole di Oppo – che il contratto operi correttamente nel mercato; è interesse delle parti del contratto che il loro interesse trovi posto e spazio in un corretto mercato».

---

nomia di impresa” alla autonomia contrattuale: penetra invece nella funzione (o causa) del contratto accanto alla meritevolezza codicistica o come espressione della stessa e la qualifica e arricchisce, ma non la contraddice».



## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *1882-1982 – Cento anni dal codice del commercio*, Milano, 1984.
- ALLEN L., *Il sistema finanziario globale: Dal 1750 ad oggi*, Milano, 2000.
- ALBANESE A., *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 1179.
- ALPA G., *Le clausole vessatorie nei contratti con i risparmiatori (sintesi della relazione)*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 9.
- ALPA G., *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*, in *Vita not.*, 2009, 3.
- ALPA G., *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Contr. Impr.*, 2008, 889.
- ALPA G., *Il «Quadro comune di riferimento» e le nuove prospettive di diritto contrattuale europeo*, in *Contratti*, 2005, 308.
- ALPA G., *Il codice del consumo*, in *Contratti*, 2005, 1047.
- ALPA G., *Ancora sulla definizione di consumatore*, in *Contratti*, 2001, 205.
- ALPA G., *“Principles of European Contract law” predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. di dir. priv.*, 2000, 497.
- ALPA G., *Gli usi del termine «consumatore» nella giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, 4.
- ALPA G., *Qualche rilievo sulla disciplina dei mercati finanziari e sulla tutela del risparmiatore*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, I, 372.
- ALPA G., *L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 237.
- ALPA G., *Modificazioni del codice civile e nuove leggi speciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 789.
- ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1995.
- ALPA G., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Corr. Giur.*, 1993, 639.
- ALPA G., *Strategie d'impresa e tutela del consumatore. Per una critica del fenomeno «consumerism»*, in *Pol. dir.*, 1974, 494.

- AGRIFOGLIO G., *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: la tutela della parte debole e regolazione del mercato*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 253.
- AMADIO G., *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 285.
- ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962.
- ASCARELLI T., *Lezioni di diritto commerciale*, Milano, 1955.
- ASQUINI A., *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 1.
- ASQUINI A. - CARNELUTTI F. - MOSSA L., *Sulle nuove posizioni del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1942, 65.
- ASQUINI A., *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1941, 429.
- ASTONE F., *Sull'utilizzo delle clausole*, in *Vita Not.*, 1997, 125.
- AZZARO A.M., *Tutela del «consumatore» e regolazione del mercato*, in *Giust. civ.*, 2003, 237.
- BARCA A., *Brevi note in ordine alla nozione di consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 367.
- BARENGHI A., *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 202.
- BARREA M., *Teoria della concorrenza e libertà del consumatore: l'insegnamento di Tullio Ascarelli*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 909.
- BASEDOW J., *Un comune diritto dei contratti per il mercato comune*, in *Contr. imp. Europa*, 1997, 84.
- BASTIANON S., *Direttive comunitarie e tutela del creditore in caso di ritardato pagamento nelle transazioni commerciali: prime osservazioni a proposito del D.lgs. n. 231/2002*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, 395.
- BENEDETTI G., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 309.
- BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 17.

- BENEDETTI G., *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 669.
- BERTOLO G., *Squilibrio normativo e buona fede nei contratti dei consumatori*, in *Giur. comm.*, 2003, II, 475.
- BESSONE M., «Consumerism» e la tutela dei consumatori. *I percorsi obbligati di una politica del diritto*, in *Pol. dir.*, 1987, 611.
- BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, vol. 3, il contratto*, Milano, 2000.
- BIANCA C. M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205.
- BIGLIAZZI GERI L., *Commento sub art. 1469-bis, comma 1*, in BIANCA - BUSNELLI (a cura di), *Comm. al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 794.
- BIN M., *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. Impr. Eur.*, 1996, II, 437.
- BOCHICCHIO F., *Contratto di agenzia e mancata iscrizione nel ruolo dei rappresentanti e degli agenti di commercio: effetti civilistici – Il ruolo della nullità nell'attuale ordinamento*, in *Nuova giur. civ.*, 1999, I, 163.
- BOCCHINI F., *Tutela del consumatore e del mercato*, in BIANCA - BUSNELLI (a cura di), *Comm. al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 778.
- BONELL M.J. (a cura di), *Principi Unidroit*, Roma, 2004.
- BONELL M.J., (voce) *Unificazione internazionale del diritto*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 720.
- BONOFILIO P., *L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 1469-bis cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 174.
- BORTOLOTTI F.- MOSCA C., *La nuova disciplina dell'agente commerciale*, Padova, 1999.
- BREGOLI A., *I contratti di impresa*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 140.
- BRIOLINI F., *Osservazioni in tema di modifiche unilaterali nella disciplina dei contratti bancari*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 283.
- BUONOCORE V., *Problemi di diritto commerciale europeo*, in *Giur. comm.*, 2008, 3.

