



Contratto, contratti e mercati

Quaderno 24

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

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

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

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



Coordinamento editoriale e cura del progetto grafico:

Camilla Pergoli Campanelli

© Scuola superiore della magistratura – Roma 2022

ISBN 9791280600356

I diritti di traduzione, adattamento, riproduzione con qualsiasi procedimento, della presente opera o di parti della stessa sono riservati per tutti i Paesi.

I contenuti dei contributi riflettono le opinioni personali degli autori.



Contratto, contratti e mercati

Quaderno 24

La Scuola e la collana dei Quaderni

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

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

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

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

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

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

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

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

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

INDICE

Natalino Irti	
L'ultima transizione	15
Marisaria Maugeri	
Contratto, contratti e mercati. Presentazione dei lavori	21
Giovanni D'Amico	
Il Contratto o I Contratti?	27
Giorgio De Nova	
La parte generale sul contratto, le clausole, le disposizioni testamentarie	45
Emanuela Navarretta	
Contratto e contratti: la sfida del governo della complessità	47
Vincenzo Roppo	
Una parte generale, o due parti generali?	55
Mario Serio	
<i>Contract e contracts</i> nel diritto inglese: la rilevanza della buona fede	65
Hans-W. Micklitz	
Diritto contrattuale sotto assedio regolatore – Rinascita del diritto contrattuale? Standardizzazione, regolamentazione e consenso	79
Pietro Sirena	
La parte generale della disciplina contrattuale dopo l'uropeizzazione del diritto privato	109
Mario Libertini	
Dalla dicotomia fra contratti civili e contratti commerciali alla frammentazione della disciplina del contratto. Nuove riflessioni sui contratti d'impresa	117

Alberto Maria Benedetti	
La categoria «contratto» tra unicità e molteplicità	155
Andrea Zoppini	
La teoria ‘non euclidea’ del contratto	165
Rossana Giannaccari	
I Contratti Dei Consumatori. Verso un’applicazione generale del diritto speciale?	187
Carlo Angelici	
Divagazioni su «Il contratto o i contratti?» e i mercati finanziari	203
Massimo Falabella	
La Cassazione e i contratti del mercato finanziario, tra disciplina speciale e codice civile	215
Stefano Pagliantini	
Mutuo, infedeltà precontrattuale e clausole di c.d. decadenza dal termine	231
Fulvio Gigliotti	
“Nuovi marciatori” e alienazioni commissorie (tra disciplina di settore e sistema codicistico)	261
Loredana Nazzicone	
I contratti del mercato bancario nel diritto generale dei contratti: specialità e primato	277
Pasquale Femia	
Contratti senza lingua comune	291
Enzo Vincenti	
Contratto e nuove tecnologie: gli “smart contracts”	309
Gregorio Gitti	
Settorializzazione delle discipline e dimensione oggettiva dei contratti . .	323

Giuseppe Amadio	
Valutazione causale e applicazione dei principi nei nuovi contesti di contrattazione	335
Francesco Denozza	
Disciplina del contratto e “ <i>non – moral goods</i> ”	345
Francesco Macario	
Clausole generali e principi nella dialettica attuale tra parte generale e contesti ‘speciali’ del contratto	367
Claudio Scognamiglio	
Le clausole generali ed i principi nell’applicazione della parte generale del contratto	387
Enrico Scoditti	
Perché non possiamo rinunciare alla parte sui contratti in generale nel codice civile	407
Giuseppe Vettori	
Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito	415
Guido Alpa	
I contratti speciali nel loro excursus storico. Appunti e considerazioni . . .	427
Pasquale D’Ascola	
Il giudice e il futuro del contratto	441
Aurelio Gentili	
Occorre una riforma del diritto contrattuale?	449
Giuseppe Grisi	
Mala tempora currunt	459
Raffaele Tommasini	
Contratto e rimedi tra tradizione ed innovazione	469

Gli autori

Natalino IRTI

Professore Emerito di Diritto civile, Università Sapienza di Roma – Accademico dei Lincei

Marisaria MAUGERI

Professore Ordinario di Diritto civile, Università di Catania – Vicepresidente SSM

Giovanni D'AMICO

Professore Ordinario di Diritto privato, Università Mediterranea di Reggio Calabria

Giorgio DE NOVA

Professore Emerito di Diritto civile, Università degli Studi di Milano

Emanuela NAVARRETTA

Giudice Corte costituzionale

Vincenzo ROPPO

Professore Emerito di Diritto civile, Università di Genova

Mario SERIO

Professore Ordinario di Diritto privato comparato, Università di Palermo

Hans-W. MICKLITZ

Professore Emerito di Diritto dell'economia, Università di Bremen

Pietro SIRENA

Professore Ordinario di Diritto privato, Università Bocconi di Milano

Mario LIBERTINI

Professore Emerito di Diritto commerciale, Università Sapienza di Roma

Alberto Maria BENEDETTI

Professore Ordinario di Diritto privato, Università di Genova

Andrea ZOPPINI

Professore Ordinario di Diritto civile, Università Roma Tre

Rossana GIANNACCARI

Consigliere della Corte di cassazione

Carlo ANGELICI

Professore Emerito di Diritto commerciale, Università Sapienza di Roma

Massimo FALABELLA

Consigliere della Corte di cassazione

Stefano PAGLIANTINI

Professore Ordinario di Diritto privato, Università di Siena

Fulvio GIGLIOTTI

Professore Ordinario di Diritto privato, Università Magna Graecia di Catanzaro

Loredana NAZZICONE

Consigliere della Corte di cassazione

Pasquale FEMIA

Professore Ordinario di Diritto privato, Università di Salerno

Enzo VINCENTI

Consigliere della Corte di cassazione

Gregorio GITTI

Professore Ordinario di Diritto civile, Università degli Studi di Milano

Giuseppe AMADIO

Professore Ordinario di Diritto civile, Università di Padova

Francesco DENOZZA

Professore Emerito di Diritto commerciale, Università degli Studi di Milano

Francesco MACARIO

Professore Ordinario di Diritto privato, Università Roma Tre

Claudio SCOGNAMIGLIO

Professore Ordinario di Diritto civile, Università di Roma "Tor Vergata"

Enrico SCODITTI

Consigliere della Corte di cassazione

Giuseppe VETTORI

Professore Emerito di Diritto civile, Università di Firenze

Guido ALPA

Professore Emerito di Diritto civile, Università Sapienza di Roma

Pasquale D'ASCOLA

Presidente di sezione della Corte di cassazione

Aurelio GENTILI

Professore Emerito di Diritto civile, Università Roma Tre

Giuseppe GRISI

Professore Ordinario di Diritto civile, Università Roma Tre

Raffaele TOMMASINI

Professore Emerito di Diritto privato, Università di Messina

L'ultima transizione¹

SOMMARIO: 1. Storia di tecnologie – 2. Gli homines loquentes – 3. 1933: un'occasione perduta? – 4. La logica comune a produzione e scambio – 5. La suprema oggettività – 6. Le periferie della razionalità tecnologica

1. Storia di tecnologie

Nessun istituto giuridico al pari del contratto si offre come terreno di meditazione sulla tecnica. La storia del contratto è una storia di tecnologie. Qui si incontrano e congiungono il produrre e lo scambiare, gli uomini che fanno (homines fabri) e gli uomini che trasferiscono, in modo vicendevole, il mio al tuo. Questa, che sembra l'originaria primitività, quasi all'alba della storia umana, è invece il simbolo d'un intenso cammino. Illuminanti al mio venerato maestro, Emilio Betti – e, prima di lui, a John Locke – parvero le narrazioni di Erodoto e del navigatore veneziano del secolo XV, Alvise di Ca' da Mosto, circa gli scambi, fatti da tribù africane, di sale contro oro. Scambi silenti, tutti risolti nell'oggettività del contegno: gli uni deponevano sale sulle rive mediterranee; gli altri, oro. Non parlavano tra di loro; le cose sembravano scambiarsi da sole.

Questa esperienza aurorale mostra che lo scambio non ha necessità della parola. Giungeranno dopo secoli gli homines loquentes, i quali avanzano proposte, accettano, rifiutano, negoziano, stipulano. È l'immagine offerta dai codici europei, ed anche dal nostro del 1942, dove la tecnica dello scambio si identifica con la tecnica della parola. Il linguaggio, con la sua propria storicità e legalità, è il ponte gettato fra gli uomini: il tramite, nel quale e per il quale si conoscono e riconoscono. Il linguaggio reca con sé le difficoltà e gli errori dell'esprimersi, i dubbî ed i travagli dell'interpretazione. La primitiva oggettività dello scambio

¹ Sono note introduttive (e questo ne spiega la sobrietà di svolgimento) al convegno sul contratto, indetto dalla Scuola Superiore della Magistratura e ospitato dall'Accademia dei Lincei, i giorni 29 novembre – 1° dicembre 2021. L'incontro fu concepito e ordinato dalla prof.ssa Marisaria Maugeri. Queste pagine sono destinate agli 'Scritti per il centenario della nascita di Renato Scognamiglio', e si richiamano a opere dell'autore: spec. N. IRTI, *Norma e luoghi – Problemi di geo-diritto*, Roma – Bari, 2001; *Riconoscersi nella parola*, Bologna, 2020.

cede agli attriti del soggettivismo. Le cose alle parole. È perduta l'originaria nudità delle merci, che era anche perfetta razionalità dello scambio.

2. *Gli homines loquentes*

Per secoli la dottrina del diritto civile ha dibattuto, e ancora dibatte, intorno ai dualismi di volontà e dichiarazione, causa tipica o causa concreta, interpretazione soggettiva o oggettiva, e così seguitando. Queste antinomie sono interne al linguaggio, e indeboliscono la tecnica dello scambio, la quale è impaziente di liberarsene e di consegnarsi alla pura oggettività.

Mentre nel mondo della produzione gli *homines fabri* adottano le forme della più audace razionalità tecnica, e trapassano dall'artigianato alle catene industriali, e da queste ai meccanismi automatici, gli uomini dello scambio, gli *homines loquentes*, si disperdono nei problemi del linguaggio e nelle sue interne antinomie.

Proviamo a immaginare noi stessi nel 1942, al tempo di entrata in vigore del codice civile. Vediamo i civilisti ancora assorti nelle dispute sul negozio giuridico. In Italia si compie la seconda rivoluzione industriale. Il razionalismo oggettivo domina l'architettura, la pittura, le mode più quotidiane, i disegni di oggetti usuali e domestici. C'è, nella dottrina civilistica, non so se cautela o lentezza, se paura o insensibilità. Del clima culturale non giunge eco nella trattazione enciclopedica sul contratto, affidata a un giurista del rango di Giuseppe Osti.

3. 1933: un'occasione perduta?

La tecnica dello scambio è chiamata, per necessità storica, a ricongiungersi con la tecnica della produzione dentro la stessa ed unica razionalità. Ma il cammino è lungo e affannoso, e oggi non ancora esaurito e compiuto. Il contratto, quasi creatura infedele, si affranca bensì dal negozio giuridico, ormai relegato a categoria storiografica, ma fatica a prendere le forme più nette della razionalità tecnologica. Eppure l'atmosfera culturale, già al principio degli anni Trenta, avrebbe consentito una svolta decisiva, una critica più ardita e innovatrice della tradizione civilista. Fu un'occasione perduta. La filosofia aiutava il cammino: nel 1933, è tradotta nella nostra lingua la Filosofia della tecnica di Federico Dessauer, dove pure si evocavano la macchina calcolatrice di Leibnitz e l'*homme machine* di La Mettrie; lo stesso anno uno studioso italiano, Virgilio Dagnino, dà fuori un saggio sulla Tecnocrazia. Si andava elaborando e attuando la teoria del 'nuovo Stato' totalitario, che è, appunto, una totalità tecno-politica: del 1933 è anche la Fondazione dell'IRI, struttura pubblica di banche e industrie. L'ideologia del corporativismo, nelle opere acutissime di Ugo Spirito, si converte in dottrina del

sapere scientifico e delle competenze tecniche, che sole possono garantire una conoscenza condivisa e verificabile. Lo stesso 1933 vede l'opera più geniale e nascosta di Francesco Carnelutti, quella Teoria giuridica della circolazione, schiettamente costruita sul rapporto tra fenomeni dell'economia e tecniche ordinanti del diritto. La dottrina civilistica si tiene fuori dalla cultura del tempo; se non agricola, è di certo pre-industriale; non raccoglie gli incitamenti, lascia cadere questi spunti, e dimentica che, proprio all'alba del secolo, nel 1901, uno schivo e nobile studioso, Antonio Cicu, aveva toccato il tema degli 'Automi nel diritto privato'. Più desta e sollecita sensibilità mostrano il diritto commerciale e il diritto del lavoro.

Bisognerà attendere gli anni del secondo dopoguerra, quando il silenzio è rotto da solitarie intuizioni e da saggi precorritori (come i 'Contratti standard' di Enzo Roppo nel 1975). Solo assai tardi, già prossimi alla fine del secolo – la tecnica ha ormai invaso l'ambito delle relazioni comunicative e netto emerge il passaggio dall'homo loquens all'homo videns degli schermi televisivi e telematici –; soltanto allora, nel 1997, si osa proporre una teoria degli 'scambi senza accordo', che destò scandalo tra i benpensanti del diritto civile e non imprese durevole orma negli studi sul contratto.

4. La logica comune a produzione e scambio

Eppure essa provava a ricongiungere scambio e produzione nel mondo della tecnica ed a raccogliarle sotto una comune logica di razionalità e oggettività funzionale. La parola 'funzione' assume un rilievo decisivo. Nella fabbrica l'individuo è chiamato, non a vendere energie di lavoro indirizzate dall'imprenditore, ma a svolgere una funzione obbiettiva secondo la logica propria dell'apparato. Il prestatore di lavoro non è più 'subordinato' ad altro uomo, come l'hegeliano servo al padrone, ma a una funzione tecnica, determinata all'interno del sistema produttivo. Si spiega così che un saggio sociologico, apparso il 2020, abbia per titolo 'Il tuo capo è un algoritmo'. Cioè, il tuo capo è l'impianto, il Gestell di Heidegger. Del pari il rapporto di scambio è affidato ad agenti telematici o robotici, ai quali si chiede, non già di esprimere volontà e manifestare decisioni, ma soltanto di funzionare in base a un programma. L'apparato tecnico provvede, nel suo pieno funzionamento, a produrre ed a scambiare. L'essenziale è che tutto funzioni. Nel 2018, in queste stesse sale, si tenne un convegno sulla 'Decisione robotica', con proficua presenza di matematici e ingegneri. Ne nacque il finissimo saggio di Massimo De Felice, 'La macchina della decisione', or ora apparso per i tipi di Aragno.

Siamo immersi nell'ultima transizione della modernità: dall'homo loquens all'homo videns, dall'homo videns all'homo machinalis o artificialis. Sempre

uomo, poiché l'apparato tecnico non è l'inumano o disumano, ma il pienamente umano: non dell'umanesimo di fatui cortigiani e di anime belle, ma dell'umanesimo costruttivo, che ci giunge da Galileo e Leonardo, il quale dichiaravasi 'omo senza lettere', e teneva per sola maestra la 'sperienza'. Questo è l'autentico umanesimo del nostro tempo, che avvolge anche le tecniche della produzione e dello scambio, e conferisce al diritto una nuova forma.

5. La suprema oggettività

Si perviene così a una suprema e radicale oggettività. Non più immagini o ipotesi introspettive; non più il vano scrutare dentro le volontà individuali, ma l'univocità del messaggio, affidato a codici di coerenza e di omogeneità. Non più soprattutto angosce interpretative, derivanti dal carattere ellittico o allusivo della parola detta o scritta, e il giuoco delle 'pre-comprensioni' e dei 'pre-giudizi'. Possono ben darsi disfunzioni o errori tecnici, ma l'epoca dell'interpretazione contrattuale e delle sue controversie è ormai prossima a esaurirsi. Forse sopravviverà nelle tesi di laurea o nelle pagine dei veterani di antiche dottrine. Il linguaggio reca in sé l'orma di luoghi e di tempi: è sempre il modo di comunicare e intendersi, che nasce entro un territorio racchiuso da confini, e muta nel succedersi delle situazioni storiche. Telematica e robotica appartengono alla s-confinatezza planetaria, ed alla a-storicità degli apparati tecnici. Esse vivono in 'rete', sfera astratta e a-topica; e costituiscono una nuova dimensione, un supplemento di realtà, che reca in sé la propria memoria. Lo scambio dei valori economici si disgiunge dallo scambio di valori linguistici, dalla reciprocità dialogica del passato.

C'è quasi un ritorno alle esperienze aurorali, a quelle remote narrazioni di Erodoto e del navigatore veneziano: che è poi ritorno alle merci nella loro figura fisica o immateriale. È un ritorno alla estrema oggettività, neutra e impersonale, libera da attriti psicologici e da riserve interiori. E', infine, un ritorno a quell'originario significato del 'contractus', quale fu configurato dal grande Pietro Bonfante: un *contrahere* senza consentire, come fatto in sé capace di stringere nel vincolo due soggetti. Non di rado il grado estremo di modernità si ricongiunge alla più remota primitività.

6. Le periferie della razionalità tecnologica

Questa descrizione fenomenologica prova a cogliere le tendenze fondamentali della nostra epoca, e certo non dimentica che, come nel mondo della produzione sopravvivono botteghe artigianali e piccole aziende, così il mondo degli scambi offre ancora spazi del negoziare, dell'incontro fra *homines loquentes*:

gli spazi, per singolare paradosso, dei mercati di quartiere, delle botteghe del lusso, e delle supreme intese di carattere finanziario, del dialogo fra gli 'audaci condottieri del capitalismo' (come li definì Ernst Troeltsch). Nel suo tramontare, il linguaggio degli scambi – o, meglio, lo scambiare mediante la parola – trova ancora qualche angolo di salvezza. Sono le estreme e opposte periferie della razionalità tecnologica.

Se ora, come è dovere di queste note introduttive, ci volgiamo alle domande poste nella pagina di presentazione del nostro incontro (pagina dovuta – credo – all'operoso acume di Marisaria Maugeri), si vedrebbe la soluzione più opportuna e persuasiva nella conservazione della parte generale. Non per devozione storica, ma per garantire la esistenza di un diritto residuale: diritto, applicabile quando la disciplina dei singoli mercati, raccolta in microsistemi, definiti in base o ai beni scambiati o alle tecniche comunicative, non dia risposta ai casi concreti.

Il giurista del nostro tempo non si conduce come Tommaso d'Aquino, che rompe con il nodoso bastone l'Androide costruito dal proprio maestro Alberto Magno, ma sa che l'Androide appartiene, anch'esso, al mondo umano; e perciò, in questa cornice, assume, senza rifiuto o paura del 'disumano', le scelte della più accorta razionalità e della più vigile consapevolezza.

Contratto, contratti e mercati. Presentazione dei lavori

SOMMARIO: 1. Rapporto fra parte generale e discipline “tipiche” e “settoriali” in tema di contratto – 2. La frammentazione delle regole – 3. Rilevanza della progressiva accentuazione della differenziazione strutturale dei mercati – 4. Rilevanza della crisi del pensiero liberale classico e scelte del legislatore eurounitario – 5. Il ruolo della parte generale – 6. Regole di settore, clausole generali e riforma.

1. Rapporto fra parte generale e discipline “tipiche” e “settoriali” in tema di contratto

Il Contratto, nell’accezione di corpo normativo organizzato in modo sistematico e unitario, è ancora oggi al centro della riflessione dei civilisti europei e nazionali.

I grandi progetti di armonizzazione del diritto privato europeo avevano come obiettivo principale proprio quello della creazione di un diritto comune in tema di “parte generale del contratto” (si pensi ai *PECL*, al *Code européen des contrats* e allo stesso *DCFR*, che – seppur non esclusivamente – è a questo prevalentemente dedicato).

Le più recenti riforme dei codici europei riguardano principalmente, ancorché non solo, la parte generale del contratto.

Si potrebbe, dunque, essere indotti a ritenere che, seppur con qualche necessità di ammodernamento, la parte generale del contratto possa rivestire ancora un’importanza fondamentale e centrale nel diritto privato contemporaneo. In altre parole, si potrebbe pensare che abbandonando il vecchio paradigma del contratto, pensato per le esigenze della borghesia ottocentesca, e adottando un nuovo paradigma, più adatto a un mercato caratterizzato dalla produzione di massa (operazione in Italia già, in larga misura, avvenuta nel 1942), l’unità del sistema “contratto” possa mantenersi.

A fronte di ciò, però, l’analisi delle discipline in tema di contratto fa emergere una significativa frammentazione. Si pensi non solo al ben noto tema della distinzione fra disciplina del primo contratto, del secondo contratto e del terzo contratto ma anche al meno esplorato tema delle diverse discipline nei mercati regolamentati (energia, telecomunicazioni, assicurazioni, banche, etc..).

Tutto ciò fa subito sorgere la questione relativa al rapporto fra parte generale e discipline “tipiche” e “settoriali” in tema di contratto.

La prima sessione di questo incontro sarà, dunque, dedicata alla riflessione sulla funzione della parte generale in Italia, in Germania e nei sistemi di *Common Law*.

2. La frammentazione delle regole

Consentitemi di far cenno brevemente alla mia posizione sul punto.

Negli anni scorsi, durante il mio periodo di distacco presso la sede che ci ospita oggi, l'Accademia dei Lincei, ho preparato un questionario sui «Contratti», da somministrare ai colleghi.

Una delle questioni poste era la seguente: «Ritieni che la tradizionale impostazione codicistica, secondo la quale la disciplina contenuta negli artt. 1321-1469 c.c. costituirebbe la regola, mentre tutte le altre norme in tema di contratto dovrebbero essere lette come eccezioni alla stessa, sia ancora oggi da preferire?».

La maggioranza dei colleghi che ha risposto al questionario ha ritenuto che l'impostazione in chiave di regola/eccezione dovesse oggi considerarsi superata. Anch'io ritengo sia così.

E invero, nonostante la presenza dell'art. 1323 c.c. possa indurre a ritenere che: (i) non esistano lacune che possano giustificare l'applicazione analogica delle norme in tema di contratti contenute al di fuori del titolo II, e che, pertanto, (ii) il sistema ci rimandi una gerarchia fra norme di parte generale e norme «altre», sembra che l'irrazionalità e la distonia di sistema derivanti dall'applicazione di norme diverse in presenza del medesimo tipo di conflitto non possa che indurre a ritenere che già nel '42 questa tesi non fosse sostenibile. In ogni caso, le pluralità di discipline, emanate dopo il '42 – settoriali, transtipiche, legate a qualifiche soggettive, di origine europea e non – hanno radicalmente modificato il sistema, rendendo ormai inaccettabile l'idea del rapporto regola/eccezione.

Sembra, inoltre, che anche in passato il paradigma unico avesse più una forza ideale (l'astrazione come fondamentale principio della civiltà moderna fondata sull'eguaglianza) che una reale portata operativa.

La frammentazione delle regole, ancorché in misura ridotta, si può dire essere stata sempre presente. Si pensi, solo ad esempio, alla specificità del contratto di lavoro e dei contratti con la Pubblica Amministrazione. La stessa parte generale prevede al suo interno regole che non si applicano a tutti i contratti. Ciò non di meno si è potuta mantenere per anni la rappresentazione ideale astratta (con il suo corollario di descrizione del rapporto fra parte generale e

parte sui contratti tipici e relativa a singoli settori in chiave di regola/eccezione) perché in fondo, per un lungo periodo, i reali problemi di possibile applicazione analogica delle regole di parte speciale erano stati limitati. Le questioni che conducevano a maggiori frizioni (si pensi al contratto di lavoro) erano state risolte creando sottosectori resi complessivamente autonomi dalla disciplina civilistica.

L'ondata di nuovi contratti «alieni», il processo di differenziazione della struttura dei diversi mercati, la crisi del pensiero liberale classico (che era alla base della codificazione) e le scelte dell'UE rendono oggi, per un verso, del tutto irrazionale e, per altro verso, privo di apparato culturale e istituzionale di sostegno, una lettura in chiave di regola/eccezione.

La mia tesi è, in altre parole, che il processo di apertura dei mercati, l'accentuazione nella differenziazione strutturale di questi ultimi, le nuove tecnologie, la crisi del pensiero liberale classico e le scelte dell'UE, rendano urgente e necessario il superamento del paradigma unico (come paradigma valido sempre, salvo eccezioni espressamente disciplinate).

3. Rilevanza della progressiva accentuazione della differenziazione strutturale dei mercati

Oggi si assiste una progressiva accentuazione della differenziazione strutturale dei mercati. Ciò ha determinato non solo la necessità di regolare questi ultimi attraverso differenti Autorità indipendenti, con specifiche competenze tecniche legate alle caratteristiche del settore (si pensi, ad esempio, all'AGCOM, all'ARERA, all'IVASS, a Banca d'Italia), cosicché si può dire che oggi i contratti nei singoli mercati siano disciplinati da regole che provengono da fonti non uguali, ma anche l'esigenza di plasmare le regole tenendo conto degli specifici tipi di problemi che i mercati presentano.

I diversi mercati, in altre parole, si evolvono a seconda della specificità del bene o del servizio prestato e, in ragione di ciò, sembrano necessitare di regole specifiche loro proprie. È la differenza nella struttura dei mercati che porta con sé la necessità di creare paradigmi differenti. E infatti, le regole nei diversi settori sono numerose e minuziose e ciò fa sì che la disciplina generale solo raramente assuma rilievo nella soluzione dello specifico conflitto.

Si ricordi, fra l'altro, che alcuni autori, che ritengono che il diritto debba risolvere i problemi derivanti dai fallimenti del mercato, invocano un "diritto privato regolatorio". In questa prospettiva, non c'è dubbio alcuno che la disciplina debba essere articolata a seconda del diverso contesto da regolare, ma su ciò tornerò fra poco.

4. Rilevanza della crisi del pensiero liberale classico e scelte del legislatore eurounitario

Sotto il profilo dell'affermazione delle idee, la necessaria articolazione della disciplina dei contratti deriva anche dalla circostanza che non solo il pensiero ispirato alla cultura «solidaristica» ha criticato l'astrazione della parte generale, come tecnica di occultamento della pluralità di interessi e valori coinvolti nella transazione, come tecnica, cioè, di occultamento funzionale all'ordine giuridico borghese, ma anche lo stesso pensiero neoliberale ha contestato il paradigma astratto.

I codici tradizionali hanno alla base l'adesione al modello economico del liberalismo classico che, come si è detto, ritiene fondamentale l'esistenza di un paradigma astratto, in cui tutti i soggetti siano uguali e le transazioni possano, dunque, essere trattate senza operare differenze. L'impostazione neoliberale, invece, valuta le transazioni a seconda delle caratteristiche del contesto e ritiene si debba intervenire al fine di rendere l'esito della transazione "efficiente". Ciò determina una necessaria maggiore frammentazione delle regole rispetto a quelle che l'impostazione liberale classica ci aveva tramandato e che ha influenzato la redazione dei codici. Si può dire che oggi non esista un pensiero economico rilevante che sposi la prospettiva del paradigma astratto.

In ogni caso, al di là della prevalenza o meno di un'impostazione culturale su un'altra dal punto di vista generale, a me sembra che l'impostazione neoliberale si sia imposta a livello eurounitario (pur essendosi registrate frizioni sul modello da preferire all'interno delle stesse istituzioni: Parlamento e Commissione avevano, ad esempio, posizioni molto distanti in tema di armonizzazione).

Ciò che intendo dire è che, almeno in materia contrattuale, l'articolazione settoriale della disciplina dei contratti nell'UE non sembra sia dovuta solo alla circostanza che la crescita dell'Unione si sia realizzata per gradi e tenendo conto, secondo il principio di sussidiarietà, degli spazi di intervento possibili, ma anche a una preferenza, per l'appunto, per l'impostazione neo liberale.

Mi si potrebbe obiettare che, il legislatore europeo conosce ancora oggi discipline trasversali, applicabili nei rapporti *BtoC* e che, quindi, lo stesso abbia mantenuto una tensione verso la generalizzazione dei paradigmi normativi (seppur a un livello diverso rispetto a quello dell'impianto originario del codice). In vero, però, approfondendo, si può notare un'attribuzione di sempre maggiore rilevanza alle disposizioni di atti dell'Unione che disciplinano settori specifici, nel senso che, in caso di conflitto fra norme orizzontali applicabili ai rapporti *BtoC* e norme di settore, il legislatore dà prevalenza a queste ultime.

5. Il ruolo della parte generale

Al fine di non dar luogo a fraintendimenti, è bene precisare che l'approccio settoriale non si è tradotto nella vanificazione del ruolo della parte generale in tema di contratto. Tutt'altro! La parte generale è utilizzata come disciplina residuale, applicabile laddove il legislatore europeo non abbia previsto una specifica disciplina di settore.

Ciò è, a mio avviso, quel che è accaduto nel rapporto fra parti generali contenute nei codici nazionali e parti settoriali di derivazione eurounitaria. È indubbio, in altre parole, che, senza dichiararlo, a livello nazionale abbiamo un "nuovo sistema", diverso rispetto a quello dell'impianto novecentesco.

In questa prospettiva, la parte generale può comunque fungere, come dicevo, da disciplina residuale, applicabile laddove il legislatore non abbia visto e risolto il tipo di conflitto sottoposto all'attenzione dell'interprete, sempre che l'applicazione della regola contenuta nella parte generale non risulti, però, tale da tradire la coerenza dell'apparato di regole che disciplini il singolo settore.

Nella parte generale, inoltre (anzi direi "soprattutto"), si possono rinvenire regole di sistema a vocazione realmente allargata (ad esempio, in tema di rispetto dell'ordine pubblico, economico e non, nel modello di circolazione della ricchezza).

Nell'affrontare la questione diritto generale/diritto "speciale" a me sembra, ad esempio, convincente la soluzione adottata dall'art. 1105 del *Code Civil* francese, interpretato nel senso esplicitato nei lavori preparatori, e cioè che debba esistere una valutazione caso per caso, che tenga conto della coerenza interna del diritto speciale, giacché a volte un'applicazione simultanea del diritto generale e del diritto speciale, ancorché formalmente possibile, non risulta né pertinente né giustificata; in particolare, l'applicazione del diritto generale potrebbe far giungere a snaturare la coerenza del diritto speciale o a travisare lo spirito di quest'ultimo.

La soluzione sembra da condividere perché induce a dare prevalenza alla regola più prossima alla razionale composizione del conflitto degli interessi, con riguardo alla finalità della disciplina legale e al contenuto specifico del rapporto controverso.

Questo è, dunque, il mio modo di vedere il rapporto fra parte generale e parte speciale e queste le ragioni per cui credo che si possano estendere analogicamente anche norme sui contratti che non siano ricomprese in quelle che vanno dall'art. 1321 all'art. 1469 c.c., nonostante la presenza dell'art. 1323 c.c.

6. Regole di settore, clausole generali e riforma

Torno alla presentazione dell'incontro.

La seconda giornata sarà dedicata all'analisi delle frammentazioni di discipline che si sono storicamente registrate e si registrano ancora ai diversi livelli, nei diversi settori e con riferimento alle diverse tecnologie.

Esistono settori in cui non ha più senso invocare il ricorso alla parte generale neanche in via residuale? Uno dei relatori ha già espresso questa idea in un interessantissimo volume. Altri relatori hanno individuato, con riferimento ai diversi settori, regole generali di riferimento, diverse da quelle contenute nel codice civile. Ad esempio, di recente, in un corso organizzato dalla SSM, insieme a Banca d'Italia, si è più volte detto che ci sono discipline "generali", diverse da quelle codicistiche, e discipline "speciali" anche all'interno del settore bancario (il riferimento era al *jus variandi*).

In dottrina è stata avanzata l'ipotesi che le Corti facciano sempre più ricorso alle clausole generali (buona fede, correttezza, abuso, etc..) per "adattare" la regola di parte generale al diverso contesto di mercato, con il rischio, però, che solo formalmente la regola applicata nei diversi sotto-settori sia la stessa mentre, concretamente, si attribuisce al giudice il compito di costruire la regola. Se così fosse, ci si potrebbe chiedere se non sia più corretto utilizzare, con maggior consapevolezza, l'interpretazione analogica del diritto "speciale".