- BUONOCORE V., *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2007, 379.
- BUONOCORE V., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006.
- BUONOCORE V. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2006.
- BUONOCORE V., *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. comm.*, 2004, 181.
- BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000.
- BUONOCORE V., *Gli effetti sulle operazioni bancarie della nuova disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Giur. comm.*, 2000, 211.
- BUONOCORE V., *Contratti del consumatore e contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 1.
- BUONOCORE V., *Riflessioni a margine al nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, impresa, società*, 1994, 171.
- BUONOCORE V. - LUMINOSO L. (a cura di), *Contratti d'impresa*, Milano, 1993.
- BUTTARO L., *L'autonomia del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 421.
- CAFAGGI F., *Introduzione*, in CAFAGGI F. (a cura di), *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Padova, 2003, VII.
- CAGNASSO O. - COTTINO G., *Contratti commerciali*, Padova, 2009.
- CALANDRA BUONAURA V., *La trasparenza nei servizi bancari di investimento*, in *Giur. comm.*, 2008, 220.
- CALVO R., *Il Codice del consumo tra consolidazione di leggi e autonomia privata*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2006, 74.
- CALVO R., *La tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 869.
- CALVO R., *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico e il sonno della ragione*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2003, 715.
- CALVO R., *Le radici del moderno diritto privato europeo con riguardo al controllo sul contenuto del contratto standard*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2001, 491.
- CAMARDI C., *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'autonomia contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 549.

- CAMARDI C., *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 703.
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, Torino, 2006.
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, 3, *Diritto dell'impresa*, Torino, 2008.
- CAMPOBASSO G.F., *Servizi bancari e finanziari e tutela del contraente debole: l'esperienza italiana*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, 562.
- CAPILLI G., *La nozione di consumatore alla luce dell'orientamento della consulta*, in *Contratti*, 2003, 653.
- CAPO G., (voce) *Contratti d'impresa (evoluzione recente)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2008, 1.
- CAPOBIANCO E., *La protezione del consumatore tra obiettivi di razionalizzazione normativa e costruzione del sistema nell'esperienza del codice del consumo*, in *Vita not.*, 2008, 1187.
- CARPINO B., *La rescissione del contratto - Artt. 1447-1457*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000.
- CARBONE V., *Anatocismo e usi bancari: la cassazione ci ripensa*, in *Corr. giur.*, 1999, 561.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951.
- CARRESI F., (voce) *Rescissione. Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 1.
- CARRESI F., *La fattispecie della rescissione per lesione*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, Milano, 1965.
- CASELLI G., *Osservazioni sulla l. 18 giugno 1998 n. 192, in materia di subfornitura con particolare riferimento al suo ambito di applicazione*, in *Contratto e Impresa*, 1998, 1304.
- CASERTA I., *La nozione di consumatore secondo la Cassazione*, in *Contratti*, 2002, 338.
- CASO R. - PARDOLESI R., *La nuova disciplina di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 712.
- CASTRONOVO C., *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 29.

- CASTRONOVO C., *I principi di diritto europeo dei contratti come ipotesi di codificazione possibile*, in *Vita not.*, 2002, 1203.
- CASTRONOVO C., *I principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, 32.
- CASTRONOVO C., *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, 158.
- CATALANO G., *La legge sulla subfornitura a sette anni dalla entrata in vigore: il legislatore italiano dei contratti è deceduto o sta solo dormendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 177.
- CERRI A., *La Costituzione e il diritto privato*, in *Tratt. Dir. Priv. dir. da P. Rescigno*, XXI, 1987.
- CERRI E., *Eguaglianza giuridica e egualitarismo*, L'Aquila-Roma, 1984, 105.
- CHINÉ G., *Il diritto comunitario dei contratti*, in Tizzano A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, I, 2006.
- CHINÈ G., *Uso ed abuso della nozione di consumatore nel codice del consumo*, in *Corr. merito*, 2006, 431.
- CHINÈ G., voce *Consumatore (contratto del)*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 402 ss.
- CHINÈ G., voce *Contratti di massa*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 403 ss.
- CHINÈ G., *Il consumatore*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, I, 164.
- CIAN G., *Contratti civili, contratti commerciali e contratti di impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 849.
- CIAN G., *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, 414.
- CIAN G., *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 523.
- CICCARELLI S., *La tutela del consumatore nei confronti della pubblicità ingannevole e delle pratiche commerciali scorrette ex d.lg. n. 146 del 2007*, in *Giur merito*, 2008, 1820.
- CIPOLLA C., *Storia economica dell'Europa pre-industriale*, Bologna, 1974.

- CLARIZIA R., *Il commercio elettronico: gli aspetti giuridici generali e le problematiche contrattuali*, in *Riv. not.*, 1999, 1437.
- CODINANZI M., *Agenti di commercio italiani e direttive comunitarie*, in *Contr. Impr. Eur.*, 1998, 871.
- COLANGELO G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004.
- CONTI R., *La corte CE a tutto campo sulla nozione di consumatore e sulla portata della dir. 93/13/CEE in tema di clausole abusive*, in *Corr. giur.*, 2002, 445.
- CONTI R., *Lo status di consumatore alla ricerca di un foro esclusivo e di una stabile identificazione*, in *Corr. giur.*, 2001, 532.
- COREA U., *Ancora in tema di nozione di «consumatore» e contratti a scopi professionali, un intervento chiarificatore*, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2119.
- COREA U., *Sulla nozione di «consumatore»: il problema dei contratti stipulati a scopi professionali*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 13.
- CORRADINI D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970.
- CORSARO L., (voce) *Rescissione*, in *Digesto disc. Priv.*, Sez. civ., XVI, 628.
- COSTANZA M., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1987, 423.
- COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1994.
- COSTI R., *Informazione e contratto nel mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 719
- COTTINO G., *L'impresa nel pensiero dei Maestri degli anni Quaranta*, in *Giur. comm.*, I, 2005, 5.
- COTTINO G. (a cura di), *Contratti commerciali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano F., XVI, Padova, 1999.
- COTTINO G., *Diritto commerciale*, II, Padova, 1996.
- CUFFARO V., *Esecuzione della prestazione pecuniaria e tutela del contraente debole*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 7.

- DALIA C., *Le nozioni di consumatore e il valore della dichiarazione di agire per finalità di consumo*, in *Giur. merito*, 2009, 1733.
- DALMARTELLO A., (voce) *Contratti di impresa*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 1.
- DALMARTELLO A., *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962.
- D'AMICO G., *Il procedimento di formazione del contratto di franchising secondo l'art. 4 della l. n. 129/2004*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 769.
- D'AMICO G., *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 732.
- D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 5.
- D'ANGELO A., *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1990, 702.
- DE CRISTOFARO G., *Le disposizioni «generali» e «finali» del Codice del consumo: profili problematici*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2006, 43.
- DE CRISTOFARO G., *Il “codice del consumo”: un'occasione perduta?*, in *Studium iuris*, 2005, 1137.
- DELFINI F., *Dipendenza tecnologica del subfornitore e legge n. 192/1998*, in *Contratti*, 2000, 616.
- DE NOVA G., *Il contratto alieno e le norme materiali*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 25.
- DE NOVA G., *I contratti di oggi e la necessità di un elenco condiviso di divieti e clausole vietate: a proposito di armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 463.
- DE NOVA G., *La nuova legge sul franchising*, in *Contratti*, 2004, 761.
- DE NOVA G., *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 633.
- DE NOVA G., *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 451.
- DE NOVA G., *I singoli contratti: dal Titolo terzo del Libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, in *I cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1993, 217.
- DE NOVA G., *Contratti bancari doc*, in *Contratti*, 1993, 525.
- DE NOVA G., *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 705.

- DE NOVA G., *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e Impresa*, 1988, 327.
- DE NOVA G., *Disciplina dell'acquisto dei crediti d'impresa: un disegno di legge*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 287.
- DELLI PRISCOLI L., *Assicurazione per conto altrui e foro del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 1055.
- DELLI PRISCOLI L., «Consumatore», «imprenditore debole» e principio di uguaglianza, in *Contr. Impr. Eur.*, 2003, 749.
- DELLI PRISCOLI L., *La posizione dominante come presenza di una barriera*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 223.
- DELLI PRISCOLI L., *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con le clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 833.
- DELOGU L., *Leggendo il codice del consumo alla ricerca della nozione di consumatore*, in *Contr. Impr. Europa*, 2006, 87.
- DETTI T. - GOZZINI G., *Storia contemporanea*, Milano, 2000.
- DI GIOVINE G., *Controllo giudiziale della causa e congruità delle prestazioni contrattuali*, in *Dir. e giur.*, 1995, 261.
- DI MAJO A., *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, Incontro di studio del C.S.M., 22-24 aprile 2002, in [www.csm.it](http://www.csm.it)
- DI MAJO A., *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 5.
- DI MAJO A., *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, in *Corr. giur.*, 1991, 789.
- DI MARZIO F., *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 681.
- DI MARZIO F., *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 837.
- DI MARZIO F., *Ancora sulla nozione di "consumatore" nei contratti*, in *Giust. civ.*, 2002, 688.
- DI MARZIO F., *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione disuguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 721.
- DI MARZIO F., *Intorno alla nozione di «consumatore» nei contratti*, in *Giust. civ.*, 2001, 2151.
- DI MARZIO F., *La nullità del contratto*, Padova, 1999.