A ciò sarà dedicata la prima tavola rotonda del terzo giorno di lavori.

Tutto quanto si dirà in questi giorni potrebbe consentire di dare risposta ad alcune delle questioni su cui i civilisti si sono interrogati in questi ultimi anni e cioè: (i) di quale riforma ha bisogno, se ne ha bisogno, il nostro diritto dei contratti? (ii) è la parte generale che necessita di riforma? (iii) o sono piuttosto le discipline in tema dei contratti tipici, quelle legate alle nuove tecnologie e quelle dei mercati regolamentati a necessitare di razionalizzazione e modernizzazione?

Ed è a ciò che sarà dedicata l'ultima delle nostre tavole rotonde.

Il Contratto o I Contratti?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. È configurabile un rapporto di regola ad eccezione tra “Parte generale” e disciplina dei singoli contratti? Prime considerazioni sul significato di “parte generale”. – 3. Una “parte generale” unica o una pluralità di “parti generali”? – 4. (*Segue*): i contratti dei consumatori (il c.d. “secondo contratto”).

1. Premessa

Come è stato già ricordato, l'odierno convegno costituisce l'ideale sviluppo (o – se si vuole – la prima attuazione) di una felice iniziativa che Marisaria Maugeri ha concepito alcuni anni fa, inviando (nel maggio del 2018) a una serie di colleghi un *Questionario* incentrato sul significato e sulla funzione attuali di una “Parte generale” del contratto¹.

Le domande presenti in quel Questionario sono le stesse che risultano sottese ai temi in cui si articola l'odierno Incontro di studio (arricchito – rispetto al

¹ La riflessione sul significato e la funzione della “parte generale” del contratto e sui suoi rapporti con le norme di settore (o con i singoli contratti disciplinati nella c.d. “parte speciale”, artt. 1470 ss. cod.civ.) è ricorrente.

Al tema è stato dedicato il Convegno pisano del 25-26 maggio 2007 dal titolo “*Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*”, nell'ambito del quale si veda in particolare la Relazione di PATTI su *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni* (pubblicata anche in *Riv.trim dir. proc. civ.*, 2008, 735 ss.)

Tra gli scritti sull'argomento v. anche G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. e impresa*, 1988, p. 327 ss.; P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *La civilistica italiana degli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, 441 ss.; BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Il contratto, Silloge in onore di G. Oppo*, I, Padova, 1992, p. 51 ss. (e in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 649 ss.); E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *RTDPC*, 2004, 379 ss., 821 ss.; e, successivamente al convegno pisano, U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 375 ss., nonché, più recentemente, ID., *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *Contratti*, 2018, 1 ss.

Al Questionario, richiamato nel testo, si riferiscono le “risposte” dei vari Autori, che citiamo più avanti, e che sono circolate sotto forma di “materiali” tra i partecipanti alla discussione.

dibattito di allora – dal coinvolgimento anche di autorevoli esponenti della Magistratura). A quelle domande farò riferimento anch'io, in particolare partendo dalla prima di esse, il cui tenore era il seguente:

Ritieni che la tradizionale impostazione codicistica, secondo la quale la disciplina contenuta negli artt. 1321-1469 c.c. costituirebbe parte generale mentre tutte le altre norme in tema di contratto dovrebbero essere lette come eccezioni alla stessa, sia ancora da preferire?

2 Sul rapporto regola-eccezione. Prime considerazioni sul significato di “Parte generale”

La prima considerazione che vorrei svolgere riguarda il rapporto “regola-eccezione” (richiamato dalla domanda sopra riportata) e la precisa individuazione dei termini nei quali questo rapporto può essere istituito².

Io credo che – nella prospettiva del codice civile (e quindi del legislatore che ha costruito tale codice) – la c.d. “*Parte generale*” del contratto non sia mai stata concepita come una un insieme di “regole”³, alle quali la disciplina dei contratti “*speciali*” (ossia dei singoli contratti, ricomprendendo in tale formula in primo luogo i contratti tipici, ma poi anche i contratti atipici⁴) potesse eventualmente

² Per la sottolineatura che ha senso costruire un “paradigma generale di contratto” a patto di chiarire preliminarmente quale sia “il ruolo effettivo” delle norme regolatrici dei contratti, cfr. U. BRECCIA, *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *contratti*, cit. 7.

Una risposta (nella quale è già implicita l'idea di una “differenziazione” – o pluralizzazione – della “parte generale del contratto”) è quella di una distinzione tra una “parte generale del contratto” *destinata a governare i fallimenti dell'autonomia privata*, e un “diritto dei contratti di mercato” *volto a regolare i fallimenti del mercato* (così V. ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in ROJAS ELGUETA-VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, 35).

L'osservazione è la stessa che più avanti (v. § 4) porterà anche noi a non condividere la posizione di un altro autore (Gentili), il quale invece immagina una prospettiva di progressiva (possibile) “contaminazione” delle regole della Parte generale codicistica con quelle che riguardano il “diritto contrattuale dei consumatori”.

Aggiungeremmo soltanto che prima ancora che la reazione *ai fallimenti* (dell'autonomia privata o del mercato) le normative considerate servono a porre *in positivo* le regole (e i principi) la cui osservanza serve ad evitare o ridurre questi fallimenti (v. anche quanto diciamo subito *infra* nel testo).

³ Nel senso di disposizioni normative contenenti la disciplina “regolare” dei fenomeni considerati.

⁴ Un'ulteriore articolazione che si potrebbe (stipulativamente, almeno) ricomprendere nel sintagma “Parte speciale” riguarda la disciplina del contratto *in particolari* “settori” dell'ordinamento giuridico privatistico, pur avvertendo subito che i problemi che si pongono in queste ipotesi sono (in

portare deroga, così dando vita (occasionalmente) ad altrettante “eccezioni” a quelle regole.

A ben vedere, infatti – sebbene qualche ipotesi di questo tipo fosse (e sia) certamente configurabile⁵ – nel suo complesso il rapporto tra Parte generale e Parte speciale (ivi compresi i diritti contrattuali “di settore”) non si lascia ricondurre alla *relazione regola/eccezione* per la semplice ragione che i due blocchi normativi hanno tendenzialmente oggetti diversi (e, dunque, non comparabili; e, tanto meno, alternativi), e sono corrispondentemente espressione di tecniche normative diverse. Vediamo di esplicitare questi due aspetti.

a) Sebbene “Parte generale” e “Parte speciale” (nell’accezione sopra indicata) svolgano una funzione in parte simile⁶, esse *non sono entità omogenee*.

parte) diversi da quelli che possono riguardare il rapporto tra la Parte generale del contratto e la disciplina di un singolo contratto (tipico o atipico che sia).

Per quanto riguarda questo “diritto contrattuale *settoriale*”, a segnalarne l’importanza, è sufficiente richiamare le regole “speciali” in materia contrattuale dettate relativamente a: *i*) i contratti bancari; *ii*) i contratti finanziari; *iii*) i contratti nei settori oggetto di “regolazione amministrativa” (luce, gas, acqua); *iv*) i contratti della filiera agro-alimentare; *v*) i vari tipi di contratti di lavoro; e così via. È evidente che ognuno di questi “settori” evidenzia interessi ed esigenze particolari, talora ricollegati alla particolare qualità “soggettiva” delle parti (si pensi ai contratti di lavoro, ai contratti della filiera agro-alimentare), talaltra alle caratteristiche “oggettive” dei mercati in cui si concludono determinati tipi di contratti (si pensi ai mercati del credito, ai mercati finanziari, ai contratti nel settore delle telecomunicazioni).

⁵ Ad es., rispetto al tema della formazione del contratto (e alla “regola” della sufficienza del mero accordo o consenso, secondo la disposizione di cui all’art. 1326, comma 1°, c.c.), le norme che forniscono le “nozioni” di alcuni contratti (c.d. contratti reali: mutuo, deposito, comodato, donazione di modico valore, etc.) costituiscono una evidente “deroga” alla regola generale (e – forse – una deroga ancora più vistosa è quella che, nell’ambito della stessa Sez. I del Capo II, è introdotta dall’art. 1341 c.c.).

Analogamente, l’art. 1474 c.c. potrebbe essere considerato come una “deroga” alla regola dell’art. 1346 c.c. (secondo cui l’oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile, con la sanzione di cui al 2° comma dell’art. 1418 c.c.); l’art. 1892 c.c. (laddove stabilisce l’annullabilità del contratto di assicurazione in conseguenza della reticenza dell’assicurato) può essere considerato derogatorio della normativa generale sul dolo negoziale (per lo meno per chi considera tale normativa come escludente la rilevanza invalidatoria del mero silenzio o reticenza); l’art. 1664 c.c. (sulla revisione del corrispettivo nell’appalto) può essere considerato una (parziale) deroga all’art. 1467 c.c.; etc. etc.

⁶ La funzione che accomuna (molte del)le norme di Parte generale a quelle di “Parte speciale” (sia nell’accezione ristretta di questo termine, che lo riferisce ai “singoli tipi contrattuali”, sia nell’accezione più allargata, che individua come “speciali” [o “di parte speciale”, considerando “generale” la normativa degli artt. 1321-1469 c.c.] – le disposizioni in materia contrattuale dettate in particolari “settori” e/o con riferimento a particolari “mercati”) consiste nella circostanza che entrambe le serie di norme forniscono una disciplina che consente di concludere contratti evitando (o riducendo) i

Le norme di “Parte generale” si preoccupano infatti, da un lato, di definire gli *elementi identificativi* della figura contrattuale come tale (vale a dire definiscono il fenomeno della realtà cui si addice il *nomen* di “contratto”, ossia – detto altrimenti – *ciò che è necessario perché possa sorgere un vincolo contrattuale*), disciplinando le conseguenze (in termini di *invalidità e/o inefficacia*) ricollegabili all’assenza o al vizio di uno dei “requisiti” strutturali dell’atto contrattuale, ovvero alla mancanza di un qualche co-elemento (esterno) d’efficacia (come potrebbe essere, ad es., una condizione o un termine). Ben diversa è la funzione delle norme di “Parte speciale” (intesa qui la formula in questione nella sua accezione “ristretta”), le quali invece provvedono ad individuare (oltre che i tratti tipologici che individuano i singoli “tipi contrattuali”) il contenuto delle clausole che *normalmente* connotano una determinata operazione contrattuale, ipotizzando che al contratto – se le parti non hanno derogato a questa disciplina (tipicamente *dispositiva*) – sia opportuno applicare questa regolamentazione normale (ossia socialmente ed economicamente tipizzata, e dunque – per così dire – “collaudata”).

Orbene – proprio perché è diverso l’oggetto delle norme di “Parte generale” e di quelle di “Parte speciale” – non ha evidentemente senso (né mai lo ha avuto) discorrere di un rapporto regola/eccezione tra queste due serie di disposizioni, *salvo che nei casi* in cui, *occasionalmente*, nella disciplina di un tipo contrattuale siano formulate previsioni che non attengono tanto *al contenuto* delle clausole contrattuali (le quali hanno la funzione precipua di individuare i diversi diritti ed obblighi scaturenti da quel contratto), bensì si occupano piuttosto (ad es.) dei *rimedi* che conseguano alla lesione di quei diritti e alla correlativa violazione di quegli obblighi, o disciplinano le conseguenze di *sopravvenienze* che possano incidere sul rapporto instauratosi tra le parti, profili che (come detto) sono og-

“costi transattivi”, che altrimenti i contraenti dovrebbero affrontare per disciplinare analiticamente il rapporto che intendono porre in essere.

Questa funzione non è smentita dalla circostanza (spesso segnalata) secondo la quale la prassi internazionale conosce testi contrattuali estremamente dettagliati “che tendono a prevedere e disciplinare ogni ipotesi, e quindi anche le fattispecie che normalmente sono affidate, nell’esperienza del continente europeo, alle norme contenute nella parte generale del contratto” (così, ad es., Patti). E, invero, i contratti in questione sono, in genere, contratti di notevole rilievo economico, nella stipula dei quali i contraenti sono assistiti da consulenti legali ed esperti (chiamati per l’appunto a predisporre un testo contrattuale il più possibile “completo”). La generalità dei contratti non risponde, tuttavia, a queste premesse fattuali, e per questi ultimi contratti vale senz’altro la “funzione” sopra indicata della disciplina legale.

⁷ Ovvero – in qualche caso – dei requisiti di validità del contratto (come a proposito dei c.d. contratti reali, già richiamati nella precedente nota 2).

getto della normativa di parte generale (si pensi alle varie disposizioni sull'invalidità, sulla risoluzione del contratto, etc.)⁸.

Quando questo accade, si potrà correttamente parlare (se del caso) di una *deroga/eccezione* (rispetto alla norma “generale”)⁹; deroga che *talora è già prevista nella norma di Parte generale*: si pensi, ad es., all'art. 1458 c.c., che, dopo aver stabilito che “La risoluzione del contratto per inadempimento *ha effetto retroattivo tra le parti*”, fa salvo (cioè eccettua dalla regola) “il caso di *contratti ad esecuzione continuata o periodica*, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione *non si estende alle prestazioni già eseguite*”¹⁰.

Proseguendo su questo terreno, deve anzi dirsi che – come è ben noto – già c.d. “Parte generale” del contratto è dato frequentemente di imbattersi in norme/istituti che *non sono (dichiaratamente) applicabili a tutti i contratti*, perché trovano applicazione soltanto per alcune categorie di contratti (per restare all'esempio della risoluzione, basti pensare alla disciplina della eccessiva onerosità sopravvenuta, che si applica solo ai contratti di durata e ai contratti ad esecuzione differita)¹¹.

Neanche questa circostanza, peraltro, può indurre a mettere in discussione il carattere “generale” delle disposizioni contenute negli artt. da 1321 a 1469 c.c.

⁸ La previsione di “rimedi” (ulteriori rispetto a quelli che opererebbero *di default* in base alla normativa generale sul contratto) è frequente invece nella formulazione concreta delle pattuizioni tra le parti in sede di stipula del contratto (si pensi all'inserimento di una clausola penale, alla previsione di una caparra confirmatoria o penitenziale, di una clausola risolutiva espressa

⁹ Il rapporto tra norma di “parte generale” e norma di “parte speciale” (*ma non attinente al contenuto*) può – in certi casi – atteggiarsi non già in termini di “deroga” (e cioè come relazione tra una regola e una eccezione), bensì di “integrazione” (cioè di aggiunta di elementi ulteriori, giustificati dalla particolarità del tipo contrattuale che viene in considerazione). Si pensi ad es. all'art. 1564 c.c. in rapporto all'art. 1455 c.c.: quest'ultima norma prescrive che l'inadempimento necessario per pronunciare la risoluzione del contratto non deve avere scarsa importanza (per la parte che avrebbe dovuto ricevere la prestazione); la prima (contenuta nella disciplina del contratto di somministrazione) dispone ulteriormente che l'inadempimento (oltre a dover rivestire una “notevole importanza”) deve essere tale “*da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti*”.

¹⁰ Ma l'esempio, forse, più noto è quello che riguarda la disciplina della nullità, disciplina che (già a livello del codice civile) configura questo rimedio attraverso i caratteri della rilevabilità d'ufficio, della legittimazione assoluta, della imprescrittibilità dell'azione, della insanabilità, *ma facendo salve disposizioni diverse di legge* (il che – com'è noto – consente di ritenere già prevista nella disciplina codicistica, sia pure con norme di rinvio, la figura della c.d. nullità relativa, il cui esempio più rilevante è dato oggi dalla nullità di protezione della legislazione consumeristica).

¹¹ Gli esempi potrebbero, del resto, agevolmente moltiplicarsi. Ad es. la disposizione che prevede l'interpretazione contro l'autore della clausola (art. 1370 c.c.) si applica solo ai contratti che utilizzino “condizioni generali” o che vengano conclusi tramite moduli o formulari predisposti unilateralmente.

Si tratta, tuttavia, di capire quando le “deroghe” relative a una serie di contratti (o, addirittura, a contratti che possano ricondursi ad una “categoria” unitaria ed omogenea) finiscano per essere così numerose e penetranti da indurre a parlare di una tendenziale inapplicabilità a quei contratti (o a quella categoria) *dell'insieme* delle norme appartenenti alla c.d. “Parte generale” del contratto (salvo a vedere se per quei contratti, se e in quanto li si possa raggruppare in una categoria omogenea, si possa/debba configurare una “Parte generale” distinta ed autonoma rispetto a quella codicistica).

b) Prima di affrontare questo aspetto (al quale sarà dedicato il paragrafo seguente), è bene accennare al secondo profilo che – a nostro avviso – colloca *su piani disomogenei* le norme di Parte generale e quelle di Parte speciale, aspetto che attiene (questa volta, e come già sopra anticipato) alla *diversa “tecnica” normativa* che contraddistingue le due serie di norme.

Le disposizioni di Parte generale infatti – nella misura in cui sono, per definizione, *tendenzialmente* destinate ad essere applicate alla “generalità” (o comunque ad un numero assai ampio) di contratti – devono essere costruite con la *tecnica dell'astrazione*¹², ossia formulando delle regole che siano riferibili ai fenomeni da disciplinare *a prescindere dai caratteri specifici* di ciascuno di essi (es.: le regole sulla nullità o sulla annullabilità o sulla risoluzione del contratto per inadempimento si applicano *tendenzialmente* a tutti i contratti, si tratti di mutui, locazioni, appalti, etc. etc.). I concetti che queste norme utilizzano (es.: inadempimento “*di non lieve importanza*”, errore “*essenziale*”, onerosità “*eccessiva*”, etc.) sono concetti formulati anch'essi in termini generali (e parzialmente indeterminati), proprio perché devono essere idonei a ricomprendere (e a riassumere) una *casistica* che può presentarsi in maniera assai varia nei singoli tipi contrattuali.

Viceversa, le disposizioni di Parte speciale, contenendo la disciplina particolare dei singoli contratti (*recte*: dei singoli tipi contrattuali) utilizzano una *tecnica individualizzatrice*, e questo non solo con riferimento (com'è ovvio) alle disposizioni che attengono al *contenuto contrattuale* (delineando i diversi diritti e ob-

¹² È appena il caso di avvertire, peraltro, che la tecnica dell'astrazione è propria (*in diversa misura e graduazione*) della costruzione di qualsiasi “fattispecie normativa”, che – come tale – non riguarda singoli casi concreti, bensì *categorie di fatti*, isolate attraverso l'individuazione dei caratteri “comuni” che essi presentino e l'astrazione (appunto) dai caratteri che risultino esclusivi di alcuno/i soltanto dei “fatti” che si intendono regolare unitariamente (e che non rilevino dal “punto di vista” a partire dal quale si intende costruire la regolamentazione del fenomeno di volta in volta considerato).

blighi che discendono da quel tipo di contratto), ma anche con riferimento alle disposizioni che (*occasionalmente*) derogano/integrano quelle di Parte generale relative ai requisiti di validità e/o ai rimedi applicabili. Ciò non esclude, peraltro – come è ben noto – che nella disciplina di un “tipo contrattuale” possano rinvenirsi anche disposizioni a vocazione più ampia (le c.d. norme transtipiche), idonee ad essere applicate (analogicamente) anche ad altri tipi contrattuali (e, così, ad es., nella disciplina della vendita si possono individuare norme applicabili anche ad altri “contratti traslativi”). Del resto è sempre più diffusa – nella legislazione più recente – la tendenza a disegnare l’ambito di applicazione di alcune norme facendo riferimento non tanto ad un singolo tipo contrattuale quanto piuttosto a “raggruppamenti di contratti” (si pensi – ad es. – alle norme sulla trasparenza dettate a proposito dei “contratti bancari”).

3. Una “Parte generale” unica o una pluralità di “Parti generali”?

Abbiamo già evidenziato come negli artt. da 1321 a 1469 c.c. esistano diverse disposizioni che prendono in considerazione particolari *categorie di contratti* dettando per essi discipline (parzialmente) differenziate rispetto a quelle applicabili ai restanti contratti. Solo per limitarci a qualche esempio – e volendo riassumere le indicazioni già fornite – possono illustrare l’affermazione appena fatta:

- a) le disposizioni “derogatorie” riferite ai contratti ad esecuzione continuata o periodica (v. ad es. art. 1458 comma 1, c.c.), per non dire degli istituti che si applicano solo a tali contratti (come l’eccessiva onerosità di cui all’art. 1467, che richiama peraltro l’art. 1458 c.c. per confermare l’irretroattività relativamente alle prestazioni già eseguite);
- b) le disposizioni “derogatorie” (o “adattative”, come forse sarebbe più corretto chiamarle) relative ai c.d. contratti con comunione di scopo (contratti plurilaterali): si vedano gli artt. 1420 c.c. (in materia di nullità), 1446 c.c. (in materia di annullabilità), 1459 c.c. (in materia di risoluzione per inadempimento), 1466 c.c. (in materia di risoluzione per impossibilità sopravvenuta);
- c) la disposizione “speciale” (già sopra ricordata) che, in materia di interpretazione del contratto unilateralmente predisposto (in particolare attraverso condizioni generali di contratto) introduce il criterio dell’*interpretatio contra proferentem* (essendo recessivo – in tali contratti – quel criterio della “comune intenzione delle parti”, che l’art. 1362 c.c. pone come prima norma interpretativa), ma soprattutto quell’altra (ancor più importante) “deroga” – se così la si vuole chiamare – che consiste nell’equiparare la mera “conoscibilità” delle c.g.c. al consenso (pieno) del contraente

(quale normalmente è richiesto per la conclusione dell'accordo contrattuale) (art. 1341 c.c.).

L'esistenza di queste "deroghe" (ma un discorso a parte dovrà essere svolto per i "contratti per adesione", da ultimo richiamati), benché non revochi in dubbio il carattere "generale" delle disposizioni contenute negli artt. da 1321 a 1469 c.c., insegna tuttavia alcune cose; vale a dire, che la c.d. "Parte generale" del contratto è costruita su un paradigma (o "modello") basato:

- a) sui contratti di scambio (e non sui contratti "con comunione di scopo");
- b) sui contratti ad effetto istantaneo (e non sui contratti di durata, e men che meno su quelli che oggi si chiamano "contratti relazionali");
- c) sui contratti "individuali" (e non sui contratti per adesione o contratti "di massa").

Ulteriore caratteristica del modello sotteso alla disciplina codicistica è che si tratta di un modello costruito sul paradigma del "soggetto astratto" – ossia un modello costruito ipotizzando (o dando per scontata) una *parità formale* dei contraenti (lo testimonia, a tacer d'altro, la mancanza di una articolata disciplina dell'*informazione contrattuale*) –, e, inoltre, un modello basato sull'assunzione di un contraente concepito come un *attore razionale*.

Poniamoci, adesso, la domanda: i nuclei normativi sopra indicati (non escludendo che se ne possa aggiungere qualche altro) sono tali da richiedere – oltre alla normativa "adattativo/ derogatoria" di cui abbiamo fatto cenno (e alle altre disposizioni – collocate fuori dal Codice civile – che rispondono alla stessa funzione) – l'elaborazione di una "Parte generale" *autonoma*, che meriti di essere *affiancata* a quella degli artt. 1321-1469 c.c. ?

La risposta mi sembra non possa che essere negativa. Certo, può immaginarsi che alle categorie di contratti sopra individuate (e, eventualmente, ad altre che si ritenesse di aggiungere alle prime¹³) sia opportuno dedicare disposizioni più numerose ed incisive rispetto a quelle oggi presenti nella Parte generale del contratto contenuta nel Codice civile (solo per fare un esempio, si potrebbe pensare ad una disciplina della c.d. rinegoziazione, idonea ad affrontare i problemi che si pongono in tema di "contratti relazionali"). E può darsi che tutto ciò possa anche portare a ridimensionare (almeno in parte) l'*assolutezza* di principi che caratterizzano il modello di contratto sottinteso dal legislatore del codice (si pensi al principio secondo il quale il contratto ha "forza di legge"

¹³ Si pensi, ad es., ai c.d. *smart contracts*, di cui tanto si discute negli ultimi anni.

tra le parti). Ma, sino a quando il processo di *differenziazione* dovesse rimanere circoscritto entro questi limiti (andando a toccare, di volta in volta, *qualche* principio o regola della formazione del contratto, o della sua esecuzione o dei rimedi previsti per il caso di inadempimento o di sopravvenienze, senza però mettere in discussione l'applicabilità *nel loro complesso* delle disposizioni di cui agli artt. 1321-1469 c.c.), si resterebbe pur sempre nell'ambito di quella *ragionevole diversificazione* (delle regole) che serve a temperare il rischio di una eccessiva "astrattezza" delle stesse¹⁴.

¹⁴ Qui si apre (o potrebbe aprirsi un ulteriore problema), che veniva sollevato nella domanda n. 4 del Questionario a cui abbiamo sopra fatto riferimento, che si chiedeva se possa ritenersi convincente la soluzione adottata in Francia, secondo cui "*Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières*" (così il nuovo art. 1105, comma 3, del *Code civil*; il testo completo dell'articolo recita: 1. *Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.* – 2. *Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.* – 3. *Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières.*)

Si è suggerito (GITTI) di intendere la formulazione di questo 3° alinea non tanto nel senso della riproposizione (nel diritto delle obbligazioni) del brocardo *lex specialis derogat generali*, quanto piuttosto interpretando il *sous réserve* nel senso che le regole generali sono applicabili ai contratti particolari "*in quanto compatibili*" con la disciplina dettata per questi ultimi. Si garantirebbe, in tal modo, "l'elasticità e il giusto dosaggio applicativo" tra regole generali e regole speciali.

A me sembra tuttavia che "*l'ampia delega*" che (come riconosce Gitti), in tal modo, si finirebbe per riconoscere all'interprete non farebbe altro che aggiungere un ulteriore elemento di incertezza ai tanti che già derivano dall'applicazione delle numerose "clausole generali" (o, comunque, delle formule "indeterminate"), che caratterizzano la materia contrattuale (e, in particolare, la "Parte generale"). Per altro verso, proprio la presenza di queste formule ampie dovrebbe già garantire una sufficiente "flessibilità" nell'applicazione delle "regole generali", senza necessità di ammettere che – oltre alle deroghe specifiche (alle norme di Parte generale) già disposte dal legislatore – si possano aggiungere quelle introdotte dall'interprete sulla base del sopradetto "giudizio di compatibilità" (che finirebbe per diventare una "super-clausola generale" legittimante continue operazioni di "riduzione teleologica" delle disposizioni di Parte generale).

Un esempio di quanto diciamo può forse essere individuato nella giurisprudenza della Cassazione sul c.d. "contratto mono-firma", che – in virtù di una asserita lettura "funzionale" del requisito della forma scritta *ad substantiam* – ha ritenuto che sia sufficiente la firma del solo contraente "protetto" ad assicurare l'osservanza del requisito di forma, così "adattando" (con una certa "disinvoltura"!) ad un contratto speciale (il contratto-quadro di intermediazione finanziaria di cui all'art. 23 T.U.F.) il requisito "strutturale" della "forma scritta" (e, più specificamente, della "scrittura privata", quale definita normativamente dal combinato disposto degli artt. 1325 n. 4 e 2702 c.c., in virtù del quale la concretizzazione del requisito in questione – con riferimento ad un atto bilaterale, quale il contratto – richiede la "sottoscrizione" di entrambi i contraenti, e non certo di uno solo).

Ma analoga risposta vale anche per quegli specifici “settori”¹⁵ (spesso si parla – in parte impropriamente – di “diritti secondi”¹⁶) caratterizzati da regole particolari anche (e, talora, soprattutto) sotto il profilo contrattuale: si pensi al diritto del lavoro¹⁷, si pensi al diritto delle società (e alle peculiarità del contratto di società e del rapporto cui esso dà vita), si pensi al diritto bancario, a quello finanziario, assicurativo, etc.¹⁸. In tutti questi settori le regole del codice civile sul contratto in generale (o meglio, una parte di esse) subiscono talora “adattamen-

¹⁵ Qui viene in gioco il secondo (e più ampio) significato di “Parte speciale” (v. *supra*), che non allude tanto ai (singoli) tipi contrattuali, quanto piuttosto a contratti (magari appartenenti a “tipi” generali, o di diritto comune che dir si voglia) che sono assoggettati ad una disciplina particolare in quanto conclusi nell’ambito di particolari “mercati” (onde si parla – per riferirsi a questo contratti – di “*settori contrattuali*” che presentano una “specialità” (non solo rispetto alla disciplina di Parte generale, ma anche rispetto alla disciplina normale di un determinato “tipo contrattuale”: si pensi ai contratti di “cessione” di beni nell’ambito della filiera agro-alimentare, oggetto di disciplina particolare in base all’art. 62 D.L. “Monti” n. 1/2012, e ora regolati dal recente d.lgs. del 4 novembre 2021, emanato in attuazione della direttiva n. 633/2019/UE sulle pratiche commerciali scorrette nella filiera agro-alimentare).

¹⁶ Per una disamina del problema della “Parte generale” alla luce della dicotomia “diritto primo”/“diritti secondi”, v. CAMARDI, *Norme generali e categorie civilistiche. Una riflessione sul diritto dei contratti*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2019, 187 ss., spec. 202 ss. L’A. – dopo aver sottolineato come la dicotomia in esame sia nata (e sia stata discussa) in un contesto nel quale aveva ancora un senso individuare nel “diritto civile” (identificato, sostanzialmente, con il codice civile) un «diritto primario generatore di prodotti “secondi”» – osserva come oggi abbia per converso poco senso continuare a configurare in questo modo le relazioni che intercorrono tra il diritto civile e (poniamo) il diritto industriale o commerciale o del lavoro.

Quest’ultima affermazione (che ci sembra, in sé, senz’altro condivisibile) evidenzia, peraltro, come la dicotomia in esame – se è sicuramente (divenuta) inappropriata come criterio euristico per descrivere/ interpretare il rapporto tra “diritto privato generale” e “diritti di settore” – possa, forse, mantenere una qualche valenza ed utilità allorché si discorra di specifiche parti del “diritto privato generale” (come è il caso della Parte generale del contratto), che non è detto che non possano continuare a svolgere (sia pure in forme rinnovate, e non certo riconducibili a stilemi argomentativi ormai superati) il ruolo di “regole di base” (oltre che di strumentario concettuale fondamentale) anche per le corrispondenti “parti speciali” (es.: contratti bancari, contratti assicurativi, contratti di lavoro, etc.) che siano individuabili all’interno dei “diritti secondi” sopra richiamati.

¹⁷ Nella risposta al *Questionario* sopra citato, la MAUGERI ricorda che le tesi dei giuslavoristi «che hanno sostenuto la necessità di configurare il contratto di lavoro come contratto “altro” rispetto a quello generale di diritto civile».

¹⁸ Potrebbero aggiungersi a questo elenco anche i contratti della P.A., allorché quest’ultima agisca *iure privatorum*. Peraltro le regole “speciali” che – pur in quest’ambito – differenziavano, fino a qualche decennio fa, la condizione del “contraente P.A.” rispetto a quella della controparte “privata” (si pensi alle procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente, oppure alla limitata rilevanza che si attribuiva sino a poco tempo fa alla possibilità di configurare una “responsabilità precontrattuale della P.A.”, e così via), sono andate via via riducendosi.

ti”, “specificazioni”, integrazioni, etc., ma senza che ciò possa indurre in alcun modo a pensare che gli istituti della Parte generale del contratto non continuino ad essere per il resto (il che significa: *in larga o larghissima misura*) applicabili anche in questo caso, o che (l'insieme del)le norme “derogatorie/adattative/integrative” dettate per i contratti appartenenti ad uno di questi settori dia vita ad una autonoma “parte generale” che si affianchi a quella contenuta nel codice civile¹⁹. Detto altrimenti, non sembra (per il momento almeno) che ci sia spazio

¹⁹ Allo stato, questo sembrerebbe valere anche per quella nuovissima frontiera (in via di tumultuosa evoluzione) che è costituita dalla applicazione alla materia contrattuale delle “tecnologie dei registri distribuiti” – *Distributed Ledger Technologies* (o – come anche si potrebbe dire – “registri decentrati”).