- DI MARZIO F., *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore – Prime riflessioni sulla previsione generale di vessatorietà*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 513.
- DI SABATO D., *Contratti dei consumatori, contratti di impresa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 657.
- DISTASO N., *I principi giuridici fondamentali del sistema contrattuale. La libertà contrattuale e i suoi limiti*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, vol. I, Torino, 1980.
- DISTASO N., *Autonomia privata e ordinamento giuridico. Il concetto di causa*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, vol. II, Torino, 1980.
- DONA M., *Il codice del consumo, regole e significati*, Torino, 2005.
- ESPOSITO M., *La tutela dei consumatori tra codice civile e costituzione*, in *Giur. merito*, 2000, IV, 181.
- FALZEA A., *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 1.
- FALZEA A., *A chiusura delle celebrazioni cinquantenarie del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 213.
- FAVA P., *L'estensione della necessaria facoltatività delle perizie contrattuali alle polizze infortuni cumulative: i lavoratori assicurati sono consumatori ex art. 1469 - bis c.c.*, in *Corr. giur.*, 2003, 659.
- FELLONI G., *Profilo di storia economica dell'Europa dal medioevo all'età contemporanea*, Torino, 1997.
- FERRARA F. jr., *Gli imprenditori e le società*, Milano 1952.
- FERRARESE M.R., *La lex mercatoria tra storia e attualità: da diritto dei mercanti a lex per tutti?*, in *Soc. dir.*, 2005, 164.
- FERRI G.B., *Dai codici della proprietà al codice dell'impresa*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 401.
- FERRI G.B., *La «cultura» del contratto e le strutture del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 843.
- FERRI G.B., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1993
- FERRI G.B., *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, spec., 428.
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

- FERRI G.B., (voce) *Diritto commerciale*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1946.
- FERRI G.B., *Revisione del codice civile e autonomia del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, I, 46.
- FICI A., “Consumatore”, “professionista” e criteri di vessatorietà nei contratti del consumatore, in *Corr. giur.*, 2002, 1625.
- FIORIO P., *Professionista e consumatore, un discrimine formalista?*, in *Giur. it.*, 2002, 543.
- FORTUNATI M., *La lex mercatoria nella tradizione e nella recente ricostruzione storico-giuridica*, in *Soc. dir.*, 2005, 29.
- FOURQUIN G., *Storia economica dell’Occidente Medievale*, Bologna, 1987.
- FRANCESCHELLI R., *Imprese e imprenditori*, Milano, 1970.
- FRANCHI L., *Commentario al codice di commercio*, Milano, 1900.
- FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1999, 83.
- FRIGNANI A. – CAGNASSO O., *L’attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, n. 2003, 308.
- FRIGNANI A., *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192/1998: problemi di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 1999, 189.
- GABRIELLI E., *L’operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 905.
- GABRIELLI E., *I contraenti*, in SIRENA P. (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d’impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, 113.
- GABRIELLI E., *Storia e dogma dell’oggetto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 328.
- GABRIELLI E., *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1149.
- GABRIELLI E., *Il contratto e l’operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 93.
- GAGGERO P., *Disciplina del jus variandi nel Testo unico bancario*, in BIANCA - ALPA (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti con i consumatori*, Padova, 1996, 370.

- GAGGERO P., *A proposito della definizione di «cliente della banca»*, in *E-con. e dir. ter.*, 1996, 771.
- GALGANO F., *Diritto Commerciale. L'imprenditore. Impresa Contratti d'impresa. Titoli di credito. Fallimento*, Bologna, 2008.
- GALGANO F., *Il riflesso giuridico della globalizzazione*, in *Vita not.*, 2002, 51.
- GALGANO F., *La categoria del contratto alla soglie del terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, 919.
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, vol. II, tomo I, *Le obbligazioni e i contratti*, Padova, 1999.
- GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contratto e impresa*, I, 1997, 417.
- GALGANO F., *Diritto commerciale. I. L'imprenditore*, Bologna 1986.
- GALGANO F., *I contratti di impresa, i titoli di credito, il fallimento*, Bologna 1980.
- GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976.
- GALGANO F., *L'imprenditore*, Bologna, 1970.
- GALLO P., *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2007, 641.
- GALLO P., *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, 239.
- GAMBARO F.L., *Disciplina dei pagamenti e subfornitura industriale*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 805.
- GAMBINI M., *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, in *Giur. merito*, 2004, 2605.
- GAMBINO F., *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 347.
- GANDOLFI G., *Il diritto privato europeo agli inizi del terzo millennio: prospettive e problemi*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 221.
- GATT L., *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in BIANCA - BUSNELLI (a cura di), *Comm. al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 803.

- GATT L., *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie*, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2341.
- GATTI S., *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 440.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000.
- GENOVESE A., *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2008, 762.
- GENTILI A., *I contratti di impresa e il diritto comune europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 7.
- GENTILI A., *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 20.
- GIANOLA A., *Autonomia privata e «terzo contratto»*, in RESCIGNO P. (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Napoli, 2006, 131.
- GIROLAMI M., *La nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008.
- GITTI G. - VILLA G. (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.
- GITTI G., *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 491.
- GITTI G. - DELFINI F., *Autonomia privata e tipizzazione contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 471.
- GITTI G., *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 11.
- GOLDSCHMIDT L., *Storia universale del diritto commerciale*, Torino, 1913.
- GRECO P., *Il diritto commerciale tra l'autonomia e la fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, I, 1.
- GRECO P., *Aspetti e tendenze odierne del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 337.
- GRISI G., *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999.
- GRISI G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.
- GRUNDMANN S., *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 366.
- GRUNDMANN S., *L'autonomia privata del mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 257.

- GUADAGNO S., *I confini dell'informazione precontrattuale e la "storia infinita" dei contratti di intermediazione finanziaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 241.
- GUARINO A., *Consumatore e professionista: definizioni e disciplina*, in *Contratti*, 2008, 251.
- GUERNELLI M., *L'intermediazione finanziaria fra la tutela del mercato, legislazione consumeristica e orientamenti giurisprudenziali*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 360.
- INZITARI B. - PICCININI V., *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008.
- INZITARI B., *Le sezioni unite e il divieto di anatocismo: l'asimmetria contrattuale esclude la formazione dell'uso normativo*, in *Corr. giur.*, 2005, 214.
- INZITARI B., *Profili del diritto delle obbligazioni*, Padova, 2000.
- INZITARI B., *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Galgano, II, Padova, 1978, 319.
- IRTI N., *Diritto europeo e tecno-economia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 1.
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003.
- IRTI N., *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347.
- IRTI N., *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 289.
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1989.
- IUDICA G., *Clausole abusive e razionalità del mercato*, in BIANCA - BUSNELLI (a cura di), *Comm. al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 777
- JAEGER P.G. - DENOZZA F., *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 2000.
- KLESTA DOSI L., *Lo status del consumatore: prospettive di diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, 667.
- KLESTA DOSI L., *Clausole abusive nei contratti del consumatore e tutela inhibitoria: prime applicazioni degli artt. 1469 bis e ss. cod. civ.*, in *Nuova giur. comm.*, 1997, I, 193.
- LA LUMIA I., *L'autonomia del nuovo diritto delle imprese commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1942, 1.
- LANGHOLM O., *L'economia in Tommaso d'Aquino*, Milano, 1996.

- LANDRETH H. - COLANDER D., *Storia del pensiero economico*, Bologna, 1996.
- LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali. Corso di diritto civile*, Padova, 2003.
- LANZILLO R., *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1985, 309.
- LA ROCCA G., *Il potere di modificare unilateralmente i contratti: esigenze sostanziali e profili civilistica*, in *Banca, impr. e soc.*, 1997, 62.
- LECKACHMAN R., *Storia del pensiero economico*, Milano, 1993.
- LIBONATI B., *La categoria del diritto commerciale*, in *Riv. soc.*, 2002, I, 1.
- LIPARI N., *Fonti del diritto e autonomia dei privati (spunti di una riflessione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 727.
- LIPARI N. (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997.
- LISI A. (a cura di), *I contratti di internet: sottoscrizione, nuovi contratti, tutela del consumatore, privacy e mezzi di pagamento*, Torino, 2006.
- LOPEZ R., *La rivoluzione commerciale del Medioevo*, Torino, 1974.
- LUCCHINI GASTALLA E., *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 379 e 821.
- LUZZATTO G., *Storia economica d'Italia. Il Medioevo*, Firenze, 1967.
- LUZZATTO G., *Storia economica dell'età moderna e contemporanea*, Padova, 1955-1958.
- LUZZATTO G., (voce) *Corporazione storia*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962.
- MACARIO F., *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corriere giuridico*, 2009, 1577.
- MACARIO F., *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 683.
- MACARIO F., *Il credito al consumo*, in LIPARI N. (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Vol. IV, Padova, 2003.