Queste tecnologie – che consistono (volendo semplificare) in metodi di elaborazione ed archiviazione di “blocchi di dati (informazioni) concatenati” (*Blockchain*) – sono sempre più diffusamente applicate in molteplici ambiti e per svariatissime finalità (dal monitoraggio del pesce fresco dal momento in cui viene pescato al momento in cui finisce nei supermercati o nei ristoranti, ai trasferimenti di “criptovalute” come i Bitcoin, alla gestione di dati sanitari, alla gestione della catene distributive di prodotti come il petrolio o il gas, e così via). Una blockchain può essere adoperata per tracciare ordini, pagamenti, produzione di beni, etc.

Il funzionamento di questi meccanismi avviene attraverso *smart contracts* (che non sono, contrariamente a quanto il nome potrebbe indurre a pensare, “contratti” [letteralmente: “contratti intelligenti”], *anche se possono applicarsi anche alla conclusione e/o all'esecuzione di contratti*, bensì sono): programmi che, al verificarsi di determinate condizioni, “eseguono” automaticamente una data operazione (un pagamento, il tracciamento del percorso di una merce, la raccolta e la messa a disposizione di chi ha accesso al “registro” di informazioni come ad es. la temperatura di una spedizione di cibo, e così via).

Come già detto le “tecnologie dei registri distribuiti” stanno cominciando ad essere applicate anche alla conclusione e/o all'esecuzione di contratti, ponendo – in questo particolare ambito – diversi problemi (per una prima ricognizione si veda M. MAUGERI, voce *Smart contracts*, in *Enc.dir.-I Tematici*, vol. I, *Contratto dir.* da G. D'Amico, Milano, 2021) tra i quali quello della applicabilità al contratto concluso/eseguito con l'ausilio di queste tecnologie (che – come accennato – servono soprattutto a raccogliere, archiviare, e dare “pubblicità” ad una serie di informazioni, evitando forme di registrazione “accentrata” e affidata a soggetti pubblici o anche alla intermediazione di operatori giuridici come i notai) delle norme della Parte generale del contratto, o almeno di alcune di esse. Anche in questo caso – comunque – ci si trova di fronte, al più, alla necessità di “adattare” le regole generali sul contratto (ad es., in materia di forma) alla specificità di rapporti contrattuali conclusi/eseguiti avvalendosi (anche) di queste tecnologie, senza peraltro che si possa dire di trovarsi di fronte a fenomeni (radicalmente) diversi da quello regolato dagli artt. 1321-1469 c.c. (come talora si afferma: v., ad es., l'opinione espressa, in risposta al *Questionario* di cui si è sopra parlato, da M. MAUGERI, la quale parla di «nuove tecnologie *che modificano in modo radicale l'organizzazione dello scambio*», e – in particolare nella risposta al Quesito n. 6 – invita a riflettere sul fatto che la circostanza che nella negoziazione algoritmica le parti non possano bloccare l'adempimento, «*comporta, ad esempio, che eventuali invalidità rileverebbero solo sotto il profilo della restituzione e che, dunque, non solo la nullità non sarebbe più imprescrittibile ma i contratti contrari al buon costume sarebbero di fatto*

– se non come formula avente un valore meramente descrittivo – per un “terzo contratto” – riassunto nell’acronimo *B2b* – (o, addirittura, per un “quarto, quinto, etc. contratto”)²⁰, dopo il “primo contratto” (quello del Codice civile: *b2b* e *c2c*) e dopo il c.d. “secondo contratto” (*b2c*), di cui parleremo nel paragrafo seguente²¹.

validi»; un’ampia discussione sul punto si legge ora in SALANITRO, *Smart contracts*, pp. 7-8 dell’estratto, il quale ritiene che non si debba sopravvalutare la deroga che il meccanismo del contratto ad esecuzione governata da un algoritmo – meccanismo equiparabile a quello di una clausola “*solve et rēpete*” generalizzata – porta all’art. 1462 c.c., il quale escluderebbe che la clausola in questione possa “bloccare” le eccezioni di nullità, annullabilità o rescissione del contratto).

²⁰ Di “quarto contratto” si è parlato, ad es., con riferimento agli scambi che si realizzano nei mercati sottoposti a regolazione amministrativa – con incisivi interventi sul contenuto del contratto – ad opera di autorità amministrative indipendenti (mercati dell’intermediazione finanziaria, mercati dell’energia, mercati delle telecomunicazioni, etc.).

Sul tema – tra i primi a segnalare il fenomeno – si veda il volume curato da GITTI, *L’autonomia privata e le Autorità indipendenti*, il Mulino, Bologna, 2006, *passim*. Più di recente, una trattazione monografica si deve a C. SOLINAS, *Il contratto “amministrato”. La conformazione dell’operazione economica privata agli interessi generali*, Napoli 2018.

Aggiunta il fenomeno in questione come (ulteriore) punto di emersione del «disagio verso la categoria del contratto in generale», C. CAMARDI, *Norme generali e categorie civilistiche*, cit., 207 ss.

In proposito, ci limitiamo a rilevare soltanto che la dizione “quarto contratto” può risultare equivoca, in quanto fa pensare ad una linea di continuità con i fenomeni che hanno originato la “numerazione” in un primo, un secondo e un terzo contratto – fenomeni riconducibili al criterio discrezionale dell’asimmetria contrattuale –, mentre il c.d. “contratto amministrato” pone problemi (rispetto al modello codicistico del contratto) che non sono riconducibili soltanto agli squilibri contrattuali tra i contraenti.

²¹ Non sembra condivisibile (se non nella sottolineatura del superamento dei presupposti “ideologici” propri del liberalismo classico, e della necessità di tenere maggiore conto delle differenze di contesto in cui si collocano i vari tipi di contrattazione) la spinta all’estremo della frammentazione delle regole in materia contrattuale, quale ad es. proviene dal pensiero c.d. “neoliberale” (v. Maugeri, che richiama in particolare la posizione di Francesco Denozza), per lo meno se tale “frammentazione” dovesse essere intesa come una spinta alla elaborazione di nuove “parti generali” (*rectius*: come una moltiplicazione “asistematica” delle “deroghe” alla Parte generale, ad opera dei diritti “settoriali”). Lo sforzo deve essere – piuttosto – quello di perseguire l’obiettivo di “ricondurre a sistema” (sin dove possibile, ovviamente) le regole che possono interessare specifici settori contrattuali, pur senza tendere – con questo – a sottovalutare le peculiarità (di contesto) proprie di questi settori (ma v. Maugeri, la quale – nella risposta al quesito n. 4 del citato *Questionario* – si mostra propensa a valorizzare la regola “speciale” [o la “specialità” della regola, che dir si voglia], in quanto «più prossima alla razionale composizione del conflitto di interessi, con riguardo alla finalità della disciplina legale e al contenuto specifico del rapporto controverso»; anche Scognamiglio sembra orientato nello stesso senso, pur avvertendo che «Una controindicazione rispetto a questa impostazione può essere ravvisata nell’incremento del tasso di incertezza nella individuazione delle regole di volta in volta applicabili, ma questa appare una conseguenza ineludibile della accresciuta complessità del sistema»).

4. (Segue): i contratti dei consumatori (il c.d. “secondo contratto”)

Mentre i fenomeni di “differenziazione”, cui si assiste con riferimento alle categorie contrattuali o ai settori contrattuali che sono stati sopra richiamati, non sembrano incrinare lo *status* di “parte generale” che continua a poter essere attribuito agli artt. 1321-1469 c.c., è ormai consapevolezza diffusa che invece la normativa in materia di “contratti dei consumatori” (in gran parte, ma non esclusivamente, di derivazione europea) abbia consolidato uno “statuto” generale del contratto (del consumatore), divenuto ormai autonomo ed alternativo rispetto a quello contemplato nel codice civile²².

Una conferma (estrinseca, se si vuole, ma significativa) della vocazione “generale” di questo nuovo “statuto generale” risiede nel fatto che gli istituti, le norme, i concetti che lo caratterizzano²³, sempre più spesso si propongano come “modello” di riferimento (a preferenza delle norme del Codice civile) per la disciplina dei contratti in molti dei settori sopra indicati²⁴.

Maggiormente plausibile sembra, piuttosto, la prospettiva che la MAUGERI addita in risposta al Questionario n. 10 del *Questionario* richiamato in esordio della presente Relazione (“10. Ritieni necessaria una riforma del codice in tema di contratti?”); risposta che viene così formulata: «(...) La riforma della parte generale del contratto non sembra allo stato una priorità. – Riterrei utile una riforma della disciplina dei singoli contratti. – Credo che sia necessario che la dottrina dedichi più studi ai contratti nei mercati regolati in maniera tale da cogliere le connessioni fra struttura dei mercati e regole. Solo attraverso questo tipo di studi si può correttamente applicare il meccanismo dell’analogia» (corsivo aggiunto). V. anche la nota precedente.

²² Non sono suggestioni “topografiche” (il fatto che le norme sui contratti dei consumatori – o la maggior parte di esse – siano contenute in un “Codice del consumo”, distinto dal Codice civile) – ma considerazioni più ampie – a condurre ad una simile conclusione (anche le norme “speciali” in materia di contratti bancari o finanziari o assicurativi, infatti, sono contenute in testi normativi “extracodicistici”, variamente denominati come Testi unici – si pensi al TUB o al TUF –, o addirittura anch’essi come Codici, come nel caso del CAP).

Parla esplicitamente – con riferimento ai contratti dei consumatori – della nascita di “una seconda parte generale”, S. PATTI, *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, in *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2007, p. 109 ss., 112.

²³ Si pensi, per es., al profilo del “controllo contenutistico” del regolamento contrattuale (attraverso la verifica dell’eventuale abusività delle clausole contrattuali, o la sanzione nei confronti delle pratiche commerciali scorrette), o si pensi al diffondersi (anche fuori dall’ambito “consumeristico”) di rimedi come il recesso di pentimento, la nullità di protezione, etc.

²⁴ Cfr., ad es., con riferimento ai contratti bancari, S. PAGLIANTINI, *I nuovi luoghi di una Parte generale del contratto e la Cattedrale dei contratti bancari*, in *Contratti*, 2018, 253 ss.

La *vis expansiva* del modello “consumeristico” è confermata dall’applicazione di alcuni degli istituti caratteristici dello stesso (le “pratiche commerciali scorrette”, utilizzate peraltro come “oggetto” di una forma di controllo contenutistico del regolamento contrattuale, sostanzialmente riconducibile ad un controllo di abusività delle clausole contrattuali) al settore dei contratti che intervengono

La ragione per la quale si può ravvisare nella normativa in tema di contratti dei consumatori l'emergere di un nuovo "statuto generale" del contratto è – a nostro avviso – duplice.

In primo luogo, ci troviamo di fronte a un mutamento di paradigma nel modo di concepire l'autonomia contrattuale, mutamento giustificato sia dalla circostanza che il modello di riferimento non è più la contrattazione individuale, bensì la c.d. "contrattazione di massa", sia dalla constatazione che i c.d. "fallimenti del mercato" (dovuti alle asimmetrie informative, ma non solo ad esse) rendono ormai decisamente irrealistica l'assunzione che il contraente sia un "agente razionale", e che gli "scambi" che egli pone in essere siano (pertanto) idonei a garantire l'efficienza del mercato.

In secondo luogo, rileva il fatto che "contratto del consumatore" *non designa un tipo contrattuale* (o un raggruppamento di tipi contrattuali), ma è qualificazione che può essere attribuita a *qualsiasi contratto* (salvo poche eccezioni) che intercorra tra un professionista e un consumatore. La conseguenza che ne deriva è che le norme che riguardano il "contratto del consumatore" sono, per loro natura, delle norme "generali" (salva, per qualche istituto, la individuazione di presupposti che ne restringono l'ambito di applicazione²⁵: ad es. il recesso di pentimento non si applica a tutti i contratti stipulati da un consumatore, ma – in linea di principio, e salvo previsioni specifiche – solo ai contratti conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali del professionista).

Il tema appena sollevato è stato affrontato *ex professo* in un saggio di qualche anno fa di Aurelio Gentili²⁶. L'assunto iniziale da cui muove l'A. è che il rapporto tra "contratto del consumatore" e "contratto in generale" sia un rapporto da genere a specie, *se a tale rapporto si guardi in una prospettiva meramente "strutturale"*²⁷.

(tra imprenditori – si badi !) nella filiera agroalimentare (si veda il recentissimo decreto legislativo, con il quale è stata data attuazione alla direttiva 633/2019/UE).

²⁵ Fenomeno – come abbiamo visto – che ricorre sovente anche per le norme della "Parte generale" del contratto contenute nel codice civile.

²⁶ A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv.dir.civ.*, 2016, 1479 ss. Dello stesso autore v., già prima, il saggio dal titolo *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto*, in *Riv.dir.priv.*, 2001, 20 ss.

²⁷ «Indubbiamente – scrive G. – anche il contratto del consumatore è l'accordo di due parti per regolare un rapporto patrimoniale, si forma attraverso un consenso, crea un vincolo, richiede di essere interpretato, può essere invalido, e guida i comportamenti dovuti o permessi dei contraenti. Non sarebbe altrimenti un contratto ... Per quanto grandi, le particolarità di specie non arrivano a rinnegare il genere. Per quanto 'speciale' nessun diritto speciale del contratto può fare a meno delle norme sul genere 'contratto' ... Considerata la struttura dell'essere umano Pierre Louys giudicava

Senonché – aggiunge Gentili – il quadro cambia se ci si pone *nella prospettiva funzionale*, cioè dei principi e delle regole che caratterizzano il contratto del codice civile e quello dei consumatori²⁸. E – secondo il Nostro – sarebbe «riduttivo classificare queste diversità come mere ‘differenze specifiche’ rispetto al ‘genere comune’ (...). I principi che reggono il contratto del codice civile sono l’eguaglianza formale delle parti, l’autoresponsabilità, la libertà di forma e contenuto fino al limite dell’ordine pubblico economico di direzione (vedremo poi se siano tuttora saldi). I principi che reggono il contratto del codice di settore sono invece la protezione della diseguaglianza da asimmetria informativa, il trasferimento sul professionista dei rischi, un penetrante controllo delle forme e dei contenuti in omaggio all’ordine pubblico di protezione».

Di qui una prima (ancora provvisoria) conclusione: «(...) Sotto una prospettiva strutturale il contratto del consumatore sarà pure, come sempre, l’accordo di due o più parti, caratterizzato da causa, oggetto e forma, suscettibile di esser formato, interpretato, invalidato, integrato, eseguito, e via dicendo. Ma sotto una prospettiva funzionale la specialità del diritto europeo dei contratti non è semplice specie di un genere, ma un diverso genere di disciplina, funzionale ad una speciale politica del diritto».

Senonché questa conclusione viene, in un certo senso, ridimensionata (se non corretta) sulla base della considerazione che la rappresentazione del diritto generale dei contratti sopra fornita è, in qualche misura, “stereotipata”, ma non corrisponde più all’effettivo “diritto vivente”, il quale – attraverso l’uso delle clausole generali e dei principi – «ha profondamente modificato il diritto dei contratti offerto dal codice civile, e lo ha avvicinato per contenuti e per metodo di governo dei rapporti a quel che abbiamo visto nel contratto del consumatore»²⁹. È vero, peraltro – aggiunge Gentili –, che anche ammesso quanto da ultimo osservato, resta pur sempre il fatto che codice civile e codici

impossibile inventare un nuovo vizio. Potremmo dire che considerata la struttura del contratto sembra impossibile inventarne un nuovo genere».

²⁸ Conviene riportare il seguente brano di Gentili: «(...) Prendiamo la negoziazione. Nel contratto in generale vale il principio *caveat emptor*. Nel contratto del consumatore opera invece largamente il principio della dovuta ed analitica informazione del consumatore, con traslazione del rischio. – Il vincolo. Formato l’accordo, il contratto in generale ha forza di legge tra le parti. Così non è del contratto del consumatore, che agli effetti pratici vincola questo solo dopo lo spirare del termine (divenuto potenzialmente assai lungo con la riforma del codice del consumo) per il libero recesso e – in certi casi (per esempio il contratto telefonico) – solo dopo l’accettazione della conferma scritta dell’offerta. – L’invalidità. Il contratto in generale è normalmente affetto da nullità assoluta, e cade per intero se senza la parte nulla non sarebbe stato concluso da uno dei contraenti. Il contratto del consumatore è normalmente affetto da nullità relativa e necessariamente parziale, anche se il professionista a quella stregua non lo avrebbe concluso (...)», e così via.

²⁹ *Op.cit.*, 1490.

di settore appaiono oggi portatori di *politiche legislative* diverse: il primo (specie in conseguenza del processo di c.d. “costituzionalizzazione”) ha cominciato a farsi portatore di una “politica *sociale*”, il cui punto di riferimento è la tutela della persona; mentre i secondi sono espressione di una “politica *economica*”, il cui valore di riferimento è il mercato. Anche questo dato, peraltro, sarebbe in evoluzione, in quanto il diritto generale dei contratti registra (accanto ad una spinta ad incrementare la giustizia sostanziale della relazione contrattuale) una concomitante evoluzione verso l’efficienza (impressa dalla legislazione sulla concorrenza), e, per converso, nel diritto contrattuale di matrice europea, all’originario disegno “economicistico” (di matrice liberista) si va affiancando anche una politica della giustizia (che trae impulso soprattutto dal tema della tutela dei diritti fondamentali, di cui si afferma sempre più spesso l’efficacia anche “orizzontale”). «(...) In questo modo – conclude G. – contratti civili, del consumatore, dell’utente di servizi, dell’investitore, del contraente on line, del grande, medio e piccolo imprenditore, vengono lentamente ricondotti ad essere parti di un unico (ma ancora molto empirico) sistema, in cui i concetti di uso comune – ma da intendere ormai come puri strumenti, e non come dogmi – servono ad esprimere politiche non sempre chiare ma non del tutto incoerenti. E soprattutto, progressivamente comuni»³⁰.

Le considerazioni svolte nel saggio sopra sintetizzato contengono, indubbiamente, molti elementi di verità, ma non si sottraggono – a nostro avviso – ad alcune osservazioni critiche.

La principale di tali osservazioni riguarda il fatto che la “consumerizzazione” della parte generale del contratto (fenomeno al quale – nella sostanza – fa riferimento Gentili) è un processo che trova un limite ben preciso in una circostanza che non può essere a nostro avviso sottovalutata: lo statuto “speciale” del “con-

³⁰ *Op.cit.*, 1499. E v. anche pag. 1510, dove la medesima conclusione è formulata nel seguente modo: «In conclusione: il rapporto tra contratto e contratto del consumatore che ieri era a mio parere di specialità nel senso dell’alterità, sarà domani presuntivamente di specialità nel senso del genere a specie».

Si vedano, a proposito di queste conclusioni cui perviene la dottrina in esame, anche le considerazioni di C. CAMARDI, *op.cit.*, 220 ss., la quale – per parte sua – ipotizza (sia pure problematicamente) una (possibile) «riflessione in senso neo-generalista», che si faccia carico dello «sforzo di risintetizzare ... a livello più alto le categorie del diritto civile investite dai processi di frammentazione e differenziazione normativa, affinché le stesse riescano ad esprimere non più aprioristici e rigidi dogmi astrattamente qualificatori, quanto piuttosto i *dispositivi* o il *procedimento* di cui gli ordinamenti contemporanei si servono per governare la crescente *complessità* che li contraddistingue» (*ivi*, 221, dove anche una esemplificazione di temi/concetti che potrebbero essere rielaborati in questa prospettiva, come quello della libertà di contrarre e di scegliere il contraente).

tratto del consumatore” è lo statuto di un *contratto di massa*, e solo entro certi limiti esso può essere “esteso” al “contratto individuale” (a pena di “snaturare” quest’ultima figura), che rappresenta invece il “modello” di riferimento della parte generale del contratto codicistica (si pensi semplicemente alla diversa ampiezza che hanno, e non potrebbero non avere, gli obblighi di informazione a carico delle parti in una contrattazione “tra eguali”)³¹.

Non c’è dubbio che si assista – oggi – ad un processo di “contaminazione” delle regole della Parte generale del contratto con regole tratte dalla legislazione di settore (ed elaborate e sperimentate, anzitutto, in quest’ultimo ambito normativo); e veicolo principale di questo “trasferimento” di regole (e, per così dire, della loro “generalizzazione”) è la clausola di buona fede.

Non saprei dire, tuttavia, sino a che punto questo processo merita di essere spinto. Trasferire a contratti che si collocano “fuori dal mercato” (i c.d. “contratti individuali” di cui si occupa il codice civile) regole e principi che sono stati elaborati per i “contratti del mercato” (o, se si preferisce, per i contratti dei “mercati finali”, quali sono i contratti che intercorrono tra professionisti e consumatori) è un’operazione di dubbia razionalità. Tra il “modello tedesco” della *Schuldmodernisierung* – che ha “attratto” (e accolto) nel BGB (e, quindi, a livello di diritto generale delle obbligazioni e dei contratti) le principali acquisizioni del diritto contrattuale dei consumi – e il modello francese (che ha invece riservato al nuovo diritto contrattuale una sede distinta, costituita dal *Code de la consommation*)³² ritengo che, in linea di principio, resti ancora preferibile la seconda

³¹ Per più ampie considerazioni sia consentito il rinvio a D’AMICO, *Reticenza precontrattuale. Una proposta di attuazione del ddl sulla revisione del codice civile*, in AA.VV., *Sui mobili confini del diritto. Tra pluralità delle fonti ufficiali e moltiplicarsi di formanti normativi “di fatto”*, Scritti in onore di M. Paradiso (a cura di M. Cavallaro, F. Romeo, E. Bivona, M. Lazzara), vol. II, *Responsabilità – Contratto*, Torino, 2022, 533 ss.

³² Peraltro, anche in Francia – pur non mettendo in dubbio la scelta di avere un (distinto) *Code de la consommation* – una parte della scienza giuridica (come rileva PATTI, *Parte generale*, cit., § 4 testo e nt. 22) lamenta, in termini più o meno espliciti, che il *code civil* con il trascorrere del tempo sia divenuto uno dei tanti codici e il fine principale della riforma viene individuato nell’attribuire una nuova centralità al vecchio *code*. *In questo contesto appare indispensabile che la parte generale del code civil sia (di nuovo) l’unica parte generale. Per riacquistare il ruolo originale e la centralità nel sistema, la moderna parte generale deve tenere conto di tutto ciò che è accaduto nella società e nell’economia nonché adattarsi alla nuova realtà*» (corsivo aggiunto).

È, in effetti, indubbio che a questa esigenza si sia ispirato il legislatore (francese) della *Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Ma il discorso da fare, al riguardo, sarebbe troppo ampio e complesso, e non può essere neanche accennato in questa sede (sulla riforma del *code civil*, si vedano co-

opzione (che non esclude peraltro – come poc'anzi evidenziato – che vi possano essere influenze e “contaminazioni”, tra i due “blocchi normativi”, considerato oltre tutto che – sotto il profilo strutturale – il “contratto del consumatore” continua ad essere ampiamente sovrapponibile allo schema generale del “contratto”, delineato dal codice civile; schema dal quale, del resto, non si vede come sarebbe possibile discostarsi).

Per concludere, mi sembra che il processo cui abbiamo assistito a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso abbia fatto emergere uno schema (generale) di contratto *ampiamente alternativo* (per regole e principi a cui si ispira) rispetto a quello del codice civile (meno nitida è, invece, la differenziazione “strutturale”)³³.

munque – tra i primi contributi della nostra dottrina – i saggi raccolti nel numero monografico di *Persona e mercato*, 2018, 1, a cura di G. VETTORI, E. NAVARRETTA E S. PAGLIANTINI).

³³ Anche su questo punto, peraltro, la riflessione ha evidenziato diversità tutt'altro che marginali: dalla proposta estrema degli “scambi senza accordo”, alle riflessioni dottrinali sulla attenuazione del principio di “vincolatività del consenso”, e così via.

La parte generale sul contratto, le clausole, le disposizioni testamentarie¹

Quando, nel 1988, a Venezia, argomentai che «*le norme generali, lungi dal costituire, come sosteneva Messineo, “parte integrante della disciplina di ogni singolo “contratto”, hanno (...) una funzione meramente sussidiaria e residuale*» vi furono consensi, ma anche vivaci dissensi.

Rodolfo Sacco, nella quarta edizione del nostro *Contratto*, del 2016, facendo il punto scrive (pag. 41) che l'argomentazione da me allora svolta «è condotta con equilibrio e senso del limite», che «è vero, verissimo» che vi sono norme specifiche che si applicano solo a quel tipo di contratto, ma che «*la maggioranza assoluta delle regole di diritto applicate nell'area dei problemi generali del contratto si riferisce a tutti i contratti; e un altro buon numero si estende a tutti i contratti salvo quelli specialmente esclusi*».

Per parte mia trovo conforto nel nuovo art. 1105 del *Code civil*, che – discostandosi dall'originario art. 1107 – così dispone: «*Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières*».

Ma non è di questo che vorrei oggi parlare.

Vorrei invece commentare un fenomeno che mi pare emerga con evidenza oggi, e cioè l'attenzione che meritano particolari clausole contrattuali, vuoi particolari clausole che troviamo inserite nel contesto di quel particolare tipo di contratto, vuoi particolari clausole che troviamo inserite, identiche, nel contesto di più tipi di contratto.

Al primo gruppo appartengono le clausole *claims made* inserite in contratti di assicurazione, clausole in base alle quali la copertura è condizionata alla denuncia nel periodo di vigenza della polizza.

La validità di tali clausole è stata sagggiata, dalla nostra Suprema Corte, con riferimento alla disciplina legale dell'assicurazione danni (l'art. 1917, 1° comma, cod. civ., non è norma inderogabile ex art. 1932, 1° comma, cod. civ.) ma anche facendo riferimento a norme di parte generale: l'art. 1322, 1° e 2° comma, cod. civ., l'art. 1341 cod. civ. quanto alla decadenza, l'art. 1424 cod. civ. in tema di conversione.

Al secondo gruppo, che più interessa, appartengono le *merger clauses*, le *severability clauses*, le *material adverse change clauses*, le *sole remedy clauses*.

¹ Intervento alla tavola rotonda su «*La funzione della parte generale in Italia*».

Ebbene, per queste ultime si tratta di verificare come esse si pongono in relazione alla nostra parte generale del contratto.

Cominciamo dalle *merger clauses*, secondo cui rileva soltanto ciò che si trova nei *four corners* del contratto.

Se tali clausole vengono interpretate nel senso di escludere l'applicazione, da parte del giudice, dell'art. 1362 cod.civ., si pone il problema della loro validità, il che significa, prima ancora, chiedersi se l'art. 1362 cod. civ. sia norma inderogabile.

Le *severability clauses*, che escludono che la nullità di una clausola comporti la nullità del contratto, devono confrontarsi con l'art. 1419 cod. civ., che affida al giudice la valutazione delle conseguenze della nullità di una clausola.

E occorre aggiungere che è bene meditare sull'opportunità di introdurre una clausola siffatta, perché se la clausola nulla è determinante del consenso per una parte, quest'ultima perde la tutela che può derivare dalla *extrema ratio* della nullità integrale.

Le *material adverse change clauses*, che consentono ad una o ad entrambe le parti di non procedere all'esecuzione, se sopravviene una circostanza "avversa", che impatta cioè negativamente sull'assetto degli interessi preso in considerazione al momento dell'accordo, devono confrontarsi con la disciplina di un nostro istituto non coincidente, ma affine, quello della condizione. Non coincidente, perché la MAC consente di evitare l'esecuzione, mentre la condizione attiene al vincolo, ma affine, perché pone un problema di mera potestatività.

Le *sole remedy clauses*, infine, che portano ad interrogarsi su quali rimedi previsti dalla parte generale sul contratto possano essere validamente esclusi.

Vorrei, infine, affrontare un profilo alquanto eccentrico, ma che mi pare rientri nel tema a noi affidato: e cioè l'applicazione della parte generale sul contratto al testamento. Tema classico è quello dell'applicabilità al testamento delle norme sull'interpretazione del contratto. L'affermazione secondo cui si applicano all'interpretazione del testamento le norme sull'interpretazione del contratto, salvo quelle incompatibili con la natura di atto unilaterale non recettizio (Trib. Bergamo 8 giugno 2021), va approfondita.

La tesi classica (sì all'applicazione delle norme di interpretazione soggettiva – in quanto applicabili – no alle norme di interpretazione oggettiva) appare superata.

Tanto è vero che secondo la Suprema Corte al testamento si applica l'art. 1367 cod. civ. (Cass. 28 luglio 2020, n. 16079).

Si pongono poi ulteriori quesiti.

Alla disposizione testamentaria modale si applica il 1371 cod. civ.?

Se in una disposizione testamentaria modale si indica un termine essenziale per l'adempimento dell'onere si applica l'art. 1457 cod. civ. (si veda Cass. 29 gennaio 2016, n. 1717)?

In conclusione, la parte generale sul contratto, che cede rispetto alla disciplina dei singoli contratti, riacquista rilevanza sotto ulteriori, diversi profili.

Contratto e contratti: la sfida del governo della complessità

Desidero esprimere il mio ringraziamento, per questo gradito invito, all'Accademia dei Lincei, che ci ospita, al professor Natalino Irti, che presiede questa sessione, nonché alla Scuola Superiore della Magistratura, nella persona sia del suo Presidente, Giorgio Lattanzi, sia della Collega Marisaria Maugeri cui si deve il merito di aver ideato l'incontro.

Il tema su cui siamo chiamati a riflettere – la funzione delle norme sui contratti in generale e il rapporto fra contratto e contratti – è invero una costante nel dibattito giusprivatistico¹, che accompagna, specie negli ultimi decenni, la complessa evoluzione della disciplina contrattuale.

Dopo la fase che ghezzava il canone della specialità con il criterio regola-eccezione e dopo quella che, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, ha invece posto l'accento sul carattere logicamente prioritario della disciplina di settore² e sulla centralità del metodo tipologico³, il diffondersi della normativa di matrice eurocomunitaria ha favorito un processo di costruzione dal basso di nuovi piani generali, per segmenti, settori e sotto-settori (in Europa vengono definiti “silos”)⁴,

¹ S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002; F. MACARIO e M. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006; P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato. Atti del Convegno di studio (Siena, 22-24 settembre 2004)*, Milano, 2006; E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore. Atti del convegno, Pisa, 25-26 maggio 2007*, Milano, 2007; EADEM (a cura di), *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata. Prospettive di riforma del codice civile. Atti del Convegno tenutosi a Pisa il 29 e 30 novembre e il 1° dicembre 2018*, Torino, 2021.

² N. IRTI, *Letà della decodificazione*, Milano, 1979, *passim*: «[l]e norme speciali, se da un lato costituiscono il fattore dinamico e propulsivo dell'ordinamento, dall'altro sembrano minacciarne o comprometterne l'unità» (p. 66).

³ G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, *passim*. Muove in questa direzione anche la successiva riflessione di G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti*, cit., pp. 461 ss.

⁴ Y. SVETIEV, *W(h)ither Private Law in the face of the Regulatory Deluge*, in H.-W. MICKLITZ – & Y. SVETIEV (eds.), *A Self-Sufficient European Private Law – A Viable Concept?*, EUI Working Papers Law, 2012, n. 31, pp. 26 ss.; H.-W. MICKLITZ – & Y. SVETIEV, *The transformation(s) of private law*, in H.-W. MICKLITZ, Y. SVETIEV & G. COMPARATO (eds.), *European Regulatory Private Law. The Paradigms*

che ha determinato un processo di articolazione e di scomposizione del generale⁵.