- MACARIO F., *Alla ricerca dei "principi comuni" per l'armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, in CAFAGGI F. (a cura di), *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Padova, 2003, 1.
- MAFFEIS D., *Il contraente e la disparità di trattamento delle controparti*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 281.
- MAFFEIS D., *Abuso di dipendenze economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *Contratti*, 2003, 623.
- MAFFEIS D., *Ambito soggettivo di applicazione degli artt. 1469-bis e seguenti c.c.*, in *Contratti*, 2000, 442.
- MAISANO A., *Il movimento di riforma del codice di commercio a cavallo tra i due secoli*, in AA.VV., *1882-1982 – Cento anni dal codice del commercio*, Milano, 1984, 233.
- MARRELLA F., *Lex mercatoria e Principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in *Contr. imp. Europa*, 2000, 32.
- MARGHERI A., *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 1910.
- MARIANI A., *Note in tema di subfornitura nelle attività produttive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 109.
- MARINI G., *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 257.
- MARINI G., (voce) *Rescissione (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 966.
- MARTORANO F., *trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1991, I, 697.
- MASTROPAOLO E., *I servizi di investimento e gli intermediari professionali*, Milano 2003.
- MAZZAMUTO S., *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della costituzione europea*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 51.
- MAZZOLETTI E., *Gli usi contrattuali e la nuova lex mercatoria*, in *Giur. comm.*, 2007, 519.
- MAZZONI A., *Le fonti del diritto commerciale tra memorie storiche e scenari futuri*, in *Riv. soc.*, 2001, 855.
- MAZZONI C.M., *Contro una falsa categoria: i consumatori*, in *Giur. comm.*, 1976, I, 622.

- MENGGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, 1.
- MERUZZI G., *Funzione nomofilattica della Suprema Corte e criterio di buona fede*, in *Contratto e Impresa*, 2000, 29.
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1973.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano 1972.
- MESSINEO F., *Ancora sul concetto di contratto bancario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1962, I, 481.
- MESSINEO F., *Caratteri giuridici comuni, concetto e classificazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1960, I, 321.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano 1952.
- MIRABELLI G., *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962.
- MIRABELLI G., (voce) *Rescissione (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto*, 579.
- MINERVINI E., *Il «terzo contratto»*, in *Contratti*, 2009, 493.
- MINERVINI E., *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 8.
- MINERVINI E., *Le regole di trasparenza nel contratto di subfornitura*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 227.
- MINERVINI E., *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, 94.
- MINERVINI E., *Dal decreto 481/92 al testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 825.
- MINERVINI G., *Impresa bancaria e contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1966, I, 261.
- MIRONE A., *Le «fonti private» del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, I, 264.
- MIRONE A., *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino 2003.
- MONATERI P.G., *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 489.

- MONATERI P.G., *Ripensare il contratto: verso una versione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 409.
- MONTICELLI S., *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Milano, 1995.
- MORELLO U., *L'efficacia della lex mercatoria nel sistema italiano: tendenze e prospettive*, in *Soc. dir.*, 2005, 287.
- MOSSA L., *La nuova scienza del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, 439.
- MOSSA L., *Per il nuovo Codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, I, 16.
- MOSSA L., *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, 233
- MORERA U., *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, I, 163.
- MORERA U., *Sulla nozione di «cliente della banca»*, in *Vita not.*, 1995, 590.
- MOTTURA P., *Il sistema bancario italiano: linee fondamentali di evoluzione dal 1945 al 1994*, in *Banca, impresa, società*, 1994, 187.
- NANNI L., *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contratto e Impresa*, 1994, 477.
- NATOLI R., *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004.
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1974.
- NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18.
- NAVARETTA E., *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 507.
- NAVARRINI U., *Trattato elementare di diritto commerciale*, Torino, 1937.
- NAVARRINI U., *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, Torino, 1913.
- NIGRO C.A., *Introduzione alla nuova disciplina del credito al consumo – Le novità della direttiva 2008/48/ce del 22 maggio 2008 in materia «contratti di credito ai consumatori»*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).
- NUCCIO O., *La storia del pensiero economico italiano*, Roma, 2008.

- NUZZO M., *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 308.
- OPPO G., *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti verso una riforma?*, Atti del convegno per il cinquantenario della Rivista di diritto civile, Treviso 23 - 25 marzo 2006, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 43.
- OPPO G., *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 841.
- OPPO G., *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 421.
- OPPO G., *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 505.
- OPPO G., *Note sulla contrattazione di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 629
- OPPO G., *Codice civile e diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 221.
- OPPO G., *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 591.
- ORESTANO A., *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 467.
- OSTI C., *Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2178.
- PACE A., *Costituzione europea e autonomia contrattuale. Indicazioni e appunti*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 1.
- PADOA-SCHIOPPA A., *Brevi note storiche sulla lex mercatoria*, in *Soc. dir.*, 2005, 77.
- PADOA SCHIOPPA A., *Il diritto nella storia d'Europa – Il medioevo, parte prima*, Padova, 1995.
- PADOA-SCHIOPPA A., *Dal code napoléon al codice civile del 1942*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 531.
- PADOA SHIOPPA A., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992.
- PAGLIANTINI S. *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, 1040.
- PALMIERI A., *Alla (vana?) ricerca del consumatore ideale*, *Foro it.*, 2005, I, 992.
- PALMIERI A., *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte Costituzionale*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 332.