Questa dialettica è alla ricerca di criteri di composizione e di coesistenza, sullo sfondo di una realtà sempre più complessa, anche in ragione dell'impatto delle nuove tecnologie. E proprio la complessità, così difficile da governare, è all'origine di una latente crisi della scienza privatistica, che spiega la rilevanza e la ricorrenza della riflessione metodologica con cui siamo costantemente chiamati a confrontarci. Il «segno immancabile che una scienza si trova in crisi – scriveva Luigi Mengoni⁶ – è l'insorgere di discussioni sopra il metodo e gli strumenti di lavoro da esso apprestati».

La complessità del sistema e la correlata crisi della scienza privatistica favoriscono, inevitabilmente, talune contrapposizioni nette.

Da un lato, si insinua la tentazione di governare la complessità con un uso disinvolto delle clausole generali, che rischia talora di condurre alla disapplicazione di specifiche disposizioni. Da un altro lato, serpeggia l'atteggiamento del disincanto realistico che, dinanzi alla frantumazione del sistema, si rifugia nei segmenti di disciplina, desumendone l'inutilità di ripensare una pur minima matrice comune, oltre che una coerenza sistematica.

Senonché la complessità non è compatibile con un ragionamento stretto tra i fautori del tipo e i sostenitori della norma generale: una bipolarità che resta prigioniera dello stesso sistema di cui celebra la fine.

Credo allora che si debba piuttosto esplorare la strada di coniugare l'approccio tipologico con il metodo ermeneutico: «[l]e valenze ermeneutiche del tipologico», come recita efficacemente il titolo del recentissimo saggio di Vincenzo Cariello⁷, che cerca di ricostruire i tratti aggreganti dell'insegnamento di Gadamer, Mengoni e Ascarelli.

Tested, EUI Working Papers, 2014, n. 4, pp. 69 ss.; G. COMPARATO, *Public Policy through Private Law: Introduction to a debate on European Regulatory Private Law*, in *European Law Journal*, 2016, n. 22, pp. 621 ss.

⁵ Così parafrasando U. BRECCIA, *La parte generale tra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., pp. 31 ss.; ma anche F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, ivi, pp. 565 ss.; A. GAMBARO, *Parte generale e parte speciale del diritto dei contratti: un approccio stilistico*, ivi, pp. 111 ss.; N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, ivi, pp. 7 ss.; S. PATTI, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, ivi, pp. 547 ss.; G. VETTORI, *Asimmetrie e rimedi fra disciplina generale e norme di settore*, ivi, pp. 393 ss.

⁶ L. MENGONI, *I problemi del metodo nella ricerca civilistica oggi in Italia*, in Id., *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI, Milano 2011, pp. 179 ss.

⁷ Confluito in V. CARIELLO, *Paradigmi e linguaggi interpretativi Il diritto societario tra interpretazione e applicazione: saggi di ermeneutica giuridica*, Torino, 2022, pp. 71 ss.

L'approccio tipologico porta a cogliere le assonanze con il particolare e consente di individuare delle razionalità di settore, ragionando per aree e segmenti. Ce lo ha insegnato Giorgio De Nova, invitandoci a procedere seguendo la logica ascendente, dal particolare al generale, e usando l'ampia gamma degli strumenti ermeneutici, compresa – ovviamente – l'analogia, per cogliere le corrispondenze con il particolare, e saper ricavare il generale dal particolare. Ma questo itinerario non deve suggerire una sorta di gerarchia della specialità, capace di bloccare *a priori* il processo ascendente, precludendo ogni confronto con altri più generali livelli normativi.

Al contrario, l'interprete è chiamato a confrontare e a confrontarsi con i vari livelli di disciplina, al fine di individuare – come scrive Umberto Breccia – il «nucleo normativo che meglio si adatti al singolo conflitto di interessi»⁸, sino a poter giungere anche alla combinazione di diversi enunciati testuali.

Per compiere questo processo è d'obbligo fare ricorso a una pluralità di strumenti e di approcci metodologici. L'interprete deve potersi avvalere della tecnica della prevalenza, così come della tecnica del coordinamento e della combinazione di disposizioni da cui si genera una nuova norma. Può cioè operare un'attrazione del concreto conflitto di interessi verso la generalità che emana dal particolare o verso la specificità che emerge dal piano più generale. Ciò che deve guidare l'interprete è la maggiore aderenza alle esigenze del singolo conflitto, tenendo conto dell'adeguatezza rispetto a istanze teleologiche, assiologiche e anche sistematiche, poiché il sistema si sarà anche frantumato, ma non il bisogno di eguaglianza⁹ che spinge verso soluzioni ragionevolmente argomentabili nel confronto con le altre ipotesi regolate dal legislatore.

Questo approccio credo che consenta di superare anche alcuni fraintendimenti che, di recente, hanno accompagnato la dialettica fra secondo¹⁰ e terzo contratto¹¹. Per un verso, è naturale che sia stata teorizzata una forza attrattiva

⁸ U. BRECCIA, *Art. 1323*, in *Commentario al codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, *Dei contratti in generale*, a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, Torino, 2011, p. 153.

⁹ Sottolinea questa esigenza in relazione al bisogno di calcolabilità del diritto e, dunque, di prevedibilità della decisione N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 82.

¹⁰ 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, pp. 769 ss.; ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, pp. 669 ss.; ID., *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, in *European Review of Contract Law*, vol. 5, no. 3, 2009, pp. 304 ss.; A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, pp. 375 ss.

¹¹ G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

da parte del paradigma della asimmetria, ciò che ha generato il modello del secondo contratto asimmetrico, che attrae, come attrae il tipo. Per un altro verso, la specificità di un puntuale conflitto di interessi relativo a un contratto B2b non può *a priori* precludere anche il confronto con il piano normativo più generale (che è l'ipotesi sottesa alla teoria del terzo contratto), là dove la specificità del conflitto trovi maggiore consonanza con tale livello normativo. Le due prospettive non incarnano, pertanto, percorsi alternativi, ma si offrono ambedue all'interprete, nella sua ricerca della soluzione più adeguata al singolo conflitto.

Se, dunque, le norme sui contratti in generale – già opportunamente declinate al plurale nel Titolo II del libro quarto del Codice civile – offrono uno strumentario ulteriore cui può opportunamente attingere l'interprete, sono anche altre le funzioni delle norme generali. Esse consentono di identificare lo stesso fenomeno contrattuale, di individuare le potenzialità e i limiti del potere dell'autonomia privata, di governare i gangli funzionali del contratto: la conclusione, l'efficacia, l'esecuzione.

E tali istanze non possono, invero, essere ritenute mera espressione nostalgica di un vetero-dogmatismo. Al contrario, sono ragioni alla base dei processi di qualificazione giuridica e che orientano lo stesso agire economico; condizionano cioè «la possibilità di strutturare – scrive Carmelita Camardi – i rapporti sociali secondo opzioni predeterminate»¹².

Si tratta, in altri termini, di istanze irrinunciabili, senza le quali sarebbe arduo finanche confrontarsi con altri ordinamenti o con la disciplina dell'Unione europea, oltre che misurarsi con il mondo delle nuove tecnologie che si avvalgono, con significati difforni rispetto a quello giuridico, della parola *contract*¹³.

Oggi, più che in passato, la complessità necessita di punti di riferimento, fra i quali certamente spiccano la nozione contratto e le sue coordinate generali. Poiché, tuttavia, tale paradigma si rifà a una realtà che vive immersa nella concretezza della dimensione economica e non è certo immune al trascorrere del tempo, non possono tacersi le criticità di un modello e di una disciplina costruiti in un laboratorio apparentemente solo tecnico, quale quello della codificazione del 1942, ma invero totalmente plasmato dalla concezione liberista classica e specchio di tutt'altra dimensione economica rispetto a quella presente.

Devono, allora, segnalarsi almeno tre criticità.

¹² C. CAMARDI, *L'autonomia privata fra codice civile e statuti speciali. La parte generale del contratto e le prospettive di riforma*, in NAVARRETTA (a cura di), *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata*, cit., pp. 13 ss., spec. 16.

¹³ M. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021, pp. 19 s. e 55 ss.

Innanzitutto, il contratto codicistico appare una nozione appesantita non tanto di elementi essenziali, quanto di requisiti richiesti per quegli elementi essenziali, che lo fanno troppo facilmente incorrere nella nullità.

Questa constatazione non intende evidentemente ammiccare ai noti presagi di morte della causa. L'ingenua tentazione di eliminare concettualmente tale categoria – senza compensarla con un adeguato controllo causale successivo – rischia, infatti, di dare ingresso a una tipologia di patto nudo, che impedisce lo stesso controllo di liceità, oltre che quello di giustizia contrattuale. Se ne sono accorti *a posteriori* i francesi¹⁴, che hanno eliminato la categoria, regolando solo singole ipotesi di difetto di causa. Ed è un problema che viceversa non affligge un sistema, come quello tedesco, che di astratto ha solo l'atto esecutivo, mentre sullo sfondo disvela sempre un contratto causale, il *Verpflichtungsgeschäft*, il che riporta a un apparato rimediale, sia pure fondato sull'arricchimento senza causa.

La questione è allora un'altra. Si tratta di ribadire che la causa risponde a un'esigenza irrinunciabile, il che non implica che l'accertamento sull'idoneità dell'atto a funzionare *ab initio* debba necessariamente associarsi al rimedio della nullità di pieno diritto, che viceversa si impone per l'illiceità. Per il difetto funzionale originario della causa la nullità è rimedio certamente preferibile, se non indispensabile, dove opera il principio consensualistico, così come pare opportuno nei contratti che, tramite la tecnologia (si pensi agli *smart contracts*¹⁵), rendono automatica la fase esecutiva; non altrettanto può dirsi per i contratti a efficacia obbligatoria.

Del resto, l'ipotesi di un pluralismo rimediale per gli elementi essenziali e i relativi requisiti può riproporsi anche per il requisito della possibilità dell'oggetto, così come è stato prospettato per l'elemento della forma, il cui apparato rimediale dipende dalla sussistenza o meno di un contratto asimmetrico.

E proprio l'apparato dei rimedi incarna, a ben vedere, la seconda macro criticità nella disciplina generale sul contratto¹⁶. I rimedi originari non sono, invero,

¹⁴ Sulle scelte (anche lessicali) non sempre felici della riforma francese del 2018, S. PAGLIANTINI, *Contratto e contrat: il modello italiano (artt. 1321 e 1325 c.c.) e quello francese riformato (artt. 1101 e 1128 Code civil)*, in *Giust. Civ.*, 2019, 2, pp. 317 ss.; sul tema specifico, E. NAVARRETTA, *La causa e la réforme du code civil francese*, in *Persona e mercato*, 2017, 4, pp. 6 ss.

¹⁵ M. MAUGERI, *La funzione delle norme generali e gli Smart Contracts*, in NAVARRETTA (a cura di), *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata*, cit., pp. 61 ss., spec. 64 ss.

¹⁶ Sulla centralità dei rimedi v. S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele*, cit., *passim* e, in specie, A. MAJO, *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, ivi, pp. 423 ss. e V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, ivi, pp. 199 ss.; G. VETTORI, *Diritto europeo e tutele contrattuali*, in NAVARRETTA (a cura di), *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo. Giornate di studio per Umberto Breccia*, 2015, pp. 191 ss.

del tutto adeguati a regolare la nuova realtà del contratto, come è emerso nel momento in cui si è dovuta individuare una disciplina per le clausole abusive. Il rimedio più dirimpente rispetto al contratto, ossia la nullità, si presta, in quanto meno tipizzato nei suoi presupposti applicativi, a recepire fattispecie nuove, tant'è che è stata declinata anche come nullità di protezione. Viceversa, rimedi meno 'distruttivi' rispetto all'atto, quali l'annullabilità e la rescissione, sono irrigiditi dentro rigorose fattispecie; e non sempre si spiega a livello sistematico la coesistenza fra tali rimedi e la nullità di protezione. Il contratto ingiusto per una asimmetria macroeconomica è affetto da nullità di protezione, il contratto iniquo per una asimmetria microeconomica è, viceversa, associato alla disciplina della rescissione. Quanto ai rimedi successivi, essi sono dominati dal modello sinalagmatico, il che acuisce la complessità delle prestazioni isolate; inoltre, vedono prevalere la mera prospettiva dello scioglimento, a scapito dell'adeguamento del contratto e della possibile rinegoziazione. Infine, non può tacersi l'esigenza di un miglior coordinamento fra rimedi contrattuali e rimedi restitutori.

Infine, una terza macro criticità da richiamare attiene alla circostanza che vede il modello codicistico postulare la mera eguaglianza formale tra i contraenti ed essere servente a pure istanze individualistiche. L'estraneità al codice civile di una possibile funzione anche regolatoria del contratto vede sfuggire l'occasione di piegare tale istituto alle ragioni della regolamentazione non solo in funzione del mercato, ma anche della possibile prevenzione di ingiustizie sociali. Un simile obiettivo potrebbe invece perseguirsi, scongiurando la sopportazione di taluni costi iniqui, attraverso rimedi correttivi di asimmetrie microeconomiche, oltre gli orizzonti limitati dell'attuale rescissione. Parimenti, potrebbe giovare alla giustizia sociale, in una prospettiva meramente preventiva, la possibilità di applicare il rimedio della nullità parziale necessaria a contratti con clausole lesive di diritti inviolabili. Si pensi per ipotesi alla possibilità di rimuovere da un contratto di locazione una condizione discriminatoria consentendo al conduttore di preservare l'accordo.

In definitiva, il governo della complessità richiede non soltanto l'impegno degli interpreti, e una leale collaborazione ermeneutica fra giurisprudenza¹⁷ e dottrina¹⁸, ma auspicabilmente anche un intervento del legislatore su alcune norme del codice civile, all'esito di un approfondito confronto che – ancora – coinvolga giurisprudenza e dottrina.

¹⁷ S. PATTI, *L'interpretazione, il ruolo della giurisprudenza e le fonti del diritto privato*, in NAVARRETTA (a cura di), *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo*, cit., pp. 163.

¹⁸ A. GENTILI, *L'interpretazione giuridica: il contributo della dottrina*, in NAVARRETTA (a cura di), *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo*, cit., pp. 173 ss.

Sullo sfondo di tale dialettica istituzionale provo, a questo punto, ad avanzare qualche risposta, in estrema sintesi, ai quesiti posti al centro della riflessione odierna.

Innanzitutto, credo che non si debba rinunciare ad avere una idea storicamente aggiornata di contratto, alleggerita nella dimensione della massima generalità, e al contempo arricchita di potenzialità rimediali e di articolazioni per sottocategorie.

Al contempo, il diramarsi del contratto in sottocategorie e tipologie e le potenzialità che offrono all'interprete le generalizzazioni dal particolare così come la risalita verso il più generale impongono di affinare un metodo complesso che coniughi approccio tipologico e approccio ermeneutico, sfruttando tutta la ricchezza dei tanti livelli normativi.

Infine, è necessario non abusare delle clausole generali, creando regole del caso concreto che disapplicano disposizioni vigenti, ma parimenti e *a fortiori* occorre evitare reazioni che finiscano per demonizzare un tale strumento normativo che, viceversa, oggi molto più che in passato, rappresenta una risorsa fondamentale e irrinunciabile del sistema giuridico.

E dunque il contratto è davvero morto? Non direi proprio. Del resto, la metafora di Gilmore¹⁹ si riferiva solo al tentativo classico della *Common Law* di elaborare una teoria generale del contratto, tutta incentrata sulla *consideration*, categoria che peraltro – come rilevava l'Autore – neppure si era adeguatamente misurata con la teoria della causa.

Non si tratta allora – direbbe sempre Gilmore – di essere amanti del classicismo o del romanticismo, ossia fautori del contratto in generale o del tipo negoziale. Piuttosto occorre farsi costruttori di un metodo complesso capace di governare la complessità e di misurarsi con la storicità del contratto, nel solco di una leale collaborazione istituzionale.

¹⁹ G. GILMORE, *La morte del contratto*, trad. it., Milano, 1987.

Una parte generale, o due parti generali?¹

SOMMARIO: 1. *Incipit* – 2. Il contratto *e* i contratti. – 3. Caratteristiche della nuova legislazione contrattuale. – 4. Discipline di contesti contrattuali e tipi contrattuali – 5. Natura delle discipline e figure di contesto contrattuale. – 6. L'attuale suddivisione del sistema del contratto. – 7. Una precisazione lessicale. – 8. Una parte generale anche per i contratti di mercato? L'impraticabilità dell'opzione legislativa... – 9. ... (*segue*) e il ruolo fondamentale della dottrina.

1. *Incipit*

Nel documento programmatico di questo seminario (anonimo, ma sospetto la maternità di Marisaria Maugeri) mi colpisce l'*incipit*, che prende a prestito quello del famoso libro di Grant Gilmore (1974): “*Si dice che il contratto, al pari di Dio, sia morto*”. Dove quello che più mi intriga non è la declaratoria di morte del contratto, ma l'accostamento del contratto a Dio. E mi intriga – devo dire – per una ragione molto occasionale e personale.

La ragione è che poche settimane fa ho scoperto, con colpevole ritardo quasi decennale, il libro di un autore – non giurista, ma studioso di sociologia economica – che usa la figura e la realtà del contratto come chiave euristicamente feconda per leggere e ricostruire l'evoluzione sociale, economica, politica e culturale del mondo contemporaneo. E al contratto attribuisce natura divina: Paolo Perulli, *Il dio Contratto. Origine e istituzione della società contemporanea*, Einaudi, Torino, 2012 (un titolo in cui – si noti – “dio” è scritto con la minuscola, e “Contratto” con la maiuscola).

Mi rendo conto che questo mio *incipit* di terzo grado sul triangolo contratto / Dio / morte non c'entra granché con le questioni relative alla parte generale del contratto. Ma era solo un modo per rompere il ghiaccio.

¹ Traccia dell'intervento alla tavola rotonda su “La funzione della parte generale in Italia”, svolta nell'ambito del seminario *Il contratto o i contratti?* organizzato dall'Accademia dei Lincei e dalla Scuola Superiore della Magistratura (Roma, 29 novembre – 1° dicembre 2021).

Rotto il quale, comincio dicendo che a mio avviso qualche volta conviene essere grossolani più che sofisticati, cioè ragionare per grandi linee piuttosto che per linee minute o minuziose. Usando non il bisturi ma la scure, la sciabola non il fioretto.

Credo che questo sia il caso, quando si affronta l'argomento della odierna tavola rotonda: e allora permettetemi, questo nostro argomento, di prenderlo a sciabolate. Sperando di non andare troppo fuori tema se più che sulla funzione, evocata nel titolo, della parte generale, mi concentrerò sull'oggetto di questa.

2. Il contratto e i contratti

Nel codice c'è la parte generale del contratto, scritta nel titolo II del quarto libro ("Dei contratti in generale"); poi c'è la parte speciale, scritta nel titolo III ("Dei singoli contratti") e, al tempo del codice, sostanzialmente esaurita nelle norme di questo. Fra le due parti si dà in origine un certo equilibrio. Ma poi come noto l'equilibrio si rompe, con la crescita notevolissima della parte speciale.

Il fenomeno è colto già nel secolo scorso, a partire dagli anni '70/'80, e forma oggetto in quella fase di analisi molto importanti. Ricordo, in primo luogo, la scoperta della "decodificazione" ad opera di Natalino Irti. Ma ricordo anche la segnalazione, per la penna di Giorgio De Nova, di un mutamento di gerarchia fra parte generale e parte speciale: la prima tendenzialmente statica e sottratta al flusso del mutamento che non sia quello determinato dall'evoluzione giurisprudenziale; più dinamica, più innovativa, più animata da spinte propulsive la seconda.

Come sappiamo, la crescita della parte "speciale" diventa progressivamente gigantismo, alimentato da una legislazione torrentizia che si rovescia nel campo del contratto soprattutto a partire dall'ultimo decennio del Novecento, aprendo i problemi di cui siamo chiamati a discutere qui.

Problemi riconducibili a un dilemma: come conciliare in modo equilibrato unità e pluralità, ordine generale e dimensioni specifiche di una realtà contrattuale sempre più complessa dal punto di vista sia empirico sia normativo? E qui osservo come la tensione a tenere insieme queste linee contrapposte emerga dalle stesse parole del codice, quando denomina il titolo III del quarto libro "Dei contratti in generale". Non "Del contratto...", ma "*Dei contratti...*": dove l'uso del plurale, col suo implicito rinvio alla molteplicità e varietà, sembra quasi compensare l'opposta idea di unitarietà e uniformità sottesa in qualche modo a una parola come "generale".

Nello stesso spirito di conciliazione fra l'uno e i molti, al dilemma proposto dal titolo del seminario – "Il contratto o i contratti?" – mi sento di contrapporre un'opzione terza, cambiando la congiunzione: il contratto *e* i contratti.

3. Caratteristiche della nuova legislazione contrattuale

Registrato l'irrompere di questa nuova legislazione contrattuale, si tratta di inquadrarla meglio e comprendere, per così dire, che razza di animale sia. Mi pare che essa si identifichi essenzialmente per tre caratteristiche significative.

La prima: riguarda contratti di mercato, cioè contratti in cui almeno una parte è un'impresa che fa abitualmente quel genere di contratti perché sono lo strumento necessario della sua attività.

La seconda: riguarda contratti strutturalmente asimmetrici, cioè caratterizzati da una disparità delle posizioni delle parti: disparità che non dipende da fattori congiunturali o idiosincratici (come potrebbe essere un vizio della volontà o un occasionale stato di pericolo o di bisogno), bensì dalla oggettiva e stabile posizione di mercato delle parti stesse. E li riguarda con una chiara prospettiva di *policy*: riequilibrare l'asimmetria con norme orientate a proteggere / favorire la parte strutturalmente "debole". In altre parole: rimediare a fallimenti del mercato e non a generici fallimenti dell'autonomia privata (dei quali si occupano le norme codicistiche sui vizi della volontà e su altri fattori di perturbamento del processo decisionale come lo stato di pericolo o di bisogno).

La terza caratteristica è più complessa, e riguarda non la realtà regolata ma piuttosto la tecnica della regolazione, il genere di "figure" cui la nuova legislazione contrattuale dà corpo.

Per un verso – ed è l'approccio più tradizionale e familiare – essa è disciplina di tipi di contratto, identificati per la prestazione caratteristica che ne forma l'oggetto: così la vendita di beni di consumo; così i contratti per servizi di pagamento; così i contratti per *utilities* come telecomunicazioni ed energia; così ovviamente i contratti di assicurazione. Ma le nuove discipline non sono solo, e non sono primariamente, discipline di tipi contrattuali. Sono anche, e soprattutto, discipline che in mancanza di meglio chiamo *discipline di contesti contrattuali*: ad esse mi sembrano riconducibili figure legislative come per esempio i contratti del consumatore (B2C), i contratti B2B fra imprese con rapporti di forza squilibrati in ragione delle rispettive posizioni di mercato (emblematicamente la subfornitura di cui alla legge 192/1998), poi i contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali, e ci aggiungo i contratti relativi a operazioni bancarie regolate dal TUB.

4. Discipline di contesti contrattuali e tipi contrattuali

Queste figure definite dalle nuove discipline di contesti contrattuali sono altra cosa dai tipi contrattuali.

Ciò vale anche, un po' contro-intuitivamente, per la disciplina contrattuale contenuta nel TUB e in particolare nel suo art. 117. I "contratti bancari" del

codice civile (quelli a cui si intitola il capo XVII del titolo III del quarto libro) sono essi sì tipi contrattuali: deposito di denaro, servizio di cassette di sicurezza, apertura di credito, anticipazione bancaria etc. Invece, quando l'art. 117 del TUB regola "contratti", non li regola in quanto appartenenti a questo o a quel tipo contrattuale, bensì li regola in quanto inseriti in un determinato contesto: il contesto dell'attività bancaria, entro cui si svolgono relazioni contrattuali fra la banca e i suoi clienti. Nella comune cornice disegnata da questa disciplina di contesto possono trovare collocazione diversi tipi di contratti bancari: ciascuno dei quali è così regolato dalla disciplina specifica del proprio tipo, e in più dalla disciplina generale di contesto bancario.

Lo stesso vale per i contratti a distanza o conclusi fuori dei locali commerciali: che in quanto tali hanno la loro disciplina di contesto (il contesto definito da quelle certe modalità operative dell'interlocuzione fra le parti) ex art. 49 ss. c.cons.; ma che poi, articolandosi in una pluralità di tipi (a distanza possono stipularsi vendite o locazioni, soggiorni alberghieri o acquisti di pacchetti turistici, e quant'altro), sono soggetti a un regime che cumula la generale disciplina di contesto e la disciplina particolare del tipo di appartenenza.

Vale in modo ancora più macroscopico per una figura come "contratto del consumatore", dove il contesto che la definisce è rappresentato dal combinato disposto della qualità socio-economica delle parti ("consumatore" e "professionista") e dello scopo personale-familiare del contratto. Nella cornice del contesto, possono poi situarsi tanti diversi tipi contrattuali: compravendite del consumatore, locazioni del consumatore, appalti del consumatore e così via. Con il solito cumularsi dei due ordini di discipline: discipline del tipo, e discipline del contesto (art. 33 ss. c.cons.).

Si badi. Il rapporto fra i due ordini non è rapporto fra tipo e sottotipo. Sarebbe sbagliato dire che la vendita del consumatore è un sottotipo del contratto del consumatore, e altrettanto sbagliato dire che è un sottotipo del tipo vendita (al modo che l'assicurazione danni è sottotipo del tipo assicurazione). Stiamo parlando di figure qualitativamente diverse, che si collocano su piani differenti: la vendita è un tipo contrattuale, regolato dalla disciplina del tipo; il contratto del consumatore non è un tipo ma è un contesto contrattuale, regolato dalla corrispondente disciplina di contesto.

Le figure di contesto contrattuale hanno qualcosa di quelle più tradizionali figure che chiamo "strutture contrattuali": contratti onerosi piuttosto che gratuiti, commutativi piuttosto che aleatori, associativi piuttosto che sinallagmatici, plurilaterali piuttosto che bilaterali. Nessuno si sognerebbe di dire che la vendita fra X e Y è un sottotipo del tipo contratto bilaterale, del tipo contratto oneroso, del tipo contratto di scambio. Perché questi non sono tipi contrattuali, bensì strutture contrattuali.

5. Natura delle discipline e figure di contesto contrattuale

Penso che l'emergere delle discipline e delle figure di contesto contrattuale sia, dal punto di vista della sistematica del contratto, il portato più significativo della nuova legislazione sui contratti di mercato asimmetrici. E penso che riflettere su queste discipline e figure sia un passaggio indispensabile per sviluppare l'analisi del nostro tema: che ne è, che ne sarà della parte generale del contratto?

La domanda da cui partire è: queste discipline e figure di contesto hanno "natura" di parte generale o di parte speciale?

In prima battuta parrebbe incongruo ricondurle al rango di parte generale: stanno tutte fuori del codice, dentro quella legislazione che siamo stati abituati a chiamare "speciale" o se va bene "di settore"; e sono fortemente connotate dal punto di vista della realtà socio-economica a cui rinviano. Eppure, alla fin fine emanano un qualche aroma di parte generale, che si intensifica man mano che l'esploratore aguzza l'olfatto.

Intanto sono discipline e figure non ascrivibili alla categoria del tipo contrattuale (che tradizionalmente definisce il regno della parte speciale), ma assimilabili piuttosto all'idea di struttura contrattuale (oneroso/gratuito, etc.): e nessuno negherebbe che le strutture contrattuali siano materia di parte generale.

E poi: è vero che stanno tutte fuori del codice, ma non è legge divina che debba sempre essere così. Consideriamo la più imponente fra le discipline e figure di contesto, ovvero il contratto del consumatore: come dimenticare che il suo nucleo primario – la normativa sulle clausole vessatorie – quando in origine si trattò di trasporre la direttiva 1993/13, trovò collocazione nei nuovi, appositamente introdotti, art. 1469-*bis* ss. c.c. Vorrà pur dire qualcosa se il legislatore ha trovato naturale, e per nulla scandaloso, inserire il contratto del consumatore nel codice civile, e non fuori di esso. E inserirvelo non in parte speciale ma in parte generale, a chiudere e coronare il titolo II del quarto libro! Senza dire che in questa nobilissima posizione, del contratto del consumatore permane ancora oggi – nel superstite art. 1469-*bis* c.c. – se non il complesso normativo adesso trasferito nel codice del consumo, almeno il nome, evocato a fini di rinvio. E infine: forse che il legislatore tedesco ha avuto imbarazzo a inserire i riferimenti ai *Verbraucherverträge* dentro il BGB (§ 310/3)?

E allora, gettiamo il cuore oltre l'ostacolo e proviamo a pensare il contratto del consumatore, e con esso tutte le altre nuove discipline e figure di contesto, come materia di parte generale. Ma parte generale di che cosa? Parte generale del contratto *tout court*, senza altra qualificazione? No, parte generale di un contratto ben qualificato, e precisamente qualificato nei termini di cui al punto di partenza del discorso che sto svolgendo: il mondo di cui parlo qui è – ripeto – il mondo dei contratti di mercato strutturalmente asimmetrici.

6. L'attuale suddivisione del sistema del contratto

Ai miei occhi questo mondo contrattuale ha acquistato, negli ultimi decenni, uno straordinario rilievo sistematico. Al punto da caratterizzare significativamente quella che mi sento di proporre come la mappa odierna dell'universo del contratto (al netto di tre asteroidi che seguono loro orbite eccentriche: il contratto di lavoro, il contratto di società e il contratto delle pubbliche amministrazioni); e di connotare l'universo contrattuale come un universo binario.

Non pensate, per favore, che mi sia montato la testa se per tracciare la mappa del contratto parafrao le parole iniziali (un altro *incipit!*) del *De bello gallico*. Descrivendo la terra conquistata oltralpe Cesare diceva: "*Gallia est omnis divisa in partes tres*". A me, da modestissimo epigono, parlando del contratto oggi verrebbe da dire: "*Contractus est omnis divisus in partes duas*".

L'odierno complessivo sistema del contratto (lasciando in disparte, come dicevo, lavoro e pubblica amministrazione) mi appare dunque diviso fondamentalmente in due parti, e semplificando si potrebbe dire: una vecchia e una nuova. Cominciamo da quest'ultima.

La parte nuova è occupata dai contratti di mercato, rispetto ai quali la *ratio* della regolazione è l'asimmetria delle posizioni di mercato delle parti, e l'obiettivo è proteggere la parte che soffre l'asimmetria, vuoi che si tratti di un consumatore (B2C) vuoi che si tratti di un'impresa "debole" (B2B), vuoi che si tratti di un generico cliente – non importa se consumatore o impresa – la cui debolezza sta nel non avere il controllo della prestazione caratteristica del contratto, che è nel dominio di controparte (un dato tanto più rilevante in uno scenario segnato, come ricordava Natalino Irti introducendo i nostri lavori, dall'odierna poderosa irruzione della tecnica). Siamo nel campo di quello che si usa chiamare diritto privato regolatorio. Assolutamente centrale in esso – ce lo ricordava poco fa Emanuela Navarretta – è la materia dei rimedi contrattuali, visti come strumento di risposta ai fallimenti del mercato, appena evocati qui da Gianni D'Amico.

Siamo invece nel campo del diritto privato per così dire classico quando consideriamo la parte vecchia del sistema contrattuale, dove confluiscono – in modo residuale – tutti gli altri contratti, che è più facile definire in negativo: quelli che non sono contratti di mercato perché non vedono come parte un'impresa che contrae in funzione della propria attività imprenditoriale, e come controparte un altro soggetto di mercato che rispetto alla prima soffre di una strutturale asimmetria. In questo campo la materia dei rimedi non ha la centralità assoluta che riveste nell'altro. Perché qui i rimedi rispondono ai fallimenti dell'autonomia privata, che sono tendenzialmente più rari dei fallimenti del mercato: l'autonomia privata fallisce qualche volta, in modo occasionale e perciò patologico (vizi della volontà, stati di pericolo o di bisogno); il mercato fallisce sempre, i suoi fallimenti sono fisiologici.

In questa logica non deve sorprendere (benché possa sembrare a tutta prima paradossale) che al dominio del vecchio diritto contrattuale debbano ricondursi fattispecie che si presentano come la quintessenza dei contratti dell'impresa e del mercato: si pensi alla compravendita, fra due grosse e importanti società, di un pacchetto azionario di gigantesco valore economico e di straordinaria rilevanza industriale. Ebbene, un contratto del genere è estraneo alla logica e alla disciplina dei contratti di mercato asimmetrici (rispetto a cui sono assenti i presupposti che li connotano), e ricade invece nella parte più tradizionale e più "vecchia" del diritto contrattuale. Come conferma l'esperienza pratica dei contenziosi che possono nascere intorno a questo tipo di operazioni, nel momento in cui mostra che l'armamentario rimediale cui più spesso si fa ricorso per affrontarli si identifica con la disciplina e la teoria dei vizi della volontà per come regolati dal codice civile.

7. Una precisazione lessicale

I contratti della parte vecchia in altre sedi li ho chiamati contratti di diritto comune. Ma adesso me ne pento, perché chiamarli così implicherebbe – rispetto ai contratti di mercato asimmetrici – una sorta di gerarchia, un rapporto come da regola a eccezione che rischia di restituire una falsa immagine del quadro. Nel quadro odierno, infatti, io vedo i contratti di mercato (la parte nuova del sistema contrattuale) come una realtà non eccezionale e deviante ma anch'essa – nel proprio ambito – "comune"; una realtà non subordinata alla primazia della parte vecchia, ma dotata di pari dignità.

Ecco perché, se dovessi ora ribattezzare i contratti che non sono contratti del mercato non parlerei più (come pure ho fatto in passato) di contratti di diritto comune, ma preferirei parlare di contratti di diritto civile o più semplicemente di contratti civili.

Mi rendo conto che questa terminologia può suonare come riesumazione di un linguaggio in auge 80 e più anni fa, sotto il vigore del vecchio abrogato codice di commercio, prima dell'unificazione del diritto dei contratti realizzata col codice civile del 1942. Ma si sa: a volte ritornano... Cosa che può ben succedere quando, nell'arco di così tanti decenni, maturano nuove realtà che a metà del secolo scorso non erano lontanamente immaginabili.

8. Una parte generale anche per i contratti di mercato? L'impraticabilità dell'opzione legislativa...

Possiamo adesso riprendere il discorso sulla parte generale del contratto. Ma a questo punto sorge il sospetto che si debba piuttosto parlare di *parti generali*, usando il plurale.

Riassumiamo. Grazie a un'alluvione normativa di origine prevalentemente euro-unitaria e orientata alla regolazione del mercato per rimediarne i fallimenti, il sistema dei contratti si configura oggi come un sistema binario, articolato in due grandi aree: l'area tradizionale dei contratti civili e la nuova area dei contratti di mercato asimmetrici. E a quest'ultima deve riconoscersi, per mille ragioni, pari dignità sistematica rispetto alla prima. Ebbene, se tutto questo è vero, non dovrà ammettersi che entrambe le aree meritano la loro parte generale (ovviamente calibrata, per ciascuna, sulle caratteristiche che ciascuna presenta, e che la differenziano dall'altra quanto a fondamento e *policy* della regolazione)?

Per i contratti civili la parte generale ovviamente esiste: è il complesso normativo degli art. 1321-1469 c.c. Non così per i contratti del mercato: che pur essendo degni di una parte generale, ancora non ce l'hanno. E per i quali dovrebbe essere costruita.

Sì, ma come? Non sembra realisticamente praticabile, nel breve periodo, la via legislativa. Che per la legislazione i tempi non siano maturi, pare dimostrarlo il disegno governativo di legge delega "*perla revisione del codice civile*" presentato al Senato il 19 marzo 2019). Infatti, il progetto Conte-Bonafede non dà mostra di porsi il tema. Forse lo sfiora là dove, alla lettera g) dell'art. 1, prefigura una disciplina dei "*casi in cui pratiche negoziali ingannevoli, aggressive o comunque scorrette, o circostanze quali la distanza fra le parti, la sorpresa, la situazione di dipendenza di una parte rispetto all'altra determinano l'invalidità del contratto concluso*". Ma è del tutto evidente che la costruzione di una parte generale dei contratti di mercato asimmetrici non può ridursi a trapiantare nel sistema codicistico dei vizi della volontà – al di fuori di un quadro d'insieme, di una più compiuta visione sistematica – fattispecie prelevate dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette e degli abusi di dipendenza economica.

9. ... (*segue*) e il ruolo fondamentale della dottrina

Nel breve periodo, l'attore istituzionale che può utilmente occuparsi di questa impresa non è il legislatore, bensì la dottrina: cui spetta preparare la strada a un legislatore che in questo campo non sembra avere le risorse per fare da solo.

In qualche modo la dottrina ha cominciato a farlo: che cosa sono le idee, le ipotesi, gli spunti variamente intitolati – nel dibattito degli studiosi – al "terzo contratto" o al "contratto asimmetrico", se non l'avvio di una ricerca e di una elaborazione sui principi ordinanti dei contratti di mercato asimmetrici, dunque su una "parte generale" ad essi dedicata? Non importa che si confrontino visioni divergenti. L'importante è che siano – come in larga misura sono – visioni dialoganti, capaci come tali di arricchire la riflessione comune. Una riflessione che per

adesso è solo allo stato nascente, e ha bisogno ancora di molto lavoro per uscire dalla fase embrionale e approdare a risultati più maturi.

In questa prospettiva, trovo molto interessante la pista metodologica indicata dal documento programmatico del seminario, quando suggerisce di “*utilizzare, con maggiore consapevolezza, l’interpretazione analogica del diritto speciale*” (dove “speciale” è messo opportunamente fra virgolette...). L’analogia è, in verità, una grandissima risorsa euristica.

Contract e *contracts* nel diritto inglese: la rilevanza della buona fede

SOMMARIO: 1. L'accezione plurale o singolare del *contract* inglese – 2. La partecipazione della buona fede al sistema dei principii generali del *law of contract* inglese – 3. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinari inglesi favorevoli al (limitato) riconoscimento del principio di buona fede contrattuale – 4. Brevi considerazioni conclusive e riassuntive.

1. L'accezione plurale o singolare del *contract* inglese

La questione dell'uso alternativo, se non contrapposto, del termine “*contract*” al singolare o al plurale nel *common law* inglese non sembra riflettere, secondo una diffusa opinione¹, il medesimo, stringente e fascinoso carattere che essa è solita rivestire nei principali ordinamenti del continente europeo, nei quali può prevalere un atteggiamento culturale ripiegato sul ricorso alla chiara sistemazione delle principali categorie civilistiche. Ciò non toglie, tuttavia, che la questione stessa riemerge vivacemente con riferimento ad istituti e figure del *law of contract* rispetto ai quali il motivo dominante è rappresentato dalla loro possibile riconducibilità a criteri o principii di natura generale e dei quali si possa predicare un'immanente ed ineliminabile presenza nelle pieghe ordinamentali, come il tema della buona fede (*good faith*), di cui più avanti si tratterà, chiaramente dimostra.

Ridotta al suo nucleo essenziale la dicotomia *contract-contracts* deve preliminarmente rispondere alla domanda che ne costituisce il logico presupposto, ossia come si configuri, ed a quali fini ubbidisca, una declinazione del termine al singolare, che ne rappresenterebbe la capacità di descrivere l'essenza della figura nelle sue potenziali esplicazioni dell'esperienza giuridica.

Prima di accedere al territorio del *contract*, giova rimuovere il sospetto che anche in altre aree del diritto privato inglese di non minor rilevanza si

¹ J. CARTWRIGHT, *Contract Law. An introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, London, 2016, p. 57 ss.

registri un'analogia tendenza a lasciar convivere in esse, ed adottando un lessico familiare al giurista italiano, una parte generale (declinata al singolare) ed una parte speciale (declinata al plurale), allo scopo di rinvenire tra loro un rapporto bilanciato di vicendevole preminenza di una delle due declinazioni. È di ausilio al proposito il richiamo del fondamentale capitolo dedicato alla responsabilità civile, condensato attorno alla figura del *tort*, concepito come oggetto di un'apposita branca sia singolarmente sia pluralisticamente considerata (rispettivamente *law of tort* o *law of torts*). Nelle famose lezioni indiane di Tagore dei primi anni '30 del secolo scorso², uno dei più eminenti studiosi inglesi, Winfield, autore di un celebratissimo manuale in materia³, si intrattenne memorabilmente attorno alla competizione tra i due modelli linguistici (che naturalmente celavano ben più profonde divaricazioni concettuali quanto, ad esempio alla latitudine della *negligence*,rispettivamente come figura archetipa del *tort* o come singola specie di illecito extracontrattuale) cogliendo il fondamento del dilemma nella (da lui ritenuta) attitudine del *common law* alla elaborazione di una teoria generale della responsabilità da fatto illecito radicata su principii fondativi e sull'esistenza di una clausola generale per la relativa affermazione (il *duty of care* coevamente sancito dalla *House of Lords* nel fondamentale caso *Donoghue v Stevenson*⁴) in antagonismo con una concezione atomistica poggiante sull'autonomia disciplinare e strutturale delle singole figure, insuscettibili di attrazione in un unico recipiente. Visione, questa, che attrasse opposti orientamenti dottrinari e giurisprudenziali miranti ad esaltare la atipicità e la individualità delle singole figure di *torts* non attenuate dal comune riconoscimento della presenza di uno statuto basilare imperniato sulla accertata violazione del dovere di non recare ad altri un danno ingiusto. Dovere da coniugare, tuttavia, con ciascuno degli spicchi del caleidoscopio "*tortious*", ciascuno contrassegnato da specificità irripetibili che largamente risentono degli attributi propri del singolo bene protetto.

Questo si dice per segnalare non già una perfetta assimilabilità tra due delle principali componenti del diritto privato inglese, in effetti smentita da una tradizione di concentrazione dell'attenzione sulle singole figure di *tort*, quanto per sottolineare la ciclica riproposizione di un'indagine metodologica rivolta alla scoperta di un patrimonio comune ed autosufficiente di principi e regole di disciplina applicabili ad entrambe.

² P. WINFIELD, *The province of the law of tort*, Cambridge, 1931.

³ WINFIELD & JOLOWICZ *on Tort* (20th ed), edited by James Goudkamp, Donal Nolan, UK, 2020.

⁴ [1932] AC 562.

Tornando al *contract* ben può dirsi che vige, soprattutto in dottrina, una concezione funzionalista diretta alla individuazione dei fini che la sua parte generale ed il correlato corteo di principii sono chiamati ad assolvere. Fini consistenti nel compimento di una molteplicità di operazioni logiche ed epistemologiche munite di idoneità contraddistinta dell'istituto contrattuale: la identificazione dei requisiti del *contract* e degli elementi distintivi rispetto ad una promessa giuridicamente non vincolante (ma, in ipotesi, solo moralmente impegnativa); i criteri per pervenire alla definizione del suo contenuto; la disciplina delle conseguenze del mancato rispetto delle obbligazioni contrattualmente assunte e dei rimedi connessi. L'essenzialità e la relativa esiguità dei temi che concorrono a dar vita al "*general law of contract*" possono spiegarsi impiegando punti di osservazione diversi. In primo luogo, deve ritenersi, concordemente all'accreditato orientamento dottrinario imperante, che innegabile influenza sia stata esercitata dalla mancata recezione del modello romanistico e dalla conseguente ripulsa di una autonoma categoria concettuale rispondente alla denominazione di "*special contracts*", accolta nei sistemi giuridici di *civil law*. In secondo luogo, ha contribuito alla solida costituzione di un plesso ordinamentale sorretto da pilastri di ampia portata la condivisa aggregazione di plurime regole operazionali sufficienti ad assicurare ordinariamente l'uniforme regolamentazione dell'archetipo contrattuale in sé considerato, indipendentemente dalle concrete raffigurazioni potenzialmente riscontrabili nelle singole figure di accordo negoziale vincolante. Basti al riguardo pensare all'omogeneo corpo normativo, tanto di origine giudiziale quanto di derivazione legislativa, che scandisce le evenienze più rilevanti nella vita fisiologica o patologica del *contract*, afferente, ad esempio, al processo della sua formazione, alla sua fase interpretativa, al momento dell'inattuazione, alle opzioni rimediali: esso è capace di universale applicazione alla categoria generale del *contract*, manifestando al contrario natura residuale ed eccezionale le ipotesi di adozione di uno statuto disciplinare dedicato a singole "*species*" (quali quelle di vasto impatto nel settore dei rapporti contrattuali ascrivibili al fenomeno consumeristico), repute meritevoli di un trattamento particolare in ragione, ad esempio, delle condizioni soggettive delle parti e della correlata necessità di superare connaturali posizioni di squilibrio (come, ad esempio, è stato deputato ad assicurare il *Consumer Rights Act* del 2015). Seguendo questa logica è comunemente estranea al *common lawyer* la propensione euristica, tipica del suo omologo continentale, del "*nomen iuris*" da attribuire, a fini regolamentari, alla singola fattispecie contrattuale che gode nel *common law* del beneficio di una cornice adeguatamente ampia e capiente di principii e regole adottabili di norma nel singolo caso. Un campo in cui è peculiarmente avvertita la linea uniformatrice in questione è non accidentalmente quello delle tutele e dei rimedi garantiti

nell'evenienza di inadempimento ad una platea pressoché globale di situazioni: ciò che ha indotto le Corti giudicanti a resistere alla tentazione di elevare una rigida barriera divisoria, sia in senso dogmatico sia nelle implicazioni pratiche, tra “*special*” e “*general contracts*”. Anche il terreno dell'ermeneutica contrattuale è avvinto alla medesima tensione unitaria, la cui manifestazione più evidente e sicura viene fornita dalla salda adesione al metodo informatore dell'accertamento della volontà delle parti secondo standard di pura oggettività piuttosto che in omaggio alla superiorità della “*voluntas*” sui “*verba*”. Allo stesso modo la possibilità dell'integrazione del contenuto contrattuale alla stregua di quel caratteristico modo di operare sussunto sotto il nome di “*implication of terms*” nelle sue varie dimensioni (giudiziale, normativa, consuetudinaria) viene esperita secondo precise ed omogenee regole che in via normale non soffrono apprezzabili deroghe con riferimento alle fattispecie contrattuali individuali. Inevitabili e logicamente conseguenti sono le forme di redazione dei testi contrattuali, usualmente calibrati secondo la prospettiva del loro assoggettamento ad un trattamento che scaturisce da un codice concettuale tendenzialmente uniforme: non può certo dirsi estranea a questa tendenza la costante attenzione prestata dalla prassi ai modelli negoziali più diffusi nel mondo dei traffici giuridici cui si reputa conveniente adeguarsi.

La descritta affezione del *common law* inglese ad una visione globale del *contract* (una delle cui esplicitazioni è rappresentata dal tradizionale uso del termine al singolare) e la diffidenza che ne discende nei confronti di una rigida categorizzazione anche in termini dogmatici dei singoli tipi contrattuali non comporta, tuttavia, che seri problemi non campeggino con riferimento alla possibilità di arricchire il catalogo dei principii generali integrandoli di loro controversi fattori esponenziali. Sorge, pertanto, il problema, tutto interno al “*general law of contract*”, di determinarne perimetro e componenti al fine di offrire un quadro affidabile e stabile all'osservatore esterno.

In questa complessa e mai compiutamente risolta sfera definitoria si colloca certamente in posizione di assoluta importanza la vicenda della rilevanza ed ammissibilità, tra quelli caratteristici del “*contract*”, del principio di buona fede, concepito nella duplice veste soggettiva ed oggettiva cui gli ordinamenti di *civil law* sono avvezzi, rispettivamente secondo i parametri della correttezza comportamentale e della ignoranza di circostanze perturbatrici della validità ed efficacia contrattuale.

Ci si trova senza dubbio di fronte ad uno dei capitoli più tribolati e divisivi del diritto privato inglese, e di quello contrattuale in particolare, di cui è necessario tentare di cogliere brevemente genesi, occasioni di inveroamento, soluzioni e linee prospettiche.

2. La partecipazione della buona fede al sistema dei principi generali del *law of contract* inglese

La storia della *good faith* quale parte integrante della teoria del *contract* inglese nonché dei suoi principi generali debutta sotto i più promettenti auspici in virtù di una pronuncia resa nel 1766 nel caso *Carter v Boehm*⁵ da uno dei più noti e lodati Giudici che abbiano operato in quell'ordinamento, Lord Mansfield, di origini scozzesi. Il riferimento anagrafico non è privo di significato poiché ne denuncia – in aderenza alla tradizione culturale dell'ordinamento del Paese di provenienza – la spiccata vicinanza al mondo del *civil law* continentale e specialmente alle sue radici romanistiche, rendendo del tutto naturale la proclività a dare centrale rilievo alla buona fede in ambito contrattuale. Ed invero, decidendo su una controversia avente ad oggetto la condotta richiesta alle parti di un contratto di assicurazione in termini di disvelamento di circostanze refluenti sul consenso prestato alla conclusione del negozio, il Giudice ritenne che la disputa dovesse trovare governo secondo il canone della buona fede, in quanto applicabile ad ogni tipo di contratti ed accordi negoziali. Egli procedette anche ad una puntuale descrizione del contenuto di quello che veniva enunciato alla stregua di un obbligo di matrice contrattuale, chiarendo che esso proibisce a ciascuna delle parti di nascondere i fatti di cui sia a privata conoscenza onde non indurre l'altra, inconsapevole, ad una stipulazione cui non sarebbe altrimenti giunta, nel senso che l'impulso alla manifestazione del consenso era proprio dato dalla mancata conoscenza delle circostanze artatamente taciutele⁶.

Un così felice esordio, che poneva la *common law* inglese in stretto connubio con i sistemi continentali, fu bruscamente contraddetto dal pensiero, proiettatosi soprattutto nei repertori giurisprudenziali, affermatosi a partire dalla seconda metà del XIX secolo, oltretutto nel periodo fondativo di una teoria del *contract* del tutto speculare a dottrine economiche volte a privilegiare l'assoluta libertà di scambio in una pretta logica individualista di perseguimento del profitto e del *self-interest*. Fu così che iniziarono a svilupparsi, perfezionarsi, consolidarsi, scolpirsi concezioni espulsive della *good faith* dalla tavola dei principi generali del *contract*, avvalorate da una serie di molteplici argomenti, nessuno dei quali completamente scomparso perfino dalla odierna scena.

Le maggiori opere trattatistiche sul *contract* sono solite convenire, forti anche del concorde apporto giurisprudenziale, sull'elenco delle ragioni prin-

⁵ [1766] S.C. 1 Bl. 593.

⁶ “*Good faith forbids either party by concealing what he privately knows, to draw the other into a bargain, from his ignorance of that fact, and his believing the contrary*”.

cipali che hanno portato alla consueta affermazione secondo cui “*there is no generale doctrine of good faith in the English law of contract*”⁷, vuoi nella fase prodromica delle trattative, vuoi in quella esecutiva, vuoi, infine, in quella eventualmente modificativa dell’accordo originario. La rassegna degli ostacoli ad un riallineamento dell’esperienza inglese a quella degli ordinamenti continentali permeati dagli insegnamenti romanistici non può che porre al proprio apice un peculiare tratto di quell’ordinamento, in molti casi ingenerosamente enfatizzato a detrimento di una appropriata conoscenza critica del *common law* inglese, cui per questo è stata non convincentemente negata l’attitudine a nutrirsi di forme di conoscenza tassonomicamente orientate ed alimentate dal ricorso alle categorie mentali del fenomeno giuridico⁸. E tale severa opinione continua ad incontrare larga fortuna fra i giuristi stranieri, incoraggiati anche da talune posizioni inglesi che lambiscono addirittura l’autodenigrazione. Si tratta della diffusa riluttanza della giurisprudenza inglese ad accogliere nel proprio “*legal reasoning*” metodi argomentativi basati su generalizzazioni concettuali e principii astratti, classe definitoria cui apparterebbe la buona fede. Può, tuttavia, osservarsi incidentalmente al riguardo che nelle sparute pronunce e nei non rari contributi dottrinali di apertura all’ingresso della *good faith* nel *domain* del *contract* si è sapientemente rifuggito il pericolo grazie ad una fruttuosa concretizzazione dei margini del suo possibile intervento nei vari casi di specie, ad esempio ancorandolo a postulazione di condotte delle parti contrattuali ispirate all’onestà o all’accettabilità nel mondo degli scambi giuridici o, ancora, all’obbiettivo di concorrere a conferire efficacia agli accordi commerciali: atteggiamento mentale, questo, che ha sempre giovato a stemperare i potenziali effetti negativi del disconoscimento della general dottrine of *good faith*. Si addebita poi al canone in parola l’alone di incertezza in ordine alla determinazione del preciso contenuto del connesso obbligo che da esso promanerebbe, con nocumento alla chiara circoscrizione dei rapporti tra le parti. Anche a diluizione di questo stigma si è levata alta e limpida l’autorevolissima voce del compianto Lord Bingham⁹, campione del pensiero liberal-progressista, che, in una celebre sentenza della *Court*

⁷ La suddetta affermazione è presente anche nel caso *Times Travel*, deciso dalla *Supreme Court* il 18 agosto 2021, su cui ci si soffermerà in seguito (*infra*, par. 3).

⁸ M. SERIO, *Il ricorso alle legal categories nell’esperienza del diritto privato inglese*, in *Europa e diritto privato*, 2010, pag. 511 ss.

⁹ Autore di *The rule of law* (London, 2010) autentico manifesto della democrazia liberale inglese e della sua epifania giudiziale.

of Appeal del 1989¹⁰ fece immaginifico ricorso ad esemplificazioni vivide e tratte dalla quotidianità delle relazioni giuridicamente rilevanti per incanalare l'opera dell'interprete verso l'approdo definitivo della *good faith* in uno specifico ambito contrattuale poi degenerato nella sfera litigiosa. Difficilmente potrebbe pensarsi a prosa più duttile nella costruzione di un benefico ponte tra la pratica dimensione della vita umana e la sua valutazione in sede giudiziale: si esemplificò la natura dello spazio occupato dalla buona fede nella vicenda contrattuale attribuendole l'idoneità a convertirsi in precetti e regole semplici, quali il "*fair play*" comportamentale, il dovere di mantenere le "mani pulite" (*clean hands*) nel corso di ciascuna delle frazioni di cui si compone complessivamente il *contract*, l'esigenza di "giocare a carte scoperte"¹¹. L'acume dell'intuizione è testimoniato dal credito costantemente accordatole dalla letteratura giuridica successiva

Ed infine, la sommaria lista dei motivi dell'ostilità (tale essendo stata spesso esplicitamente proclamata) del *common law* inglese – a differenza di quelli statunitense ed australiano – ad ospitare la buona fede all'interno della teoria generale del *contract* contempla l'accusa di incompatibilità con la genuina natura del legame che deve reggere i rapporti tra le parti: essa fu molto recisamente delineata nel 1992 dalla *House of Lords* nel caso *Walford v Miles*¹², per bocca di Lord Ackner, da cui provennero parole del peso di macigni per confutare l'ipotesi dell'ingresso della *good faith* nella traiettoria del *contract*. Egli affermò con piglio intransigente che l'idea secondo cui le trattative contrattuali debbano ispirarsi al dovere di buona fede intrinsecamente ripugnerebbe alla posizione di antagonismo assunta nella vicenda contrattuale dalle parti interessate al negoziato¹³.

È di innegabile evidenza la frattura tra questa posizione, condivisa da tutti gli altri componenti il collegio della *House of Lords*, ed il ragionamento arioso e sensibile ad una visione in senso solidaristico del rapporto contrattuale espressa da Lord Bingham: lungi dal provocare un'insuperabile situazione di stallo il conflitto ha animato apprezzabili riflessioni dottrinarie e rinnovate energie giurisprudenziali indirizzate al recupero del dialogo tra *common law* inglese e *civil law*.

¹⁰ *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] QB 433 (CA) 439.

¹¹ "Putting one's cards face upwards on the table".

¹² [1992] 2 AC 128.

¹³ "The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations".

3. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinari inglesi favorevoli al (limitato) riconoscimento del principio di buona fede contrattuale.

Di tali contro-tendenziali posizioni va dato un sommario cenno per fugare la falsa impressione che le acque nel canale della Manica siano irrimediabilmente stagnanti, per quanto ancora tutt'altro che inarrestabilmente fluenti.

Due esempi possono utilmente essere esibiti della vitalità tutt'altro che rassegnata di parte della dottrina e della giurisprudenza al destino dell'irreversibile incomunicabilità delle due principali famiglie giuridiche europee in relazione al principio della buona fede contrattuale in ognuno dei profili in cui la vicenda rapportuale è destinata a snodarsi.

Perché, in effetti, alla radice delle concezioni favorevoli ad una tensione incrementale dei principi generali del *contract* inglese platealmente si scorge il dichiarato proposito – sciaguratamente compromesso dagli esiti referendari del giugno 2016 – di riconsiderare in senso armonioso il tessuto relazionale tra *common law* e *civil law*, restituendo fiducia all'idea della imprescindibilità del risultato nella prospettiva della edificazione di una prospera e duratura stagione di Koinè giuridica europea.

Esattamente in questa fervida scia culturale si inserisce il pensiero di una delle più qualificate ed aperte menti giuridiche inglesi, quella di Ewan Mc Kendrick¹⁴, che, coltivando l'ottimismo della volontà, esclude l'esistenza di un abisso incolmabile tra i due sistemi ordinamentali a confronto. Nel denunciare come fattore impediente la radicata avversione del diritto inglese nei confronti dei principii generali, l'Autore considera, d'altro canto, che quell'ordinamento ha sempre intessuto un discorso al quale l'idea della buona fede non è stata sostanzialmente estranea. Su questa scia un altro studioso¹⁵ icasticamente scrive che i fondamenti della buona fede possono scovarsi tra la polvere del *common law*. In particolare, viene ridimensionata, se non addirittura rigettata, l'impressione che il *law of contract* inglese sia strutturalmente incapace di recepire, al di là dei vezzi nominalistici, il precipitato sostanziale della figura. Fanno fede di questa disponibilità all'assorbimento del contenuto effettivo del principio di buona fede contrattuale quale predicato negli ordinamenti continentali numerosi esempi di tipi contrattuali ai quali in modo naturale e pressoché meccanico corrisponde il crisma della loro disciplina secondo il canone della buona fede oggettiva. Ed infatti, sono note ed indiscusse figure contrattuali la cui conformazione è sempre

¹⁴ E. MC KENDRICK, *Good faith: a matter of principle*, in *Good faith in contract and property*, a cura di A.D.M. Forte, Oxford, 1999, p. 39 ss.

¹⁵ M. CLARKE, *The common law of contract in 1993: is there a general doctrine of good faith?*, in *Hong Kong Law Journal*, 1993, p. 318.

stata concepita in funzione di indissolubile nesso con i contenuti essenziali della buona fede, tra i quali indubbiamente spicca il sostrato fiduciario che costituisce la linfa del solidissimo paradigma dei contratti “*uberrimae fidei*”, normalmente riferibili ai rapporti assicurativi, come la risalente pronuncia di Lord Mansfield decisamente conferma.

Ora, queste osservazioni suggeriscono la conclusione che il principio di buona fede debba proseguire il proprio cammino orientato al rafforzamento delle proprie basi in termini sia giuridici sia etici. Lungo questo speranzoso itinerario si innesta il pensiero di altro autorevole teorico, Hugh Collins¹⁶, che esprime la convinzione, ovviamente spalmata nel non breve periodo, che il *common law* inglese alla fine debba essere costretto a cedere ad una concezione ideale maggiormente connotata in senso europeo, quale quella, emergente dalla direttiva comunitaria 93/13 in maniera pressoché letterale trasposta in quell’ordinamento¹⁷ e dall’*Unfair Contract Terms Act* inglese del 1977, diretta all’equo bilanciamento dei rapporti tra consumatori e professionisti, altro terreno di elezione in vista della piena esplicazione delle robuste potenzialità della *good faith* contrattuale.

Vagiti giurisprudenziali, che pure si è tentato di soffocare rudemente da parte dei gradi superiori di giurisdizione, vanno recentemente e con soddisfazione registrati, anche in ragione del prestigio del Giudice da cui provengono, nel frattempo promosso al rango di componente effettivo della *United Kingdom Supreme Court*, nelle prime istanze giudiziarie.

Va, infatti, ricordata con il dovuto apprezzamento la sentenza pronunciata nel 2013 dall’oggi Lord Leggatt, che allora sedeva nella *High Court* (dalla quale fu elevato “*per saltum*” al grado finale di giurisdizione britannica), nel caso *Yam Seng v International Trade Corporation Ltd*¹⁸. In essa furono esaminati da un angolo visuale particolarmente affilato alcune delle maggiori questioni attorno alle quali si dipana il dibattito concernente la buona fede contrattuale.

Nella fattispecie, l’oggetto della lite consisteva nella domanda tendente alla dichiarazione della sussistenza di un inadempimento legittimante la risoluzione di un contratto di distribuzione di prodotti di profumeria ed al risarcimento del danno: al fine della qualificazione delle circostanze dedotte quali indici dell’inadempimento stesso il Giudice adottò un criterio improntato al principio di buona fede oggettiva nel senso continentale di correttezza e lealtà comportamentale. La sentenza rivela la profonda consapevolezza di una persistente contrarietà del

¹⁶ H. COLLINS, *Good faith in European contract law*, in *Oxford Journal of legal studies*, 1994, p. 229 ss., ed in particolare p. 254.

¹⁷ Il riferimento è alle *Unfair Terms in Consumer Regulations* del 1999 (SI 1999/2083).

¹⁸ [2013] EWHC 111 (QB).

mainstream culturale inglese alla introiezione di un siffatto principio generale ed integra l'appena esposto impianto argomentativo dottrinario, del tutto condiviso, con due ulteriori, realistiche precisazioni. La prima si concentra sulla preferenza abitualmente accordata dalla giurisprudenza inglese a soluzioni meglio rispondenti alle necessità del caso concreto indipendentemente dal loro possibile inquadramento dogmatico: il che equivale a dar forza al concetto espresso da Mc Endrick circa una strisciante, seppur non dichiarata, presenza del principio di buona fede nelle pieghe del sistema e soprattutto nella prassi, almeno ogni volta che la sua affermazione serva la causa della giustizia del caso concreto da decidere. Il successivo passaggio analitico della pronuncia di Lord Leggatt punteggia con brillante sguardo di introspezione psicologica il problema. Esso allude ad un intimo contrassegno del *contract* inglese e delle aspettative che su di esso convergono ad opera delle parti per poi essere valorizzate in sede giudiziale: esplicitamente si parla dell'etica individualistica, che presiede agli scambi commerciali realizzati attraverso il veicolo contrattuale, fortemente sostenuta ed approvata dalla giurisprudenza che reiteratamente nel tempo mira alla preservazione degli accordi raggiunti per il soddisfacimento degli interessi individuali delle parti, con la sola eccezione – che di per sé esclude la rilevanza del criterio della buona fede sia nel momento della conclusione sia in quello dell'esecuzione del vincolo – delle ipotesi di mancata osservanza, obiettivamente verificabile, delle clausole obbligatorie. In questo articolato e lucidamente illustrato contesto la sentenza si accosta con risolutezza ed evidente empito solidaristico al tema razionalmente collegato al mancato riconoscimento di un principio generale di buona fede contrattuale: la strada prescelta per colmare una lacuna giudicata inconciliabile con una veduta evoluta ed al passo con le altre esperienze giuridiche europee implicitamente circolanti nel testo è stata quella di scardinare la contraria blindatura concettuale con l'utilizzazione del prezioso meccanismo, già ricordato, dell'integrazione del contenuto mediante l'apposizione di patti impliciti (*implied terms*) nella misura e secondo la latitudine suggerite dalle particolarità del singolo caso. A ben vedere è stata data piena conferma, ospitandola nel corpo motivazionale della sentenza, all'arguta osservazione di Lord Bingham che, nel generoso tentativo di ammortizzare i perniciosi effetti di un inveterato atteggiamento negativo rispetto al principio generale di buona fede, poneva nel debito (e consolatorio) rilievo la sperimentata capacità del diritto inglese dei contratti di supplire a tale endemica carenza percorrendo la soluzione di statuirne la silenziosa, per quanto frammentaria, presenza laddove si fosse di fronte a dimostrate situazioni di sostanziale iniquità negoziale (ad esempio facendo leva sul criterio di ragionevolezza, come appropriatamente notato in linea generale

da un nostro illuminato comparatista¹⁹), malgrado il ripudio del superiore principio che esige che le parti contrattuali debbano in ogni fase agire in buona fede²⁰. Di fronte al prolungato inceppamento dello strumento della generosità mentale e dell'apertura al modello dell'Europa continentale la *High Court* si è spinta al passo di affermare che la presenza della buona fede ben può essere oggetto di ricognizione giudiziale in preciso rapporto al contesto negoziale ed agli effetti che ne discendono: contesto che deve indurre l'interprete a pretendere dalle parti un contegno onesto, in primo luogo palesato dalla ripulsa di qualunque forma di condotte astutamente decettive in danno dell'altra parte, quali il calcolato silenzio serbato relativamente a circostanze rilevanti, la mancata dolosa rivelazione di informazioni essenziali, con speciale riguardo alla categoria di contratti con originalità – almeno per il *common law* inglese – appellati “*relational*” come tributo alla loro intrinseca natura fiduciaria. La svolta concettuale impressa da Lord Leggatt ha comportato la redazione di un importante codicillo che la completa, donandole una anche maggior perspicuità: si dice, infatti, che il dovere comportamentale commisurabile al parametro della buona fede imposto alle parti contrattuali va ragguagliato al comune programma negoziale, cui non è, pertanto, consentito attentare adibendo la via obliqua di condotte arbitrarie, capricciose, irragionevoli, in una parola irrazionali.