- PALMIERI A., *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2178.
- PALMIERI A., *Abuso di dipendenza economica: dal «caso limite» alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3208.
- PALMIERI A., *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3118.
- PANDOLFINI V., *La nullità degli accordi gravemente iniqui nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 2003, 501.
- PANETTI F., *Autonomia contrattuale e persona nella dialettica tra diritti sociali e libertà individuali: un percorso europeo*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 517.
- PARDOLESI R., *Prefazione*, in COLANGELO G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, XI.
- PARDOLESI R., *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 523.
- PARDOLESI R., *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, 1995, V, 137.
- PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, Milano, 1995.
- PATTI S., *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 735.
- PATTI S., *Il codice civile e il diritto dei consumatori. Postilla*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, 282.
- PATTI S., *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime considerazioni*, in *Contr. Impr.*, 1993, 71.
- PATTI S., voce "Abuso del diritto", in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, 1.
- PELEGGI R. - DI MEO E., *Principi unidroit dei contratti commercial internazionali (2004), principi di diritto europei dei contratti e (progetto di un) quadro comune di riferimento: una tavola sinottica*, in *Dir. comm. internaz.*, 2009, 207.
- PERLINGERI P., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84.

- PERRONE A., *L'accordo "gravemente iniquo" nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, I, 65.
- PETERS L., *Una legge per il franchising*, in *Dir. comm. internaz.*, 2004, 323.
- PETRELLI G., *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005.
- PICCININI V., *La nozione di consumatore*, in DEMARCHI P.G. (a cura di), *I diritti del consumatore e la nuova class action*, Bologna, 2010, 1 e ss.
- PICCININI V., *I rapporti tra banca e clientela. Asimmetria e condotte abusive*, Padova, 2008.
- PILIA C., *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002.
- PINO A., *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952.
- PIRENNE H., *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, Roma, 2006.
- PIRENNE H., *Le città del Medioevo*, Bari, 1989.
- PIRENNE H., *Storia economica e sociale del Medioevo*, Milano, 1985.
- PLAIA A., *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 340.
- POLIDORI S., *Disciplina delle nullità e interessi protetti*, Camerino-Napoli, 2001.
- PORTALE G.B., *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Riv. soc.*, 2008, 1.
- PORTALE G.B., *Tra responsabilità della banca e «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, in *Jus*, 1981, 142.
- PORZIO M., *Rilievi critici sulle recenti sentenze della Cassazione in materia di anatocismo*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, II, 649.
- POWER E., *Vita nel medioevo*, Torino, 1966.
- PRESTI G. - RESCIGNO M., *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2007.
- PRATI L., *La sanzione di nullità nel contratto di subfornitura*, in *Contratti*, 1999, 293.
- PROSPERI F., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 639.

- PUGLIATTI S., (voce) *Autonomia privata*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 368 e ss.
- REICH N., *Il consumatore come cittadino – il cittadino come consumatore: riflessioni sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'unione europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 345.
- RESCIGNO P. (a cura di), *Autonomia privata, individuale e collettiva*, Napoli, 2006.
- RESCIGNO P., *Note a margine dell'ultima legge in tema di mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, 243.
- RESCIGNO P., «Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1990, I, 297.
- RESCIGNO P., *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito dei integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, in *Contr. Impr.*, 1990, 43.
- RESCIGNO P., (voce) *Contratto. In generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, IX, 1988, 2.
- RESCIGNO P., *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 210.
- RICCIO A., *La clausola generale di buona fede, dunque un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1999, 21.
- RICCIUTO A. - ZORZI N., *Il contratto telematico*, Padova, 2002.
- RINALDI F., *L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di uguaglianza?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 39.
- RINALDI F., *Incompatibilità tra la nozione di consumatore e quella di professionista debole*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 634.
- RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme*, Paris, 1951.
- RIVOLTA G.C.M., *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 709.
- ROCCO DI TORREPADULA N., *Sulla nozione di consumatore*, in *Contratti*, 2007, 1074.
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004.
- ROLL E., *Storia del pensiero economico*, Torino, 1977.
- ROLLI R., *Le attuali prospettive di «oggettivazione dello scambio»: verso la rilevanza della «congruità dello scambio contrattuale»?* , in *Contratto e impresa*, 2001, 613.