In questa sede è necessariamente postulato un doveroso tributo all'aria nuova che si respira e circonda la *good faith*, finalmente affrancata dalle strettoie dell'egoismo contrattuale, che l'avevano relegata all'angolo, e liberata verso un orizzonte prossimo ai valori della leale collaborazione anche nella sfera delle relazioni interindividuali: così, peraltro, raggiungendo un altro commendevole traguardo, quello dell'ingegnerizzazione di nuovi tramiti di collegamento tra *common law* e *civil law*, di sicuro foriera di stabilità e prevedibilità nei traffici internazionali.

La nota dolente, ma non tanto da dover provocare sentimenti di sfiducia nell'affermazione di un moderno progetto di ripensamento dello strumento contrattuale in chiave di reciproco rispetto tra le parti, che va trascritta in questa sede è data dalla pronuncia adottata dalla *Court of Appeal* nel 2016 (*annus horribilis*, come prima detto) nel caso *MSC Mediterranean Shipping Company v. Cottonex Anstalt*²¹. Particolarmente acuminati e polemici sono stati gli acu-

¹⁹ G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv.dir.civ.*, 1984, p. 709 ss., ed in particolare, p. 721 ss.

²⁰ “*English law has not committed itself to the overriding principle that in making and carrying out contracts parties should act in good faith: it has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of fairness*”.

²¹ [2016] EWCA Civ 789.

lei gettati nella propria opinione, ed evidentemente scagliati alla volta di Lord Leggatt (non ancora asceso alla *Supreme Court*: il che può fornire un'eloquente spiegazione della durezza verbale) dal Giudice Moore Bick, cui si sono associati gli altri due componenti il Collegio, nella propria opinione. Questi, infatti, non ha esitato ad additare i pericoli insiti nel riconoscimento di un principio generale di buona fede che, ove invocato, potrebbe alternativamente essere utilizzato dalle parti con l'obiettivo di indebolire l'impianto contrattuale o di proporre un'interpretazione corriva per piegarlo ai propri interessi. Pericoli definiti non dissimili da quelli generati da una concezione troppo liberale (e qui il riferimento critico alla posizione di Lord Leggatt è trasparente) dell'ermeneutica contrattuale condotta all'insegna dell'integrazione del contenuto delle clausole che sarebbe stata severamente respinta dalla *Supreme Court* nel caso *Arnold v Britton* del 2015²², che però registrò una fiera opinione dissenziente di Lord Carnwath²³.

Anche la recentissima, già citata, sentenza della *Supreme Court* (in una composizione che non comprendeva Lord Leggatt) nel caso *Pakistan International Corporation v Times Travel*²⁴ non lascia trasparire sostanziali modifiche della posizione appena riportata della *Court of Appeal* nel 2016. Tuttavia, un non trascurabile spiraglio non va ignorato nell'opinione di Lord Burrows, l'unico dei Giudici supremi di accreditatissima provenienza accademica. Egli, infatti, pur dichiarando di temere l'ingresso nel *law of contract* di un principio di buona fede ancorato al criterio dell'accettabilità nel mondo del commercio o della irragionevolezza delle condotte delle parti, ha ritenuto che le circostanze del caso concreto, di fronte alle quali era stata prospettata la possibile fruizione del canone di cui si discute, potessero trovare un'adeguata e soddisfacente risposta mediante l'applicazione delle regole proprie di altro istituto (quello della violenza economica o "*economic duress*") quale efficace antidoto alla lamentata condotta prevaricatrice di una delle parti, così in pratica riproponendo il brillante metodo argomentativo di Lord Bingham che pone al centro della scena il bisogno di non lasciare prive di tutela rimediabile le posizioni delle parti reputate meritevoli. Non sembra ininfluyente rispetto a questo modo di argomentare la provenienza accademica di Lord Burrows che può aver positivamente contribuito a non tener fede a consolidati stereotipi giurisprudenziali.

²² [2015] UKSC 36.

²³ Queste le parole del Giudice Moore Bick: "*There is a real danger that if a principle of good faith were established it would be invoked as often to undermine as to support the terms in which the parties have reached agreement*".

²⁴ [2021] UKSC 40.

4. Brevi considerazioni conclusive e riassuntive

L'esposizione che precede indirizza verso un discreto numero di considerazioni a cerchi concentrici di differente diametro, dei quali si dà adesso in energica sintesi conto.

Va, innanzitutto, ribadita perché assodata e resistente nel tempo la configurazione del diritto contrattuale inglese come ruotante attorno ad un nucleo agevolmente percettibile di principii e regole di generale applicazione, solo derogabili o integrabili a cagione di situazioni di speciale e contingente natura, di estensione tale, comunque, da non dar vita ad un autonomo corpo normativo o giurisprudenziale. Da qui sorge l'opportuno mantenimento di una declinazione al singolare della branca del diritto privato inglese in questione, cui va accreditato uno statuto ben strutturato e di sicura e vasta applicazione che non richiede la parallela formazione di uno "*special law of contract(s)*". Destino, questo, che diversifica in maniera sensibile la disciplina del *contract* da quella, pluralistica e differenziata, dei *torts* e del loro apparato dogmatico e pratico.

Del tutto rientrante nei confini tematici dei principi generali del *law of contract* inglese risulta, pertanto, l'indagine vertente sulla plausibilità dell'idea di ricondurvi una nozione, quale quella di buona fede, che reca l'indelebile marchio della risalenza storica agli ordinamenti di matrice romanistica. Sostanzialmente univoci sono i risultati, conseguiti anche sulla piattaforma della frequenza statistica, della ricerca, riassumibili nella trita proposizione ricavabile dal *common law* latamente inteso che stentoreamente rigetta l'esistenza di un generale principio di buona fede ascrivibile al *law of contract*. Di eguale, ripetitiva regolarità appaiono le ragioni addotte per giustificare quella che a buon titolo, desumibile dalla comparazione con gli ordinamenti di *civil law* europeo, può definirsi una posizione eccentrica. Se si volesse approdare ad una formula risolutiva ben si presterebbe quella che si impernia sulla strenua difesa che l'ordinamento inglese intende spendere, a causa della reiezione del "*good faith principle*", al più augusto degli architravi del *contract*, quello che ne preserva la "*sanctity*", nella accreditata accezione di santuario dell'autonomia negoziale privata inviolabile da incursioni esterne che siano intese ad una destrutturazione o anche ad una ristrutturazione indebita del suo contenuto. E tra i fattori potenzialmente nocivi per la tenuta del fortilizio viene costantemente annoverata la buona fede, cui viene conferito il temibile attributo della rimodellabilità in senso imprevedibile ed imponderabile del suo tessuto testuale. Corredano questa generica fobia ragioni minori ed ancillari, seppur dissimulate come di pari forza, rappresentate quali ulteriori baluardi per la salvaguardia dell'intangibile volontà delle parti. Questa sarebbe messa a repentaglio dalla vacuità delle implicazioni che potrebbero trarre origine dall'affermazione del canone della buona fede. Su questa linea da oltre

un secolo e mezzo la giurisprudenza inglese, che ha potentemente condizionato buona parte del pensiero dottrinario, dimentica dei contrari precedenti dell'ultimo quartile del 1700, si è attestata in modo intransigente e chiuso.

Tuttavia, crescenti raggi solari, favoriti dall'influsso dell'"*exemplum*" europeo vanno vantaggiosamente infiltrandosi nelle maglie finora ritenute impenetrabili dell'ostinato rifiuto di asilo alla osteggiata esule dal "*legal discourse*" inglese. La potenza di questa luce non va calcolata nel breve periodo – come senza riserve ammettono gli stessi fautori di questo processo rinnovatore – ma va auspicabilmente proiettata nel futuro in ragione della persuasività degli argomenti che la suffragano. Questi si distinguono non solo per la loro naturale inerenza alla promozione della dimensione extra-individuale del mezzo contrattuale e per la conseguente aderenza ad un progetto negoziale attento alla protezione di valori di fatto racchiusi nel corpo vivo della costituzione materiale inglese. Tali argomenti possiedono un pregio ancor più avvolgente ed edificante, tanto più apprezzabile nell'amaro tempo presente di disgregazione dell'unità istituzionale europea seguita alla fuoriuscita del Regno Unito dall'Unione Europe con conseguenze globali allo stato difficilmente computabili. Resta, infatti, tuttora spianata e percorribile la strada del ravvicinamento giuridico, che la graduale recezione del principio di buona fede contrattuale nel *common law* inglese (coraggiosamente avallata anche da esemplari figure di Giudici e dalle loro indimenticabili opinioni individuali) certamente renderebbe più pervia e luminosa: direzione ormai da tempo e con sicurezza imboccata dagli ordinamenti statunitense ed australiano che non mostrano affatto segni di ravvedimento, premendo, al contrario, molto insistentemente sul confratello inglese perché salutarmente li emuli²⁵. Ed i primi segni di cedimento dell'edificio tradizionale si possono, come visto, fiduciosamente cogliere.

²⁵ Si vedano, per il diritto statunitense, C. PERRY (*Good faith in English and US contract law: divergent theories, practical similarities*, in *Business Law International*, 2016, p. 27 ss.) e, per il diritto australiano, L. E. TRAKMAN, K. SHARMA (*The binding force of agreement to negotiate in good faith*, in *The Cambridge Law Journal*, 2014, p. 598 ss.).

Diritto contrattuale sotto assedio regolatore – Rinascita del diritto contrattuale? Standardizzazione, regolamentazione e consenso¹

SOMMARIO: 1. Contesto, tesi, argomentazione. – 2. Progettazione analitica. – 2.1. Diritto contrattuale contro pubblico, privato e co-regolamentazione. – 2.2. All'interno del privato, del pubblico e della co-regolamentazione. – 2.3. Modelli e fallimenti delle tecniche di regolamentazione. – 3. Regolamentazione del contratto contro il consenso. – 3.1. Regolamentazione privata, contrattualizzazione e consenso. – 3.2. Regolamentazione pubblica, diritto contrattuale regolatore e consenso. – 3.3. Co-regolamentazione, standardizzazione tecnica e consenso. – 4. Pensieri preliminari conclusivi.

1. Contesto, tesi, argomentazione

La regolamentazione e la standardizzazione sono concettualmente e logicamente dipendenti l'una dall'altra: senza regolamentazione non può esserci standardizzazione, e senza standardizzazione non può esserci regolamentazione. La regolamentazione, così come la standardizzazione, può assumere forme diverse. La regolamentazione può essere legalmente vincolante oppure no, e aver natura pubblica, privata o mista. Chiunque ne sia il responsabile, la regolamentazione è impensabile senza uno scopo particolare. La standardizzazione de-individualizza qualsiasi fenomeno sia sottoposto a standardizzazione – un prodotto, un servizio, il destinatario della standardizzazione, la sostanza o la procedura, persino una tecnologia. Il contratto è un *Giano*: i contratti possono essere soggetti alla standardizzazione, di solito attraverso termini standard, o essere soggetti a negoziazioni individuali che terminano in regole costruite su misura per le par-

¹ Translated from H.-W. Micklitz, *Contract Law under Regulatory Siege – Revival of Contract Law?: Standardisation, Regulation and Consent*, in: St. Grundmann/ M. Grochowski (eds.), *European Contract Law and the Creation of Norms*, Intersentia, 2021, 199-225, with the permission of Intersentia and the general editor of the series Stefan Grundmann, done with deep and corrected by Rebecca Ravalli, Postdoc at the University of Bologna.

ti. I contratti sono legati a uno scopo regolatore, che differisce a seconda che il contratto sia standardizzato o individualizzato. Lo scopo può essere privato, pubblico o misto privato/pubblico.

La mia prospettiva è una prospettiva transnazionale europea. Il diritto contrattuale è sotto assedio regolamentare, ma la domanda è: cosa rimane del consenso come base del diritto contrattuale? L'“elefante nella stanza” è la questione dell'interesse pubblico contro l'interesse privato.² Chi è più adatto a promuovere gli interessi pubblici attraverso il contratto – il regolatore pubblico che restringe la libertà delle parti contraenti attraverso standard obbligatori, o il regolatore privato, nonostante il suo interesse personale nei contratti che si suppone trascuri gli interessi pubblici? O è necessario l'impegno sia del pubblico che del privato? L'assunzione standard sembra essere che il regolatore pubblico sia più adatto a promuovere gli interessi pubblici, essendo equiparato all'ideale dello stato nazionale democratico occidentale. Nel diritto privato oltre lo stato nazionale non esiste una regolamentazione democratica. Ciò che rimane è l'extraterritorialità o l'estensione esterna della regolamentazione pubblica nazionale.³ L'ombrello intellettuale è il diritto e la teoria del diritto transnazionale. Tuttavia, ci sono crepe superficiali e sotterranee nelle retoriche consolidate. Si dubita della saggezza del regolatore pubblico, non solo per quanto riguarda la fattibilità del raggiungimento dell'interesse pubblico attraverso la regolamentazione del contratto, ma anche, e molto più profondamente, per le implicazioni politiche ed economiche che risultano dalla strumentalizzazione e funzionalizzazione del diritto contrattuale.⁴ Se il contratto può essere strumentalizzato e funzionalizzato per gli interessi pubblici, allora il contratto può essere utilizzato anche per qualsiasi altro scopo politico, sia “buono” che “cattivo”. Di pari passo a una crescente sfiducia nella regolamentazione pubblica in nome degli interessi ‘pubblici’, si accompagna un movimento nella pratica e nella teoria giuridica volto a sottolineare non solo l'autonomia ma anche la responsabilità delle parti private nella negoziazione e nella conclusione dei contratti.⁵ In tale prospettiva, il contratto non si concretizza solo

² Per un primo resoconto B.A. WEISBROD, J.F. HANDLER e N.K. KOMESAR, *Public Interest Law. An Economic Institutional Analysis*, University of California Press, Berkeley 1978.

³ J. SCOTT, “Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law” (2014) 62 *American Journal of Comparative Law* 87.

⁴ P. KJAER (a cura di), *The Law of Political Economy: Transformations in the Function of Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2020.

⁵ H. DAGAN, “Between Regulatory and Autonomy-Based Private Law” (2016) 22 *European Law Journal* 644; H. DAGAN and M. HELLER, *The Choice Theory of Contracts*, Cambridge University Press, Cambridge/New York 2017.

per salvaguardare l'autonomia delle parti private. Le singole parti hanno una responsabilità interpersonale più profonda, che viene intesa come parte integrante dell'esercizio dell'autonomia. Questo tipo di pensiero giuridico apre la via alla possibilità di andare oltre la responsabilità interpersonale, tenendo conto almeno degli interessi dei terzi.

La legittimità e l'effetto vincolante di un contratto si basa sull'idea del mutuo consenso di due parti individuali e autonome. Esse si impegnano volontariamente in negoziazioni che idealmente finiscono in un accordo che soddisfa gli interessi delle parti in questione. Lo scopo del contratto è quello che le parti hanno concordato. La teoria del diritto privato considera tali contratti negoziati come "giusti" – il risultato è la giustizia contrattuale.⁶ Tale comprensione accomuna tutti gli ordinamenti di diritto privato del mondo. Tuttavia, sussiste una ben nota sfasatura tra l'idea di consenso e la funzionalizzazione e strumentalizzazione del contratto attraverso la regolamentazione privata e pubblica,⁷ dove l'idea di mutuo consenso e di negoziazione tra due parti a livello visivo rischia di trasformarsi in 'ideologia del consenso'. Il contratto è ridotto alla sua forma esteriore; il consenso non è più legato alla negoziazione individuale, ma all'approvazione formale di un modello contrattuale standardizzato.

L'annoso dibattito sulle clausole standard⁸ serve come sfondo teorico e concettuale per strutturare tre forme più recenti in cui la standardizzazione e la regolamentazione si intrecciano con il contratto: la regolamentazione privata transnazionale, la regolamentazione contrattuale dell'Unione Europea, e la co-regolamentazione, una combinazione di regolamentazione pubblica vincolante e privata non vincolante. Ultimamente, due particolari manifestazioni della regolamentazione dei contratti hanno attirato l'attenzione su di sé: in primo luogo,

⁶ S. GRUNDMANN, 'Negotiation, the Function of Contract and the "Justice of Consensus"' in S. GRUNDMANN, H.-W. MICKLITZ e M. RENNER, *New Private Law Theory: A Pluralist Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, di prossima pubblicazione 2020.

⁷ Per quanto riguarda la regolamentazione transnazionale, F. CAFAGGI, 'Rethinking Private Regulation in the European Regulatory Space' in F. CAFAGGI (ed.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2006, pp. 3-75; F. CAFAGGI, 'New Foundations of Transnational Private Regulation' (2011) 38 *Journal of Law and Society* 20-49. Per quanto riguarda la regolamentazione nazionale ed europea, si veda H. COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford University Press, Oxford/New York 1999.

⁸ La letteratura sui termini standard è vasta. Alcuni dei classici sono, in ordine cronologico: L. RAISER, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hanseat. Verl. Anst., Hamburg 1935; F. KESSLER, "Contracts of Adhesion. Some Thoughts about Freedom of Contract" (1943) 43 *Columbia Law Review* 629; H. - J. PELUG, *Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, C. H. Beck, Munich 1986; H. COLLINS, sopra n. 6.

l'uso di contratti e codici di condotta nell'esecuzione di transazioni economiche transnazionali,⁹ in particolare attraverso catene di valore e di fornitura globali;¹⁰ e in secondo luogo, l'uso del diritto contrattuale per il completamento dei mercati regionali, con l'UE in prima linea in quello che ho coniato come diritto privato europeo regolatore.¹¹ Il primo può essere associato alla regolamentazione privata transnazionale, il secondo alla regolamentazione pubblica oltre lo stato nazionale.¹² Ciò che è molto meno alla ribalta è una terza forma di regolamentazione dei contratti attraverso una combinazione di regolamentazione pubblica e privata.¹³ Nella co-regolamentazione, il regolatore pubblico stabilisce una cornice che viene riempita e resa operativa dalla regolamentazione privata. Mentre la co-regolamentazione è in teoria aperta a essere utilizzata per la regolamentazione dei contratti, nella pratica è pienamente operativa solo nel campo degli standard tecnici.¹⁴ Si dovrà dimostrare che gli standard tecnici devono essere intesi come una terza forma di regolamentazione dei contratti. La strumentalizzazione e la funzionalizzazione degli standard tecnici per la regolamentazione dei contratti è meno visibile e meno conosciuta, ma sembra destinata a diventare uno strumento efficiente ed efficace di "regolamentazione dei contratti senza contratto".

Questo capitolo propone due tesi. In primo luogo, che è necessario un quadro analitico comune per comprendere meglio la logica e l'interazione tra i tre modelli di regolamentazione. Tale tesi è avanzata sotto il titolo "progettazione analitica" per rendere visibile e comprensibile l'"assedio regolatore" del diritto contrattuale. La seconda tesi è dedicata alle specificità dei tre modelli di regolazione e al modo in cui il consenso nel diritto privato tradizionale viene mantenu-

⁹ Molto utile per strutturare i diversi filoni di studi accademici: T.C. HALLIDAY e G. SHAFFER, *Transnational Legal Orders*, Cambridge University Press, Cambridge 2015.

¹⁰ J. SALMINEN e M. RAJAVUORI, 'Transnational sustainability laws and the regulation of global value chains: Comparison and framework for analysis' (2019) 26 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 602; K.H. ELLER, 'Private governance of global value chains from within: lessons from and for transnational law' (2017) 8 *Transnational Legal Theory* 296.

¹¹ G. COMPARATO, H.-W. MICKLITZ e Y. SVETIEV, 'The Regulatory Character of European Private Law' in C. TWIGG-FLESNER (ed.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Edward Elgar, Cheltenham 2016, pp. 35-67.

¹² R. MICHAELS e N. JANSEN, 'Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization' (2006) 54 *American Journal of Comparative Law* 843.

¹³ H. SCHEPEL, *The Constitution of Private Governance*, Hart Publishing, Oxford 2005.

¹⁴ H. SCHEPEL e J. FALKE, *Legal Aspects of Standardisation in the Member States of the EC and EFTA*, Volume 1: *Comparative Report*, Volume 2: *Country Reports*, Volume 3: *Rechtliche Aspekte der Normung in den EG-Mitgliedstaaten und der EFTA*, Ufficio delle pubblicazioni delle Comunità europee, Lussemburgo 2000.

to, difeso o rivitalizzato. Il capitolo si conclude con una prospettiva preliminare delle possibili conseguenze.

2. Progettazione analitica

Affrontare le tre forme di regolamentazione rispetto all'uso funzionale e strumentale dei contratti richiede un chiarimento del quadro analitico, in termini di interazione tra i tre tipi di regolamentazione – privata, pubblica e co-regolamentazione – e l'impatto sulla cornice normativa in cui il contratto individuale è inserito e il ruolo e la funzione del consenso all'interno del contratto individuale. In primo luogo, ci sono vari modi di distinguere i due livelli: quello europeo sembra differenziare tra la pratica contrattuale (il livello regolatore) e il diritto contrattuale (il livello individuale); il modo americano tra l'ordinamento privato (il livello regolatore) e il diritto contrattuale (il livello individuale). La mia preferenza va alla terminologia europea. La seconda caratteristica riguarda la forma e il contenuto dell'ordinamento privato, pubblico e della co-regolamentazione, in modo da stabilire i parametri per il confronto tra i tre. Il terzo elemento ha lo scopo di preparare il terreno per le conclusioni più teoriche e concettuali, mettendo in evidenza le varie forme di fallimento della regolamentazione privata e pubblica e l'evoluzione verso la standardizzazione tecnica.

2.1. Diritto contrattuale contro pubblico, privato e co-regolamentazione

La distinzione tra la standardizzazione attraverso la regolamentazione e il consenso attraverso la negoziazione è costruita attraverso le lenti della legge e della teoria delle clausole standard. Esso è il modello teorico, o nel linguaggio odierno l'immaginario, che serve da modello rispetto al quale si analizzano i tre tipi di regolamentazione. Ogni strumentalizzazione e funzionalizzazione sovrappone uno strato regolatore al contratto individuale delle parti, dominato dal diritto contrattuale. Questo strato aggiuntivo inquadra le condizioni sotto e nelle quali operano le parti private. Lo strato è più visibile nella regolamentazione privata quando le organizzazioni imprenditoriali sono coinvolte nella redazione del contratto, a vantaggio dei soggetti del settore o anche in coordinamento con altri settori imprenditoriali.¹⁵ Il diritto contrattuale dell'accordo individuale deve far fronte al passaggio dalla logica del "prendere o lasciare" alla più sostanziale rinegoziazione e all'adattamento alla particolare logica di business dei rispettivi

¹⁵ H.-W. MICKLITZ, *Der Reparaturvertrag*, München: Schweitzer, 1984 sulla doppia collettivizzazione dei termini standard nel settore dei servizi.

settori economici. Si pensi alla costruzione di una catena di fornitura globale attraverso il contratto. La pratica contrattuale ha un effetto quasi ‘vincolante’ su tutti coloro che operano nel rispettivo settore. La pratica contrattuale può essere stabilita istituzionalmente e proceduralmente o può derivare da una decisione ad hoc del settore o dei settori economici di impegnarsi nella creazione di un modello settoriale o aziendale.

La pratica contrattuale appare diversa quando la regolamentazione dei contratti è parte integrante della regolamentazione pubblica. Nel diritto privato al di là dello Stato nazionale, gli Stati nazionali si riuniscono per concludere convenzioni multilaterali o accordi bilaterali che si basano sull’esistenza del contratto. Non va sottovalutato il commercio transfrontaliero senza diritto contrattuale. Il GATT, poi il WTO, l’Unione Economica Europea, il Mercosur e il NAFTA mirano tutti alla creazione di un mercato – che sia un mercato mondiale o un mercato regionale – di solito senza nemmeno menzionare il diritto privato e il diritto contrattuale. Il diritto commerciale dipende interamente dal ruolo e dalla funzione degli ordini nazionali di diritto contrattuale e dal diritto privato internazionale per il coordinamento della giurisdizione e della legge applicabile. Con l’eccezione dell’UE e in parte del Mercosur, gli accordi internazionali e sovranazionali non interferiscono direttamente con il diritto contrattuale attraverso la regolamentazione.

Lo Stato nazionale – il regolatore pubblico statutario – ha la responsabilità di sviluppare un diritto commerciale che non solo serva lo scopo regolatore generale della costruzione del mercato, ma che fornisca anche un quadro giuridico che equilibri la regolamentazione pubblica e il diritto contrattuale. In questo quadro si colloca la prospettiva e potenziale esistenza di una costituzione economica regionale o addirittura internazionale.¹⁶ Le convenzioni multilaterali globali e regionali lasciano ai loro membri il compito di impegnarsi nella regolamentazione dell’interesse pubblico e di dimostrare il loro impegno non solo verso la logica dell’integrazione del mercato ma verso obiettivi politici al di là del mercato. Il diritto commerciale e il diritto contrattuale sono visti come campi giuridici correlati ma scollegati l’uno dall’altro. La trasformazione dell’ordine economico in catene globali di fornitura rompe i confini tra i due campi del diritto, attraverso la contrattualizzazione, e permette di ripensare la loro relazione e le responsabilità delle parti private.¹⁷ La co-regolamentazione, intesa come regolamentazione

¹⁶ Questa è la sede per la vasta letteratura sulla Costituzione economica europea e sulla Costituzione economica internazionale. Per una discussione generale, si veda H.-W. MICKLITZ, ‘Multi-Level Governance and Economic Constitution’ in S. GRUNDMANN, H.-W. MICKLITZ e M. RENNER, sopra n. 5.

¹⁷ R. RAVALLI, “Contract and communication in GVCs: a new role for consumer protection”, di prossima pubblicazione ECRL.

degli standard tecnici, si trova all'interfaccia tra la pratica contrattuale e il diritto contrattuale. Gli standard tecnici possono essere strumentalizzati per tutti i tipi di scopi – per standardizzare prodotti o servizi, per regolare un mercato o un settore dell'economia, o per tagliare trasversalmente settori e mercati attraverso regole procedurali. Allo stesso tempo, gli standard tecnici potrebbero essere intesi come pratica contrattuale.

Tutte e tre le forme di regolamentazione si basano sul diritto contrattuale, sul consenso, che integra la pratica contrattuale. Il diritto contrattuale è la linfa vitale delle economie di mercato – non il contratto regolato, ma il contratto negoziato individualmente e autonomamente. Se la regolamentazione pubblica interferisce direttamente con i contratti attraverso norme obbligatorie, il consenso delle parti nel diritto contrattuale è parzialmente sostituito dalla regolamentazione. Il risultato è il contratto regolamentato. La co-regolamentazione distingue nettamente tra lo sviluppo di norme tecniche come parte integrante della pratica contrattuale e l'inserimento di norme tecniche nei contratti attraverso il consenso. La prima riguarda le pratiche contrattuali, la seconda il diritto contrattuale. Se la regolamentazione pubblica associa la liceità del contratto al rispetto di standard tecnici privati, i requisiti di diritto pubblico e la regolamentazione privata sono formalmente interconnessi. Il meccanismo giuridico è la difettosità presunta o la non conformità presunta dei prodotti in caso di non rispetto delle norme tecniche. Al di là della portata piuttosto limitata del diritto privato regolatore, la pratica contrattuale e il diritto contrattuale consensuale si affiancano. Rimane ai tribunali e agli organi extragiudiziali il compito di occuparsi delle interrelazioni tra il privato, il pubblico e la co-regolamentazione e il contratto. L'immaginario delle clausole standard evidenzia la posta in gioco. La pratica contrattuale, le condizioni standard o anche i codici di condotta possono essere sottoposti a una sorta di revisione ex-post da parte del potere giudiziario. L'impatto della regolamentazione dei contratti pubblici può essere testato contro i requisiti costituzionali. Questo accade nelle controversie davanti all'organo di appello del WTO e davanti alla Corte di giustizia europea in Lussemburgo, quando le parti private invocano le libertà di mercato contro la regolamentazione pubblica nazionale.¹⁸

La regolamentazione specifica del contratto apre la strada alla revisione giudiziaria. La legislazione sulle clausole abusive potrebbe servire da modello. Molti stati nel mondo hanno introdotto la possibilità di sottoporre le clausole standard al controllo giudiziario ex post *in abstracto* senza toccare il diritto contrattuale. La co-regolamentazione – l'interazione tra la regolamentazione pubblica e la pratica

¹⁸ H.-W. MICKLITZ e C. SIEBURGH (eds.), *Primary EU Law and Private Law Concepts*, Intersentia, Cambridge/Anversa 2017; nessun equivalente per WTO e GATT.

contrattuale – può essere sottoposta al controllo costituzionale. A tal riguardo i tribunali sono chiamati a esaminare la giuridicità della divisione tra requisiti di diritto pubblico e regolamentazione privata delegata.¹⁹ Gli stessi standard tecnici, tuttavia, non sono generalmente sottoposti a un controllo giudiziario simile a quello delle clausole standard, anche se i recenti sviluppi indicano una certa tendenza in tal senso. Se gli standard tecnici sono formalmente integrati nel contratto attraverso un accordo consensuale esplicito, il controllo giudiziario si scontra con la tecnicità propria di tali standard. Lo schema seguente ha lo scopo di facilitare la comprensione e la valutazione di quanto segue. I dettagli saranno discussi in seguito.

	Regolamento privato	Regolamento pubblico	Co-regolamentazione
Pratica contrattuale e responsabilità	Termini standard codici di condotta	Convenzioni commerciali e diritto contrattuale regolatore	Requisiti di diritto pubblico + regolamentazione privata
Diritto contrattuale, consenso e autonomia	Inserimento tramite consenso formale Negoziazione	Annulla il consenso Ripristino ex post dell'autonomia	Inserimento tramite consenso esplicito Standard oggettivo di conformità
Interazione	Riesame (extra) giudiziario ex post	Revisione costituzionale ex post e revisione giudiziaria ex post	Partecipazione ex ante ma controllo giudiziario ex post assente o limitato

2.2. all'interno del privato, del pubblico e della co-regolamentazione

La distinzione tra le tre forme di regolamentazione e la loro relazione con gli effetti di inquadramento per il diritto contrattuale suscitati dalla pratica contrattuale fornisce una sorta di macro-fermoimmagine. Viceversa, uno sguardo nel mondo interno dei tre modelli di regolamentazione fornisce il micro-fermoimmagine. Le categorie analitiche sono derivate dal diritto e dalla teoria transnazionale e dai termini standard.

La regolamentazione con e attraverso i contratti implica necessariamente un cambiamento di prospettiva rispetto all'idea di consenso del diritto contrattuale tradizionale. La regolamentazione non è mai sviluppata "a vuoto"; è sempre sostenuta dal perseguimento di uno *scopo* particolare. Per i termini standard

¹⁹ T. TRIDIMAS, "Community Agencies, Competition Law and ECSB Initiatives" [2009] *Yearbook of European Law* 216.

tale scopo è storicamente individuato nella razionalizzazione, che nel linguaggio odierno è associato al vantaggio in termini di efficienza economica della regolamentazione dei contratti attraverso la standardizzazione dei modi in cui le relazioni private sono modellate. Il contratto cambia quindi la sua *forma*, da termini negoziati individualmente a termini standardizzati. La razionalizzazione richiede l'elaborazione di norme contrattuali che rendano giustizia all'ascesa della produzione e del consumo di massa nel 20esimo secolo. La *funzione* è diversa a seconda dell'attore che veste i panni del regolatore, che può essere un'entità commerciale collettiva o un'impresa singola. Se i termini standard sono destinati a coprire un settore d'affari o un particolare tipo di beni e servizi, il regolatore potrebbe essere un'organizzazione di settore, ma potrebbe anche essere un'azienda individuale che prende l'iniziativa nel suo settore di attività. Il dibattito sulla governance ha aggiunto un nuovo livello analitico alla regolamentazione privata. Si riallaccia a un dibattito centenario sulla dimensione istituzionale del diritto privato e della regolamentazione privata.²⁰ *La governance* apre la porta sul modo in cui le regole sono generate, da chi e con quale procedura. La partecipazione delle organizzazioni non governative che pretendono di o sono chiamate a rappresentare l'interesse pubblico è alla ribalta dell'architettura istituzionale, dei suoi doveri di responsabilità, della sua trasparenza e della sua legittimità.²¹ La maggior parte del dibattito più concettuale e teorico ruota intorno allo status dei termini standard, circa la possibilità che i termini standard possano essere considerati come "legge", e in tal caso, da dove possa derivare la legittimità del "diritto" prodotto così privatamente e se i termini standard debbano essere accessibili dal pubblico gratuitamente. La risposta principale a questi quesiti sembra essere che, non essendole clausole standard 'legge', eseguiscono legittimità solo attraverso la loro integrazione nel contratto attraverso il consenso dell'altra parte.

Il quadro analitico derivato può essere utilizzato per tutti i tipi di regolamentazione privata, sia attraverso termini standard che attraverso codici di condotta. La regolamentazione pubblica deve attuare l'interesse comune²² dei popoli; la co-re-

²⁰ Vedi O. GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Vortrag gehalten am 5. April 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien*, Springer, Berlin 1889, traduzione inglese di E. MCGAUGHEY, 'The Social Role of Private Law' (2018) 19(4) *German Law Journal* 1017; ma anche S. GRUNDMANN, 'Institutional Economics', in S. Grundmann, H.-W. Micklitz, Moritz Renner fn. 5 nonché S. GRUNDMANN, F. MÖSLEIN e K. RIESENHUBER (eds.), *Contract Governance. Dimensions in Law and Interdisciplinary Research*, Oxford University Press, Oxford 2015.

²¹ B. KINGSBURY, N. KRISCH e R.B. STEWART, "L'émergence du droit administratif global" [2013] *Revue internationale de droit économique* 37.

²² D. KELEMEN, *Eurolegalism. The Transformation of Law and Regulation in the European Union*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2011; H.-W. MICKLITZ, 'The Interest in Public Interest Litigation' in H.-W.

golamentazione cerca di combinare la razionalizzazione della logica privata con la realizzazione degli interessi pubblici. Tutti e tre sono uniti nella trasformazione formale verso la standardizzazione. La regolamentazione dei contratti pubblici si rivolge alle entità collettive, all'insieme delle imprese e delle persone che si ritiene abbiano bisogno di un intervento regolatore. La co-regolamentazione, sopra e attraverso le norme tecniche, si concentra sull'elaborazione di specifiche tecniche non per una particolare impresa, ma per un intero settore economico o un particolare gruppo di prodotti o servizi. Le garanzie istituzionali per la rappresentazione dell'interesse pubblico sono tradizionalmente deboli nella regolamentazione privata, forti nella regolamentazione pubblica e previste nella co-regolamentazione. La regolamentazione privata non è equiparata al diritto. La pratica sociale potrebbe trasformarsi in legge attraverso una decisione giudiziale, ma tale valutazione è soggetta a controversie.²³ La co-regolamentazione si divide in requisiti di diritto pubblico vincolanti e standard tecnici non vincolanti. Questo non significa che gli standard non vincolanti non abbiano implicazioni giuridiche. In generale, si presume che il rispetto degli standard sia conforme alle norme giuridiche, salvo prova contraria.

	Regolamentazione privato	Regolamentazione pubblico	Co-regolamentazione
Scopo Affari e politica pubblica	Razionalizzazione Interesse pubblico	Interesse comune	Razionalizzazione Interesse pubblico
Modulo Standardizzazione	Termini standard Codici di condotta	Entità collettive	Norme tecniche Specificazioni tecniche
Funzione Azienda e settore	Termini standard settoriali Termini dell'azienda	Leggi generali e leggi speciali	Norme tecniche settoriali Standard specifici del prodotto o del servizio
Struttura Governance	Enti privati Partecipazione di organizzazioni non governative	Istituzioni democratiche	Organismi di standardizzazione Partecipazione istituzionale
Stato Diritto – non diritto	Non legge	Legge	Legge presunta

MICKLITZ e N. REICH, *Public Interest Litigation before European Courts*, Volume 2, VIEW Schriftenreihe (serie di libri dell'Institut für Europäisches Wirtschafts – und Verbraucherrecht), 1996, pp. 21-38.

²³ G.-P. CALLISS e M. RENNER, 'Between Law and Social Norms: The Evolution of Global Governance' (2009) 22 *Ratio Juris* 260.

2.3. Modelli e fallimenti delle tecniche di regolamentazione

Le tre forme di regolamentazione sono fortemente accomunate dalla retorica del fallimento. I termini standard e gli standard tecnici rispecchiano l'economia e la politica della regolamentazione. Lo sviluppo di termini standard per i contratti di massa è inteso come espressione dell'autonomia delle parti e della libertà contrattuale. A partire dagli anni '20, i tribunali hanno iniziato a sottoporre le clausole standard al controllo giudiziario facendo riferimento ai principi generali del diritto contrattuale.²⁴ C'erano e ci sono ancora oggi notevoli differenze tra gli ordinamenti nazionali di diritto privato in tutto il mondo. Tuttavia, nel complesso i tribunali compensavano in una certa misura lo squilibrio di informazione, lo squilibrio di potere negoziale o semplicemente l'abuso di potere. Le biblioteche sono ricche di letteratura in materia. Israele fu il primo paese ad adottare una legislazione nel 1964, la Germania seguì nel 1976 e l'UE nel 1993. Negli Stati membri dell'Europa occidentale, la richiesta di un quadro legislativo andò di pari passo con l'ascesa del welfare state, mentre nell'UE l'adozione dell'Atto Unico Europeo autorizzava l'UE ad adottare misure legislative volte a completare il mercato interno con un volto sociale. Si sosteneva che il controllo giudiziario nelle controversie individuali non fosse sufficiente a ripulire il mercato dalle clausole contrattuali abusive. I dibattiti politici ruotarono intorno ai pro e ai contro dell'introduzione di una legislazione per rimediare ai fallimenti che risultavano dall'esercizio unilaterale dell'autonomia privata e della libertà di contratto a scapito della parte economica più debole, fosse essa un consumatore o una piccola o media impresa. Gli ultimi anni hanno rivelato una crescente preoccupazione per il fatto che l'esercizio del controllo giudiziario sulle condizioni standard sia economicamente efficiente e socialmente efficace.²⁵ La ricerca empirica guidata dall'analisi economica del diritto ed economia, dall'economia comportamentale e dalle scienze comportamentali evidenzia ogni sorta di carenze

²⁴ F.A. WIEACKER, *History of Private Law in Europe*, tradotto da T. Weir, Clarendon Press, Oxford 1995.

²⁵ F. GÓMEZ, J. GANUZA e M. ARTIGO, *Standard Contract Terms and Legal Controls: A Reconstruction from the Law and Economics Theory of Contract*, 2018, disponibile su <https://www.upf.edu/documents/6764143/93632110/13+SEPTEMBER+GOMEZ+GANUZA+ARTIGOT+STANDARD+TERMS+NET.pdf/7b4559fd-a197-a803-a038-68afaf40c0b0>; Y. BAKOS, F. MAROTTA-WURGLER and D.R. TROSSEN, 'Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard Form Contracts', New York University Law and Economics Research Paper No. 195, 2014; H. LUTH, *Behavioural Economics in Consumer Policy. The Economic Analysis of Standard Terms in Consumer Contracts Revisited*, Intersentia, Antwerp 2010); H. COLLINS (ed.), *Standard Contract Terms in Europe. A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2008).

che dimostrano la difficoltà di realizzare gli interessi pubblici attraverso la regolamentazione dei contratti regolamentati.²⁶

La regolamentazione delle clausole standard – il passaggio dall'autoregolamentazione e dalla revisione giudiziaria verso un quadro legislativo che distingue tra la possibilità di rivedere le clausole standard indipendentemente dalla loro adozione individuale e la revisione giudiziaria in corso nelle controversie individuali – non ha in alcun modo creato un precedente per altre forme più recenti di regolamentazione privata, con l'eccezione del regolamento UE sulle pratiche commerciali scorrette che colpiscono negativamente i fornitori di piccole e medie dimensioni nella catena alimentare globale.²⁷ Un possibile candidato per dare vita a una nuova forma di regolamentazione sarebbe stato l'aumento e la diffusione sempre più ampia dei codici di condotta in tutti i settori di attività come provadella responsabilità sociale delle imprese (RSI) e, oggi, della responsabilità digitale delle imprese. La RSI ha una lunga storia, che risale all'industrializzazione e all'emergere del movimento operaio nel 19esimo secolo. Tuttavia, anche dopo quasi 40 anni di dibattito, non si è ancora raggiunto un consenso sulla sua definizione. Nel 2001, l'UE ha definito la RSI come “un concetto attraverso il quale le aziende integrano le preoccupazioni sociali e ambientali nelle loro operazioni commerciali e nella loro interazione con le parti interessate su base volontaria”.²⁸ Gran parte del dibattito ruota intorno alla volontarietà e a ciò che questa implica con esattezza.

La regolamentazione privata governa anche la riorganizzazione del commercio internazionale lungo le linee delle catene globali del valore.²⁹ L'intensificazione della globalizzazione ha offerto nuove opportunità di impresafacilitate dal diritto privato e dalla regolamentazione privata al di là dello stato nazionale, ma ha anche comportato l'emergenza di nuove responsabilità per le imprese. Imprese, ONG e organizzazioni internazionali hanno utilizzato lo spazio che si è aperto per promuovere la RSI, anche se in modi molto diversi. L'OCSE e l'ONU hanno

²⁶ A.-L. SIBONY, 'Data and arguments: empirical research in consumer law' in H.-W. MICKLITZ, A.-L. SIBONY and F. Esposito (eds.), *Research Methods in Law and in Consumer Research*, Edward Elgar, Cheltenham 2018, pp. 165-216.

²⁷ Direttiva 2019/633/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 sulle pratiche commerciali sleali nelle relazioni tra imprese nella catena di approvvigionamento agricolo e alimentare [2019] GU L111/59; Cfr. M. DE LA CUESTA, 'SMEs in the (Food) Global Value Chain. A European Private Law Perspective', PhD, European University Institute 2020.

²⁸ Commissione europea, *Libro verde: Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, 18.07.2001, COM (2001) 366 def.

²⁹ R. BALDWIN, *The Great Convergence: Information Technology and the New Globalization*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2016.

utilizzato la RSI come un importante campo di azione politica attraverso lo sviluppo di linee guida (da parte dell'OCSE), il Global Compact delle Nazioni Unite e, più ambiziosamente, i 17 Obiettivi di Sviluppo Sostenibile delle Nazioni Unite. L'UE ha seguito la propria agenda. Dal 2018, la direttiva 2014/95/UE richiede alle grandi aziende di divulgare informazioni sul modo in cui operano e gestiscono le sfide sociali e ambientali. Tuttavia, questo obbligo di rendicontazione, anche se vincolante, è lontano anni luce dall'adozione di un quadro giuridico volto a introdurre un controllo sul contenuto del contratto. All'interno della dottrina si ha un intenso dibattito accademico sulla possibilità di far rispettare gli standard della RSI attraverso il diritto contrattuale dell'UE e la direttiva UE sulle pratiche commerciali scorrette.³⁰ Meno scenografici, ma non meno importanti, sono gli sforzi delle aziende che cercano di far rispettare gli standard della RSI usando il diritto contrattuale nelle catene di fornitura.³¹ In confronto al meccanismo di revisione completo dei termini standard, i tentativi di regolamentazione delle organizzazioni internazionali e sovranazionali di introdurre un quadro legislativo per la RSI sembra essere bloccato a metà strada. Nonostante il reporting sia stato reso obbligatorio, nessun meccanismo di esecuzione è stato previsto.

Per quanto riguarda la co-regolamentazione, si tratta di un approccio relativamente giovane, mentre la storia della standardizzazione risale all'Impero Romano. Nel contesto attuale, è sufficiente ricordare che la standardizzazione è andata di pari passo con l'industrializzazione nel 19esimo secolo e la società dei consumi nel 20esimo secolo. La standardizzazione è una forma di autoregolamentazione, molto simile nella sua forma e funzione alla creazione di termini standard. Il settore delle imprese ha creato degli organismi di standardizzazione; il settore pubblico – in particolare l'amministrazione nazionale – è diventato dipendente dall'esperienza delle imprese nel periodo d'oro dell'industrializzazione. Questo fu l'inizio di una complessa relazione tra affari economici e politica, che prese ritmo quando la standardizzazione andò ben oltre la misurazione e la valutazione, e cominciò a coinvolgere le politiche.³² L'uso diffuso dell'elettricità

³⁰ A. BECKERS, *Enforcing Corporate Codes: On Global Self-Regulation and National Private Law*, Hart Publishing, Oxford 2015; A. BECKERS, 'The regulation of market communication and market behaviour: Corporate social responsibility and the Directives on Unfair Commercial Practices and Unfair Contract Terms' (2017) 54 *Common Market Law Review (CMLR)* 475; A. BECKERS, 'Environmental Protection meets Consumer Sales The Influence of Environmental Market Communication on Consumer Contracts and Remedies' (2018) 14(2) *ECRL* 157.

³¹ F. CAFAGGI, 'The regulatory functions of transnational commercial contracts: new architectures' (2013) 36(6) *Fordham International Law Journal* 1557.

³² Di seguito C. JOERGES, J. FALKE, H.-W. MICKLITZ e G. BRÜGGEMEIER, 'European Product Safety, Internal Market Policy and the New Approach to Technical Harmonisation and Standards (Reissued)'

richiedeva una standardizzazione tecnica che tenesse conto della salute e della sicurezza dei lavoratori e degli utenti. Il punto di riferimento attorno al quale si è sviluppata la co-regolamentazione è stata la direttiva UE sulla bassa tensione, adottata nel 1974. Dopo che l'UE era riuscita a ridurre e ad abolire le dogane anche prima del previsto, le barriere non doganali al commercio – cioè le differenze negli standard tecnici nazionali – divennero così visibili. La risposta politica fu di adottare direttive europee che regolassero i dettagli tecnici dei prodotti e dei servizi. Questo approccio fallì miseramente, poiché la politica si perse nei dibattiti parlamentari sui dettagli tecnici. La direttiva sulla bassa tensione fu precorritrice del nuovo approccio alla regolamentazione, applicato agli standard tecnici e alla regolamentazione a partire dal 1985. Secondo il nuovo approccio, la regolamentazione pubblica si limita a stabilire requisiti legali vincolanti che sono concretizzati attraverso norme tecniche non vincolanti elaborate dai due organismi europei di standardizzazione, CEN e CENELEC. La conformità volontaria documentata da un certificato garantisce l'accesso al mercato interno. Il memorandum d'accordo tra la Commissione europea e gli organismi di standardizzazione stabilisce come debba funzionare la cooperazione tra il settore pubblico e quello privato. La logica dietro questa cooperazione è che la Commissione europea mantiene il diritto di incaricare l'elaborazione di norme tecniche in cambio di un contributo finanziario. Questo tipo di standard sono chiamati standard europei armonizzati. Le organizzazioni non governative sono state coinvolte, ma hanno ottenuto lo status formale di osservatori solo nel 1995. Il nuovo approccio ha dato impulso all'elaborazione di standard tecnici nell'UE, ma non solo nell'UE: la direttiva sulla bassa tensione e il nuovo approccio hanno influenzato l'elaborazione dell'accordo TBT del GATT e più tardi l'accordo SPS del WTO. In questo modo, la combinazione di una regolamentazione pubblica vincolante accoppiata a una regolamentazione privata non vincolante è diventata il modello mondiale per la fusione di politica ed economia anche al di là della regolamentazione di meri aspetti tecnici. Ma che dire dei contratti? E la relazione tra contratto e norme tecniche? Tornerò più tardi su questo argomento.

Ciò che rimane da chiarire è come operino i meccanismi di applicazione degli standard tecnici. In modo molto simile ai codici di condotta, il monitoraggio e il controllo della conformità sono rimessi nelle mani del settore aziendale stesso. L'autocertificazione o la certificazione di terzi sono i mezzi attraverso i quali il settore aziendale documenta la conformità a certi standard. La regolamentazione pubblica definisce quando la certificazione da parte di terzi è richiesta, così come

(2010) 6(2) *Hanse Law Review*, Special Issue, disponibile su <http://hanselawreview.eu/wp-content/uploads/2016/08/HanseLRVol6No02.pdf>.

le condizioni per l'accreditamento degli organismi di certificazione. Per decenni, né la standardizzazione né la certificazione hanno raggiunto i tribunali. È interessante notare che tutti i casi che la CGUE ha dovuto decidere in questo settore hanno un background di diritto privato. *Fra. bo*³³ riguarda la responsabilità di un organismo di certificazione tedesco per il pagamento di un risarcimento per il presunto rilascio illegale di un certificato che aveva permesso l'accesso al mercato interno, *Elliott*³⁴ ha affrontato gli effetti giuridici che si producono in circostanze in cui materiali da costruzione difettosi non soddisfino gli standard tecnici concordati contrattualmente, e *Schmitt* è parte della saga PIP,³⁵ dove alcune donne hanno domandato il risarcimento del danno agli organismi di certificazione tedeschi per il mancato adeguato monitoraggio e controllo della produzione di protesi mammarie che si erano rivelate essere fatte di silicone industriale.

3. Regolamentazione del contratto contro il consenso

Il quadro analitico comune dimostra come la regolamentazione di e attraverso i contratti abbia dominato i dibattiti negli ultimi decenni. L'idea tradizionale di contratto è rimasta soprattutto afferita al regno degli ordinamenti nazionali di diritto privato, mentre i tre modelli di regolamentazione hanno raggiunto il diritto privato oltre lo stato nazionale. Nella seguente analisi, le tensioni tra i tre modelli di regolamentazione e l'idea di consenso nel diritto contrattuale tradizionale saranno messe in evidenza. Ciò richiede la formulazione di un inventario e di una critica dell'erudizione accademica, che ha seguito la corrente.

3.1. Regolamentazione privata, contrattualizzazione e consenso

La realtà economica odierna è caratterizzata dal ruolo crescente del 'contratto' e dei 'codici di condotta', in particolare quando si tratta di relazioni economiche transnazionali, per non parlare dell'organizzazione delle catene globali di produzione e approvvigionamento. Il fenomeno è stato definito come 'contrattualizzazione' delle relazioni economiche. Le entità non statutarie, le organizzazioni commerciali e le imprese multinazionali perseguono prima di tutto interessi commerciali, cioè la ricerca di relazioni contrattuali economicamente efficienti. Gli studiosi, da parte loro, sono molto concentrati sul grado in

³³ Il caso *Fra.bo* C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453 è diventato anche su un sito web che racconta la storia completa, <https://www.frabo.com/eng/frabo/the-frabo-case>.

³⁴ Causa C-613/14, *Elliott*, ECLI:EU:C:2016:821.

³⁵ Causa C-219/15, *Schmitt*, ECLI:EU:C:2017:128.

cui i regolatori privati, nella formazione delle loro relazioni contrattuali, stanno prendendo il sopravvento sugli interessi pubblici, sulla protezione dei lavoratori, dei consumatori e dell'ambiente, e sui diritti umani. Più la regolamentazione privata si mescola con gli interessi pubblici, più la regolamentazione contrattuale privata supera la linea di demarcazione tra pubblico e privato, avvicinandosi alla regolamentazione pubblica mediante regolamentazione nazionale, sovranazionale e internazionale.

Tuttavia, contrariamente alla legislazione e alle convenzioni sovranazionali e internazionali, la regolamentazione contrattuale privata non è di per sé accessibile al pubblico. Questo si verifica su due livelli: a livello di pratica contrattuale e a livello di diritto contrattuale. La possibilità di capire cosa stanno facendo i regolatori privati nei loro rispettivi campi di attività economica, che tipo di scopi regolatori stanno perseguendo e come i contratti sono modellati per soddisfare questo scopo generale, dipende dall'ottenere l'accesso alla relativa "comunità commerciale regolatrice". L'impossibilità di ottenere tale accesso implica l'impossibilità di ottenere informazioni sulla contrattualizzazione, su se e in che misura gli interessi di pubblica rilevanza siano presi in considerazione, censiti e monitorati, e su come sia il diritto contrattuale che segue la pratica contrattuale, verificando, per esempio, se i singoli contratti conclusi siano copiati dalla pratica contrattuale o se siano negoziati individualmente. In breve, tutto quello che sappiamo sulla regolamentazione privata è il risultato o della ricerca degli studiosi o di considerazioni teoriche e concettuali.

La quantità sempre crescente di "casistica" su particolari settori economici o fenomeni particolari testimonia la difficoltà di capire cosa implichi nella pratica la contrattualizzazione. In generale, sembra più facile analizzare la pratica contrattuale che avere accesso al diritto contrattuale lungo la catena di approvvigionamento, anche se il ricercatore riesce a ottenere l'accesso alla comunità imprenditoriale rilevante dal profilo regolatore. Gli studi della casistica hanno principalmente aiutato a creare una comprensione dello scopo regolatore, della forma, della funzione e della struttura di governance – in breve quello che io chiamo "la parte interna del privato, del pubblico e della co-regolamentazione" al di là dello stato nazionale. Questo tipo di conoscenza è piuttosto stabile, anche se le informazioni, raccolte in circostanze difficili e dopo lunghe ricerche, possono sembrare piuttosto inutili. Una certa informazione potrebbe essere già superata nel momento in cui viene raccolta, dato che i regolatori privati sono liberi di adattare costantemente la pratica contrattuale per aumentare l'efficienza economica e/o per migliorare o ridurre i requisiti di politica pubblica. Ciò che è vero per la pratica contrattuale è ancora più importante per la comprensione del diritto contrattuale nei casi individuali, specialmente il modo in cui le clausole standard o i codici dei

contratti sono riflessi, collegati e riprodotti nei rapporti individuali. Ciò che è poi necessario è l'accesso non solo al regolatore privato ma a tutti gli attori lungo la catena di fornitura globale, sia a monte che a valle. Questo esercizio è faticoso e quasi impossibile da portare a termine, almeno se l'aspettativa è quella di poter studiare i contratti così come vengono conclusi, la pratica contrattuale e il ruolo e la funzione del diritto contrattuale.³⁶

Ci sono due soluzioni: esaminare ancora più casistiche e/o confrontarsi con le teorie sul diritto transnazionale. Mentre la ricerca empirica sociale attraverso lo studio della casistica è sempre vivace e contribuisce alla trasformazione della conoscenza frammentaria sulle pratiche contrattuali in conoscenza di interi settori aziendali, le teorie sul diritto transnazionale sembrano bloccate in un'impasse.³⁷ Ciò che sembra essere empiricamente e teoricamente poco studiato nell'organizzazione delle relazioni economiche transnazionali è il ruolo e la funzione del consenso, cioè dell'idea tradizionale di contratto, in termini di grado in cui le parti commerciali a valle e a monte si accordano volontariamente, e di se e in che misura esista un margine di negoziazione tra l'impresa principale e le altre parti. Le somiglianze tra il dibattito sull'imposizione di termini standard alla parte economica più debole nelle relazioni B2B e B2C e l'organizzazione della catena di approvvigionamento da parte del regolatore privato per soddisfare particolari esigenze commerciali sono ovvie. Il discorso teorico sulla regolamentazione privata al di là dello stato nazionale che incorpora la politica pubblica si basa, implicitamente o esplicitamente, sull'esistenza di un regolatore privato forte e potente, capace di imporre regolamenti di politica pubblica a valle e a monte della filiera. Sembra esserci una sorta di simpatia implicita e sommersa con un "regolatore privato forte e buono", sia esso un'impresa collettiva o una singola società, spesso multinazionale, secondo un tipo di pensiero che si trova anche nel discorso sul ruolo e la funzione del regolatore pubblico – il "buono" stato sociale contro il "cattivo" stato neoliberale, la "buona" UE interventista contro la "cattiva" tendenza neoliberale, o più in

³⁶ Ci sono alcuni esempi oltre a L. BERNSTEIN, 'Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry' (1992) 21(1) *Journal of Legal Studies* 115; F. CAFAGGI e P. IAMICELI, 'Inter-firm Networks in the European Wine Industry', EUI LAW Working Paper 2010/19; riguardo alla dimensione metodologica che questo tipo di ricerca richiede, A. Beckers, 'From Corporate Personality to Corporate Governance: The Transformation of International Human Rights Protection in Corporate Governance Structures' in N. Bhuta and R. Vallejo (eds.), *Human Rights and Global Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2020, disponibile anche su <https://ssrn.com/abstract=3573755>.

³⁷ Per un tentativo di aprire una nuova strada, R. VALLEJO, 'After Governance: The Idea of a Private Administrative Law' in P. KJAER (ed.), sopra n. 3, pp. 320-47.

generale nella distinzione di Hall/Soskice tra economie di mercato coordinate ed economie liberali, anche se i due affermano di non prendere posizione nella contrapposizione dei due diversi tipi di economie.³⁸

Tuttavia, esiste un'alternativa al "buon" regolatore privato che impone una "buona" regolamentazione privata a coloro che non sono disposti o economicamente incapaci di resistere alla pressione. In teoria, la regolamentazione privata che si interessa seriamente degli interessi pubblici potrebbe essere il prodotto di negoziati individuali o anche collettivi, sia a livello di pratica contrattuale che a livello di diritto contrattuale. In tal caso, il carattere strumentale e funzionale della contrattualizzazione lascia il posto a trattative private consensuali. Sembra che sia questo il tipo di contrattualizzazione mediante negoziazione che viene preso come modello dalle teorie sul diritto transnazionale.³⁹ Alcuni studiosi ipotizzano che come la regolamentazione consensuale potrebbe e dovrebbe essere organizzata al fine di ottenere legittimità. Da una prospettiva puramente sociologica, si pone il problema che più la regolamentazione privata è modellata sulla stessa linea della regolamentazione pubblica, attraverso l'input e la partecipazione delle organizzazioni di interesse pubblico e il processo decisionale "democratico" a maggioranza, più la regolamentazione privata perde i suoi vantaggi che risultano dall'adottare una logica allineata alla rispettiva comunità di regolamentazione. Ci sono poi lezioni da imparare dalla regolamentazione che approccia come quasi-tribunali i meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie.⁴⁰

3.2. Regolamentazione pubblica, diritto contrattuale regolatore e consenso

Il modo in cui l'UE ha strumentalizzato il diritto privato e in particolare il diritto contrattuale per la costruzione del mercato interno e per la promozione dell'integrazione europea è stato studiato sia a livello dottrinale che teorico.⁴¹ L'esperienza europea è unica e non ha una controparte comparabile in altre

³⁸ H.-W. MICKLITZ, "Organisations and Public Goods" in S. GRUNDMANN, H.-W. MICKLITZ e M. RENNER, sopra n. 5.

³⁹ G. TEUBNER (a cura di), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot 1997; G.-P. CALLIÈS e P. ZUMBANSEN, *Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law*, Hart Publishing, Oxford 2010; G.-P. CALLIÈS e M. RENNER, sopra n. 22.

⁴⁰ D. EIDMANN, *Schlichtung. Zur Logik außergerichtlicher Konfliktregelung*, Nomos, Baden-Baden 1994.

⁴¹ H. COLLINS, 'The Revolutionary Trajectory of EU Contract Law towards Post-national Law' in S. WORTHINGTON, A. ROBERTSON and G. VIRGO (eds.), *Revolution and Evolution in Private Law*, Hart Publishing, Oxford 2017, pp. 315-36; H.-W. MICKLITZ, *The Politics of Justice in European Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2018.

organizzazioni regionali, per non parlare delle organizzazioni internazionali. Negli ultimi decenni, l'UE ha costruito un denso corpus di norme pubbliche che inquadrano il ruolo, la funzione e l'applicazione degli ordinamenti nazionali di diritto privato degli Stati membri nel territorio dell'UE e oltre.

L'UE non ha una vera competenza nel campo del diritto contrattuale; è autorizzata solo in relazione ai campi della politica economica e sociale in cui il diritto contrattuale è particolarmente rilevante. La dimensione dell'interesse pubblico è racchiusa nella ricerca di regole appropriate per la protezione dei lavoratori, dei consumatori e dell'ambiente. Questa competenza limitata significa che il diritto privato regolamentare europeo non può e non si occupa della conclusione dei contratti e più esplicitamente del consenso. La direttiva 93/13/CEE potrebbe servire da modello per questo fine. Al di fuori di questo caso, si applica il solito disclaimer che fa parte del repertorio standard del diritto privato regolamentare europeo, che appare per esempio nella direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, e che recita "la direttiva o il regolamento non pregiudica le norme nazionali sulla conclusione del contratto". L'eccezione alla regola è la regolamentazione del "consenso" nel regolamento generale europeo sulla protezione dei dati. Il consenso a una politica di privacy dei dati, tuttavia, si sostiene che sia nettamente scollegato dal ruolo e dalla funzione del consenso negli accordi contrattuali sui servizi digitali.⁴²

La politica del diritto privato regolatore europeo può essere condensata nella formula per cui le regole europee stanno circondando e incorporando la conclusione del contratto attraverso una rete sempre più fitta di regole sui requisiti di informazione precontrattuale, contrattuale e post-contrattuale, così come sui mezzi per concludere un contratto, sia attraverso la regolamentazione dell'attività online e offline al di fuori dei locali commerciali, sia attraverso la regolamentazione dell'uso di particolari tecnologie di comunicazione. Da una tale prospettiva strumentale e funzionale, non vi è spazio per l'idea di consenso e il suo ruolo e la sua funzione nel diritto contrattuale. Ciò che conta, visto attraverso la lente della regolamentazione, è se gli obiettivi politici sottesi alla regolamentazione frammentaria – politiche settoriali e protezione sociale per i lavoratori, i consumatori e la sostenibilità ambientale – possano essere raggiunti, che nel linguaggio

⁴² P. SCHMECHEL, "Verbraucherdatenschutzrecht in der EU Datenschutzgrundverordnung" in G. JOOST, H.-W. MICKLITZ, L. A. REISCH e H. ZANDER-HAYAT (eds.), *Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt*, Baden-Baden: Nomos 2017, pp. 265-302; Regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) [2016] GU L119/1.

del legislatore europeo significa domandarsi se il diritto privato europeo di regolamentazione sia economicamente efficiente e socialmente efficace. L'approccio "Better Regulation"⁴³ e la costante messa a punto della regolamentazione privata e contrattuale dell'UE per raggiungere meglio il duplice obiettivo dell'efficienza e dell'efficacia – la costruzione del mercato interno a un alto livello di protezione (dei consumatori) – documentano come lo strumentalismo e il funzionalismo prevalgano sul tipo ideale di contratto basato su due parti che si impegnano in una negoziazione e in un accordo consensuale.