- ROCCO A., *Principi di diritto commerciale*, Torino, 1928.
- ROPPO E., *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in *Pol. dir.*, 1975, 701.
- ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore* (a cura di NAVARRINI E.), Milano, 2007, 289.
- ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore, e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669.
- ROPPO V., *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 747.
- ROPPO V., *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 439.
- ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002.
- ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001.
- ROPPO V., *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, 769.
- ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 277.
- ROSSI S. - STORTI C. (a cura di), *Le matrici del diritto commerciale tra storia e tendenze evolutive*, Varese, 2009.
- RUSSO E., *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. Impr.*, 2009, 120.
- RUSSO D., *Sull'equità dei contratti*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile* diretta da Pietro Perlingieri, Napoli, 2001.
- SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, I, Torino, 2004.
- SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato Vassalli*, VI, 2, Torino, 1975.
- SANGIOVANNI V., *L'informazione precontrattuale degli intermediari assicurativi*, *Contr. Impr.*, 2009, 123.
- SANNA P., *L'attuazione della dir. 2000/35/Ce in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: introduzione al d. lgs. 9 ottobre 2002 n. 231*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 247.

- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1974.
- SARTORI F., *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004.
- SCALFI G., *Risoluzione del contratto*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 6.
- SCALISI V., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 843.
- SCALISI V., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 459.
- SCHLESINGER P., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. It.*, 1999, 231.
- SCHLESINGER P., *Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 403.
- SCODITTI E., *Gli interventi del giudice e della legge nel regolamento contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 571.
- SCOGNAMIGLIO C., «*Statuti*» *dell'autonomia privata e regole ermeneutiche nella prospettiva storica e nella contrapposizione tra parte generale e disciplina di settore*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 1015.
- SCOGNAMIGLIO C., *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 947.
- SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, diretto da Scialoja-Branca, sub. artt. 1321-1352, Bologna-Roma, 1970.
- SENNI T., *La direttiva 2000/35/CE sul ritardo nei pagamenti in rapporto alla disciplina sulla subfornitura*, in *Dir. comm. internaz.*, n. 2001, 842.
- SIRENA P. (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006.
- SIRENA P., *La categoria dei contratti di impresa e il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 415.
- SIRENA P., *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, 277.
- SIRENA P., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 787.

- SMORTO G., *Autonomia contrattuale e tutela dei consumatori. Una riflessione di analisi economica*, in *Contratti*, 2008, 723.
- SOMMA A., *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, 2000.
- SOMMA A., *Il diritto dei consumatori è un diritto dell'impresa*, in *Pol. dir.*, 1998, 679.
- SOMBART W., *Il capitalismo moderno*, Torino, 1967.
- SPADA P., *Diritto commerciale, I, Parte Generale*, Padova, 2004.
- SPADA P., (voce) *Impresa*, in *Dig. disc. priv. Sez. comm.*, VII, Torino, 1992, 32.
- SPOLIDORO M.S., *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, I, 191,
- STELLA-RICHTER G., *Il tramonto di un mito: la legge uguale per tutti (dal diritto comune dei contratti al contratto dei consumatori)*, in *Giust. civ.*, 1997, 199.
- STOLFI G., *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1964, 163.
- TABUCCHI A., *Il codice civile di fronte alla normativa comunitaria*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1993, 703.
- TORRISI T., *Consumatore, professionista. Fermenti giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2001, 312,
- TAWNEY R.H., *Religion and the Rise of Capitalism*, Milano, 1945.
- TOMMASEO F., (voce) *Nullità (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 896.
- TUCCI G. - CALIA G., *La subfornitura in Italia: sette anni di applicazione della legge 18 giugno 1998, n. 192*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 99.
- TUCCI G., *Verso la tipizzazione dei contratti bancari*, in *Contratti*, 1995, 325.
- TULLIO A., *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della legge n. 192 del 1998 e alla forma del contratto di subfornitura*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 251.
- TUVIERI C., *Il decreto sulle pratiche commerciali scorrette. Una nuova frontiera in tema di tutela dal consumatore*, in *Giur. merito*, 2008, 1830.

- UDA G. M., *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004.
- VALENTINO D., *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 509.
- VALERI G., *Manuale di diritto commerciale*, Firenze, 1948.
- VALERI G., *Autonomia e limiti del nuovo diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 24.
- VALERI G., *Brevi note per lo studio del nuovo diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 46 e 137.
- VALLE L., *Progetti per la realizzazione di un diritto comune europeo dei contratti*, in *Contr. imp. Europa*, 2000, 712.
- VETTORI G., *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 751.
- VETTORI G., *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 743.
- VETTORI G., *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 313.
- VETTORI G., *Carta dei diritti e codice europeo dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 673.
- VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 20.
- VIDARI, E. *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1900-08.
- VITUCCI P., *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contr. Impr.*, 1988, 805.
- VIVANTE C., *L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, I, 572.
- VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 1902.
- VOLPE F., *I Principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 40.
- ZENO-ZENCOVICH V., *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 57.
- ZOPPINI A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 515.