Pensando all'approccio strumentale, il consenso non è più necessario – non è "contrattualizzato", ma "regolato". Nella ricerca di dottrine giuridiche innovative, Elizalde⁴⁴ ipotizza che il diritto europeo *de lege lata* stia sviluppando regole fondamentali per la formazione dei contratti che potrebbero sfociare in un sistema obbligatorio armonizzato (MEUCL), ma che è di "una sfumatura diversa dalle teorie dominanti dell'autonomia privata e del libero arbitrio". Nella sua forma più radicale, il diritto privato regolatore europeo priva il diritto contrattuale del requisito del consenso. Ciò che conta non è più la volontà o l'autonomia dei privati, ma la funzione regolamentare che il rapporto contrattuale tra due parti deve soddisfare. Il funzionalismo prevale sull'idea di contratto. Vista in questo modo, la questione se l'UE persegua obiettivi neoliberali da sola o combinata con politiche sociali non ha più importanza. In entrambe le varianti, il consenso è declassato, se non completamente perso. Se un tale rapporto possa ancora essere chiamato contratto, o debba essere meglio inteso come quasi-contratto o come contratto "come se fosse" (*as-if*), è solo una questione di definizione. Va ricordato che la teoria del diritto privato ha discusso l'esistenza di accordi di fatto per più di 70 anni. Negli accordi di fatto, il comportamento sociale tipico di due parti permette la conclusione normativa che esiste una relazione giuridica vincolante.⁴⁵ L'idea di un contratto senza consenso è stata rivista criticamente da Palka⁴⁶ nella sua analisi dell'economia digitale.

⁴³ https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_en.

⁴⁴ F. DE ELIZALDE, "Standardisation of agreement in EU law. An adieu to the contracting parties?" in T. TRIDIMAS e M. DUROVIC (eds.), *New Directions in European Private Law*, Hart Publishing, Oxford, di prossima pubblicazione 2020.

⁴⁵ G. HAUPT/H. SIEBER, *Über Faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig: Weicher 1941. In una famosa sentenza la Corte suprema federale tedesca ha riconosciuto l'esistenza di un accordo di fatto: BGHZ 21, 319. Tuttavia, anche a causa delle critiche sollevate nella dottrina giuridica, la Corte Suprema non ha sviluppato l'idea di un contratto senza consenso. Si veda sul dibattito tedesco e la relativa giurisprudenza: http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/njw00_3429.htm.

⁴⁶ P. PALKA, "Terms of Service are not Contracts – Beyond Contract Law in the Regulation of Online

Esistono notevoli contro-movimenti, non solo per quanto riguarda la critica dello strumentalismo e del funzionalismo europeo, cioè dell'uso e dell'utilità del diritto contrattuale obbligatorio per proteggere la parte più debole, ma anche nella ricerca di alternative a livello europeo e in termini di interazione tra l'ordine giuridico europeo e gli ordini nazionali di diritto privato. Hugh Collins ha presentato un modello per lo sviluppo di un diritto contrattuale europeo dal basso, attraverso i rappresentanti della società civile.⁴⁷ Questo tipo di pensiero si sovrappone alla regolamentazione privata che non è imposta alle parti a valle e a monte, ma è piuttosto negoziata tra le parti interessate. La Commissione Europea aveva intrapreso dei tentativi timidi di avviare lo sviluppo di contratti standard per settori particolari attraverso le organizzazioni delle imprese e della società civile. La discussione negli anni '80 su come i contratti collettivi potessero essere resi vincolanti per le singole parti sarebbe potuta servire come fonte di ispirazione.⁴⁸ Tuttavia, la Commissione Europea non ha considerato seriamente i negoziati collettivi come un'alternativa alla regolamentazione pubblica composta da direttive e regolamenti europei.

Più recentemente, il discorso giuridico si è discostato dall'analisi della regolamentazione europea come concepita attraverso l'Unione europea nella procedura legislativa e ha messo sotto i riflettori la Corte di giustizia europea. All'indomani del fallimento di Lehman Brothers e della crisi dell'euro, i tribunali degli Stati membri hanno sottoposto alla CGUE un numero sempre crescente di questioni pregiudiziali relative all'interpretazione del diritto contrattuale europeo. Nel frattempo, la CGUE ha emesso più di 100 sentenze, soprattutto nel campo delle clausole abusive e delle pratiche commerciali scorrette.⁴⁹ Una ricostruzione dettagliata della giurisprudenza pertinente della Corte di giustizia europea dimostra che la CGUE non è disposta ad accettare che la regolamentazione pubblica – in particolare gli obiettivi politici di protezione sociale – prevalga sull'autonomia delle parti.⁵⁰

Platforms' in S. GRUNDMANN (ed.), *European Contract Law in the Digital Age*, Intersentia, Cambridge/Anversa 2018, pp. 161-204.

⁴⁷ H. COLLINS, *Il codice civile europeo: The Way Forward*, Cambridge University Press, Cambridge 2008.

⁴⁸ Commission de refonte du droit de la consommation, "Proposition pour un nouveau droit de la consommation. Rapport de la Commission de la refonte du droit de la consommation au secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des Finances et du Budget chargé du Budget et de la Consommation", 1985.

⁴⁹ B. KAS e H.-W. MICKLITZ, "Rechtsprechungsübersicht zum Europäischen Vertrags- und Deliktsrecht (2014-2018)", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaft und Steuerrecht (EWS)* 2018, 181-219 e 241-300 (Teil I e Teil II).

⁵⁰ C. LEONE, "The Missing Stone in the Cathedral of unfair terms in employment contracts and coexisting rationalities in European private law", PhD, Università di Amsterdam, giugno 2020.

Vi è una chiara tendenza nella giurisprudenza della CGUE secondo cui il consumatore dovrebbe avere l'ultima parola sul fatto che l'eliminazione delle clausole contrattuali abusive nel contratto sia nel suo interesse. Ciò che la CGUE propone di fatto è una sorta di ripristino ex post dell'autonomia privata. La posizione della CGUE sembra riflettere un cambiamento nella cultura giuridica, dal pro e contro del funzionalismo e dello strumentalismo europeo verso un'enfasi sulla necessità di rafforzare l'autonomia individuale, se necessario, contro le soluzioni collettive strumentali e funzionali previste nel regolamento contrattuale europeo. Questo filone di ricerca riconduce al ruolo tradizionale del diritto contrattuale, rivitalizzando così, volenti o nolenti, i valori tradizionali del diritto contrattuale – autonomia e libertà – contro gli obiettivi politici promossi pubblicamente. La relazione tra la regolamentazione pubblica che declassa il consenso nel diritto contrattuale e l'applicazione pratica della regolamentazione pubblica nei casi individuali *ex post factum* dovrà essere ripensata. L'ideologia della regolamentazione è stata sostituita dall'ideologia dell'autonomia? Stiamo girando a vuoto sempre intorno allo stesso punto?⁵¹

3.3. Co-regolamentazione, standardizzazione tecnica e consenso

Gli standard tecnici, in particolare dopo il nuovo approccio dell'UE agli standard e ai regolamenti tecnici e gli accordi TBT e SPS del GATT/OMC, hanno goduto di una grande attenzione nella letteratura giuridica. Le implicazioni istituzionali, costituzionali e amministrative della co-regolamentazione sono state analizzate in dettaglio.⁵² La maggior parte della ricerca è di natura teorico-concettuale. Tuttavia, per quanto riguarda le connessioni tra norme tecniche e diritto contrattuale, queste sembrano rimanere ai margini dell'attenzione degli studiosi.⁵³

Come per la regolamentazione privata, si ha un problema di accesso. Nella regolamentazione privata, mentre le condizioni standard o i codici dei contratti sono disponibili online e possono essere facilmente studiati, ciò che manca è l'accesso al processo di redazione e ai singoli contratti. Nella standardizzazione

⁵¹ D. KENNEDY, 'The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction' (1982) 130 *University of Pennsylvania Law Review* 1349.

⁵² H. SCHEPPEL, 'The Empire's Drains: Sources of Legal Recognition of Private Standardisation Under the TBT Agreement' in C. JOERGES and E.U. PETERSMANN (eds.), *Constitutionalism, multilevel trade governance and international economic law*, Hart Publishing, Oxford 2011, pp. 397-409; P. DELIMATIS (ed.), *The Law, Economics and Politics of International Standardisation*, Cambridge University Press, Cambridge 2015.

⁵³ Per una rara eccezione, si veda B. VAN LEEUWEN, *European Standardisation of Services and its Impact on Private Law*, Hart Publishing, Oxford 2017.

tecnica, le regole e le procedure che governano la standardizzazione sono accessibili *in abstracto*, ma ciò che non è disponibile sono le norme tecniche stesse. Questo è vero anche per le norme europee armonizzate. Le regole istituzionali e procedurali della normazione tecnica assomigliano al processo di creazione di una direttiva o di un regolamento europeo: il mandato del settore economico o eccezionalmente della Commissione Europea, la ricerca di base che supporta il mandato, la creazione di un comitato di lavoro, il primo progetto, le audizioni, la consultazione e la votazione. Il denso set di regole può essere scaricato online. Le regole astratte e le procedure costituiscono il nucleo dell'analisi concettuale e teorica delle norme tecniche. Nella regolamentazione pubblica, la Commissione Europea ha fissato il punto di riferimento di oggi per l'accessibilità online del processo di redazione della regolamentazione pubblica nelle sue varie fasi, dall'inizio, attraverso le bozze, fino alla versione finale, le audizioni pubbliche e il voto nel Consiglio e nel Parlamento. Le norme tecniche sono invece sviluppate a porte chiuse in una mentalità da circolo chiuso. Gli organismi di standardizzazione pubblicano i progetti a cui stanno lavorando, di solito una lista dei comitati tecnici. Nel caso di una norma armonizzata, ma solo in questo caso, le diverse fasi sono pubblicate online, facendo riferimento alla procedura, ma senza alcun contenuto. Mentre la conoscenza del mandato permette di avere un'idea di ciò su cui gli enti di normazione stanno lavorando e in quali campi, mancano due informazioni importanti: la divulgazione dei dibattiti interni, i verbali o i protocolli e i risultati finali. Pertanto, l'accessibilità richiede l'appartenenza di fatto alla comunità di normazione, o come membro a pieno titolo o come osservatore dei relativi comitati di lavoro.

Le ragioni di questa inaccessibilità non risiedono solo nella necessità di segretezza, ma anche negli interessi commerciali.⁵⁴ Le norme tecniche sono protette dalla proprietà intellettuale.⁵⁵ Gli enti di normazione finanziano la loro attività attraverso la vendita di norme tecniche, e ogni azienda che vuole basare il suo processo produttivo su norme tecniche deve acquistarle. Anche quando il finanziamento dell'ente di normazione proviene dalla Commissione Europea in base a un memorandum di accordo, e anche se le rispettive norme tecniche vanno oltre i tecnicismi e coprono questioni politiche sensibili, come la sicurezza sul lavoro o la sicurezza di prodotti e servizi, le terze parti non hanno accesso gratuito alle norme. Di fatto, vi sono due barriere. La prima è l'accesso alla comunità

⁵⁴ L. BERNSTEIN e O. BEN-SHAHAR, 'The Secrecy Interest in Contract Law' (2000) 109 *Yale Law Journal* 1885.

⁵⁵ H.-W. MICKLITZ e R. VAN GESTEL, 'European Integration through Standardisation: How Judicial Review is Breaking down the Club House of Private Standardisation Bodies' (2013) 50 *CMLR* 145.

di standardizzazione, in particolare al gruppo di lavoro incaricato di redigere il rispettivo standard. Ma anche se questo ostacolo può essere superato, rimane una seconda e ancora più efficace barriera: chiunque voglia accedere è tenuto ad acquistare lo standard tecnico o gli standard che vuole studiare. Sorprendentemente, questo è vero anche per gli standard armonizzati, mandati e sponsorizzati dalla Commissione Europea. La barriera finanziaria, cioè la necessità di acquistare l'accesso alla norma o alle norme, potrebbe aiutare a spiegare perché vi sia poca ricerca sulla sostanza delle norme tecniche così come sulle circostanze in cui queste norme sono sviluppate.⁵⁶

Quando si parla del rapporto tra norme tecniche e diritto contrattuale, è fondamentale ricordare due grandi fenomeni che hanno contribuito a un aumento sostanziale del ruolo e della funzione delle norme tecniche nella formazione dei contratti. Il primo è già stato menzionato, ovvero il passaggio dalla pura tecnicità del pesare e misurare all'integrazione di politiche non economiche, prima fra tutte la salute e la sicurezza sul lavoro e la sicurezza dei consumatori. Funzionalmente, la standardizzazione sostituisce la regolamentazione pubblica – o per dirla diversamente, la regolamentazione pubblica e la co-regolamentazione, attraverso gli standard tecnici, che competono sulla migliore gestione della tensione tra efficienza economica e interessi pubblici. Gli standard relativi alla sicurezza dei prodotti sono legati alla conformità contrattuale del prodotto o servono come punto di riferimento per valutare la legittima aspettativa dei clienti nelle richieste di responsabilità. Il secondo fenomeno è il passaggio alla società dei servizi. Oggi più del 60% del reddito lordo europeo proviene dai servizi. La distinzione, vecchia di 200 anni, tra *obbligazioni di risultato* e *obbligazioni di mezzo*, che regola il diritto contrattuale sui servizi, ha subito una trasformazione che ha portato a una frammentazione sempre più profonda dei servizi, secondo le linee di particolari settori economici o di particolari tipi di servizi.

Nei contratti di servizi, le parti non possono fare affidamento su una serie di regole predefinite paragonabili a un contratto di vendita. I contratti di servizi dipendono in misura molto maggiore da come le parti modellano i loro diritti e obblighi in relazione al particolare servizio. Hanno bisogno di concretizzare la prestazione e la controprestazione. Ecco perché i contratti di servizi sono

⁵⁶ Ho avuto due volte la possibilità di accedere alla comunità di standardizzazione e agli standard stessi, prima come osservatore che rappresenta gli interessi dei consumatori negli anni '80 e poi attraverso l'ANEC, che mi ha commissionato uno studio sulla standardizzazione dei servizi nel 2006: H.-W. MICKLITZ, 'Services Standards: Defining the Core Elements and Their Minimum Requirements', studio commissionato dall'ANEC, 2007, disponibile su <http://www.anec.eu/attachments/ANEC-R&T-2006-SERV-004final.pdf>.

un campo importante per le clausole standard. Basti qui considerare i contratti di assicurazione, dove le clausole standard determinano ciò che l'assicuratore e l'assicurato si devono reciprocamente al di fuori e al di là della fitta rete del diritto assicurativo. Tuttavia, la società dei servizi ha aperto uno spazio per la standardizzazione tecnica nella grande varietà di servizi al di fuori e al di là dei servizi soggetti a una specifica regolamentazione pubblica europea. Il legame tra la regolamentazione europea dei servizi e il ruolo e la funzione della standardizzazione è sancito dalla direttiva sui servizi 2006/123/CE. L'idea originale della direttiva sui servizi era di aprire il mercato interno attraverso il principio del riconoscimento reciproco. Sotto la pressione degli Stati membri e delle organizzazioni non governative – il famigerato idraulico polacco, che ha preso d'assalto il mercato interno, è servito da deterrente – la Commissione Europea ha dovuto fare un passo indietro rispetto alla sua proposta iniziale troppo ambiziosa e un po' radicale. La versione della direttiva che è stata infine adottata prevedeva un quadro normativo piuttosto vago per la standardizzazione tecnica in campi di servizi non regolamentati. Erano necessari due ulteriori passi normativi per promuovere la standardizzazione dei servizi: l'adozione del regolamento 1025/2012⁵⁷ e il pacchetto di standardizzazione del giugno 2016, in cui la Commissione Europea ha dato priorità e incentivato lo sviluppo di standard di servizio europei volontari.⁵⁸

Ciò che si può vedere dal mondo interno della standardizzazione dei servizi dimostra un certo grado di somiglianza con la regolamentazione pubblica europea nel campo del diritto contrattuale.⁵⁹ Un'analisi sistematica della regolamentazione pubblica europea e delle norme tecniche europee nei settori del turismo, dell'assistenza agli anziani, del trasloco di mobili, dei servizi postali e dei trasporti copre i seguenti sei elementi: (1) istruzione e competenze; (2) attrezzature e locali; (3) le fasi precontrattuali e di conclusione del contratto; (4) il contenuto del contratto, compresa l'accessibilità, il contenuto minimo, la sicurezza, la qualità, il

⁵⁷ Regolamento (UE) n. 1025/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, sulla normalizzazione europea, che modifica le direttive 89/686/CEE e 93/15/CEE del Consiglio nonché le direttive 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE e 2009/105/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la decisione 87/95/CEE del Consiglio e la decisione n. 1673/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio [2012] GU L316/12.

⁵⁸ https://ec.europa.eu/growth/single-market/services/service-standards_en.

⁵⁹ Il seguente approfondimento sull'impatto della standardizzazione sui contratti di servizio è basato su H.-W. MICKLITZ, sopra n. 55; P. DELIMATIS ha ricevuto una sovvenzione ERC nel 2016 – <https://www.tilburguniversity.edu/staff/p-delimatis> – che si concentra molto sul rapporto tra commercio e standardizzazione.

pagamento, i diritti e i rimedi, il recesso, il risarcimento e la responsabilità; (5) la fase post-contrattuale, compresi i servizi post-vendita, la gestione dei reclami, la risoluzione delle controversie, il ricorso collettivo e la protezione contro l'insolvenza; e (6) monitoraggio e ispezione. Più gli standard si avvicinano a toccare il contenuto del contratto, più diventano vaghi. Gli standard di servizio regolano in generale l'accesso alla professione in questione e la fase precontrattuale e in particolare quella post-contrattuale. Nella fase pre-contrattuale, potrebbero sovrapporsi alla regolamentazione pubblica, anche se gli standard di servizio sono molto più specifici del contesto e fatti su misura per quanto riguarda le particolari esigenze di informazione nel rispettivo settore dei servizi. Nella fase post-contrattuale, essi riempiono le lacune lasciate dalla regolamentazione pubblica.

Nell'ambito della co-regolamentazione UE, l'uso di standard tecnici è volontario. Le aziende sono libere di basarsi su alternative tecniche, purché soddisfino i requisiti giuridici vincolanti stabiliti nelle direttive UE. Un'azienda deve decidere se basare o meno i suoi servizi su standard tecnici. Se l'azienda opta per tale soluzione, deve certificare la sua conformità allo standard UE attraverso il marchio CE.⁶⁰ In *Fra. bo*, la CGUE ha dovuto affrontare le barriere *de facto* che derivavano dalla pressione esercitata su un produttore italiano per far certificare il suo prodotto da un organismo nazionale tedesco in modo da ottenere l'accesso al mercato tedesco.⁶¹ La volontarietà si è trasformata in un vincolo di fatto. In *Fra. bo*, la CGUE ha sostenuto che una clausola implicita di rispetto dei requisiti di certificazione nazionali è equivalente a una barriera al commercio e pertanto viola le libertà di mercato. L'accesso al mercato va di pari passo con i requisiti di qualità che determinano il contenuto del contratto. Sarebbe interessante sapere come sono diventati i contratti dopo *Fra. bo* più in generale. Il conflitto tra il produttore italiano e l'ente di certificazione tedesco è stato risolto. L'ente di certificazione tedesco ha dovuto risarcire *Fra. bo* per avergli impedito l'accesso al mercato tedesco.

Ci si potrebbe chiedere, tuttavia, se la CGUE arriverebbe a una conclusione simile nel caso di controversie riguardanti standard di servizio che precedono il contratto o integrano i doveri post-contrattuali. La logica *Fra. bo* richiederebbe

⁶⁰ https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/product-safety-and-requirements/eu-labels_en.

⁶¹ *Fra. bo*, sopra n. 32, par. 30: "In terzo luogo, il giudice del rinvio ritiene che, in pratica, la mancanza di certificazione da parte del DVGW ponga una notevole restrizione alla commercializzazione dei prodotti in questione sul mercato tedesco. Sebbene l'ABVWasserV si limiti a stabilire le condizioni generali di vendita tra le imprese di approvvigionamento idrico e i loro clienti, dalle quali le parti sono libere di discostarsi, risulta dal fascicolo che, in pratica, quasi tutti i consumatori tedeschi acquistano raccordi in rame certificati dalla DVGW".

che la pratica commerciale tradizionale sia quella di prendere gli standard di servizio volontari come punto di riferimento per offrire, per esempio, servizi turistici, assistenza agli anziani, servizi postali o trasporti. Senza conformità, l'accesso al rispettivo mercato non è garantito. Un possibile candidato a strumento per assicurare la conformità potrebbe essere l'esistenza di un sistema di gestione dei reclami o di servizi post-vendita.

Dal punto di vista politico, gli standard tecnici e le condizioni contrattuali rimangono giuridicamente separati. Gli standard tecnici diventano parte del contratto solo se le due parti li trasformano esplicitamente in un punto di riferimento per la prestazione contrattualmente dovuta. In *Elliott*, tuttavia, la CGUE ha deciso che gli standard europei armonizzati rientrano nell'ambito della giurisdizione della Corte e sono quindi soggetti al controllo giudiziario. Non è affatto chiaro fino a che punto si estenda il controllo giudiziario – se sarà esercitato un tipo di controllo giudiziario del contenuto – ma *Elliott* porta il controllo giudiziario delle clausole tecniche concettualmente vicino al controllo giudiziario *astratto* delle clausole standard. Elliott racchiude poi un secondo messaggio importante. La conformità dei prodotti alle norme europee armonizzate fornisce una presunzione di idoneità ai fini della libera circolazione delle merci nell'UE, ma non influisce sull'obbligo contrattuale di fornire prodotti di "qualità commerciabile", come richiesto dalla legge irlandese sulla vendita di beni in questione in *Elliott*. Di conseguenza, né la direttiva né la norma tecnica armonizzata "armonizzano le norme nazionali applicabili alla prova nell'ambito di una controversia contrattuale... o [il] metodo che stabilisce la conformità di un prodotto alle specifiche contrattuali o il momento di stabilire la conformità".⁶² La conformità a una norma armonizzata non può sottrarre una parte all'obbligo contrattuale di fornire beni di qualità commerciabile e al pagamento dei danni per il mancato rispetto di questo dovere. A questo proposito, non vi è differenza tra contratto e atto illecito.⁶³

Si potrebbe interpretare la decisione della Corte di giustizia europea come orientata a conservare l'autonomia delle parti, ma questa non è ancora la fine. Nel maggio 2019, il Parlamento Europeo e il Consiglio hanno adottato due direttive riguardanti i contratti B2C: La direttiva 2019/770/UE sulla fornitura di contenuti digitali e servizi digitali⁶⁴ e la direttiva 2019/771/UE una sulle vendite

⁶² Frau, bo, sopra no. 32 par: 52

⁶³ C. HESS, 'Die Bedeutung von Normen für den Rechtsvollzug am Beispiel der Produktsicherheit und – haftung' in T. BRÖNNEKE, A. WILBURGER und S. BIETZ (eds.), *Verbraucherrechtsvollzug – Zugang der Verbraucher zum Recht*, Baden-Baden: Nomos 2020, pp. 167-374.

⁶⁴ [2019] GU L136/1.

online e altre vendite a distanza di beni.⁶⁵ Entrambe le direttive rivedono il test di conformità. Mentre l'accordo tra le parti gioca ancora un ruolo, le direttive rafforzano la necessità di basarsi su requisiti oggettivi. Secondo l'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2019/771, i prodotti devono "essere idonei agli scopi per i quali i beni dello stesso tipo sarebbero normalmente utilizzati, tenendo conto, se del caso, del diritto dell'Unione e nazionale vigente, delle norme tecniche o, in mancanza di tali norme tecniche, dei codici di condotta industriali settoriali applicabili. Per la prima volta, il legislatore ha riconosciuto esplicitamente il ruolo delle norme tecniche nella prova di conformità oltre all'accordo individuale delle parti su come la qualità del prodotto. Questa è la co-regolamentazione nel diritto contrattuale. Sposta il contratto dall'accordo delle parti verso criteri oggettivi sanciti dalle norme tecniche. L'oggettivazione rende più facile per l'UE non solo definire standard comuni per ottenere l'accesso al mercato interno, ma allo stesso tempo anche associare l'accesso al mercato ai requisiti di conformità. Tuttavia, le norme tecniche esistono accanto all'accordo contrattuale e l'autonomia del consumatore è protetta nell'articolo 7(5), in quanto il venditore deve informare esplicitamente il consumatore se il prodotto si discosta dalle norme tecniche pertinenti. La nuova regola sembra essere in linea con il ripristino *ex post* dell'autonomia attraverso la CGUE nel controllo giudiziario delle clausole abusive. L'autonomia prevale sul potenziale controllo giudiziario degli standard oggettivi. Ma il legislatore ha aperto la porta a un nuovo esercizio di bilanciamento tra ciò che le parti richiedono e ciò di cui il mercato ha bisogno – standard oggettivi comuni che diano al fornitore la sicurezza che il rispetto degli standard europei e nazionali lo proteggerà dalle richieste di assunzione di responsabilità.

4. Pensieri preliminari conclusivi

La prima lezione da imparare dal confronto dei tre regolatori – il pubblico, il privato e il co-regolatore – è che tutti loro, qualunque sia lo scopo della regolamentazione, entrano in conflitto con il diritto contrattuale, in particolare con l'idea che le parti si impegnano volontariamente e autonomamente in relazioni contrattuali. La regolamentazione privata persegue prima di tutto scopi di razionalizzazione ed efficienza, in cui non rimane molto spazio per comportamenti devianti attraverso decisioni autonome. La regolamentazione pubblica, guidata da scopi di politica sociale, incontra difficoltà simili. Le intenzioni politiche potrebbero scontrarsi con lo sforzo dei privati di rifiutare l'interferenza con il loro

⁶⁵ [2019] GU L136/28.

processo decisionale autonomo. Sia nella regolamentazione privata che in quella pubblica, i tribunali sono i guardiani del diritto contrattuale. Usano l'idea di contratto come punto di partenza per sottoporre i termini standard a un controllo giudiziario più o meno intenso. Laddove il legislatore si assuma la responsabilità di questo compito e introduce un controllo giudiziario quasi-legislativo *in abstracto*, anche i tribunali corrono il rischio di disconnettere la pratica contrattuale dal diritto contrattuale. Il controllo giudiziario si trasforma allora in una specie di controllo fantasma, con una rilevanza limitata per l'autonomia delle parti.⁶⁶ Ciò che potrebbe essere vero per il livello dello Stato nazionale non è corretto per l'Unione europea. Mentre l'UE ha introdotto il controllo giudiziario *in abstracto*, i trattati europei non prevedono la possibilità per la CGUE di emettere un giudizio finale sulla legittimità delle clausole standard incriminate. Questo non è il luogo per discutere se la CGUE agisca come una corte civile europea.⁶⁷ Ciò che conta è che la CGUE ha stabilito una sorta di ripristino *ex post factum* del diritto contrattuale attraverso il diritto dell'utente delle clausole standard di rifiutare la slealtà identificata, anche a suo danno, se lo decide. Gli sviluppi più recenti della co-regolamentazione dimostrano che vi è un comune denominatore. La CGUE non è pronta ad accettare che gli standard europei armonizzati rimangano esenti da revisione. Il "co-" nell'approccio regolatore non impedisce alla CGUE di sottoporre gli standard tecnici a una sorta di controllo giudiziario. Non è senza motivo che questo punto di vista è stato oggetto di critiche massicce nella comunità degli standard tecnici.

Quali sono le strategie di fuga dei regolatori per sottrarsi a questo scrutinio? I regolatori privati tendono sempre più a inventare forme di regolamentazione privata sotto il radar dei termini standard, che li rende esenti dal controllo giudiziario. I codici di condotta si inseriscono perfettamente in questo quadro. Il regolatore pubblico non è pronto a trattare allo stesso modo le clausole standard e i codici di condotta, indipendentemente dalla difficoltà delle formulazioni vaghe. Coloro che sostengono una sorta di controllo giudiziario dei codici di condotta dovrebbero fare riferimento all'insieme della legislazione europea esistente, la direttiva sulle condizioni standard o la direttiva sulle pratiche commerciali sleali.

⁶⁶ H.-W. MICKLITZ, "Some Considerations on Cassis de Dijon and the Control of Unfair Contract Terms in Consumer Contracts" in K. BOELE-WOELKI e W. GROSHIDE (eds.), *The Future of European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer 2007, pp. 387-410, ristampato in H. COLLINS (ed.), sopra n. 24, pp. 19-42.

⁶⁷ C. SCHMID, *The ECJ as a Constitutional and a Private Law Court A Methodological Comparison*, Zentrum für Europäische Rechtspolitik (Centro per la politica giuridica europea – ZERP) ZERP Discussion Paper 4/2006 <https://d-nb.info/119024845X/34>.

La co-regolamentazione è un campo relativamente giovane che fonde regolamentazione pubblica e privata e regolatori pubblici e privati. Sembra essere l'alternativa perfetta alla regolamentazione privata e pubblica, perché teoricamente permette di combinare gli interessi di entrambi i regolatori e permette di superare la tensione tra razionalizzazione e interessi pubblici attraverso l'inclusione di organizzazioni non governative nella creazione di standard tecnici. È allarmante che la co-regolamentazione attraverso gli standard tecnici sia giuridicamente concepita in modo da scollegare completamente la pratica contrattuale – cioè l'elaborazione di standard tecnici – dal diritto contrattuale. Gli obiettivi normativi che sono inerenti alla co-regolamentazione sono esentati dal controllo giudiziario, a parte un controllo costituzionale del meccanismo di delega. Con la sentenza *Elliott, la* CGUE ha rotto un tabù che ha mandato in frantumi il modello regolatore e ha aperto la strada alla definizione di requisiti procedurali per lo sviluppo di standard europei armonizzati che potrebbero compensare la tecnicità degli standard che incidono sui diritti e sui doveri delle parti. Vi è ampio spazio per l'immaginazione dottrinale. Chi dovrebbe essere investito della legittimazione? È possibile dedurre dall'azione inibitoria come standard minimo europeo che le "entità" menzionate nella direttiva sulle clausole abusive e nella direttiva sulle pratiche commerciali scorrette debbano essere legittimate?

La tensione tra regolamentazione e standardizzazione – tra pratica contrattuale e diritto contrattuale – è comunque senza tempo. L'interazione ricorda la fiaba della tartaruga e della lepre. I regolatori inventano costantemente nuove strategie per perseguire ogni sorta di scopo regolatore; i tribunali, tuttavia, rimangono sullo sfondo, sempre pronti a esercitare il loro potere giudiziario per preservare il diritto contrattuale. Questo potrebbe spiegare lo spostamento dai tribunali verso gli altri tipi di meccanismi di risoluzione extragiudiziale. Ma anche una tale strategia deve fare i conti con il fatto che i tribunali potrebbero essere altrettanto pronti a esaminare i meccanismi di risoluzione delle controversie quanto lo sono altre forme di pratica contrattuale soggette a regolamentazione privata o co-regolamentare. Da una prospettiva più concettuale e teorica, ci si potrebbe chiedere se stiamo girando in tondo o se invece il cerchio è in realtà una spirale ascendente verso un grado sempre più alto e sofisticato di interazione tra i tre modelli di regolamentazione e diritto contrattuale.

La parte generale della disciplina contrattuale dopo l'uropeizzazione del diritto privato

SOMMARIO: 1. L'autonomia negoziale dei privati e l'ordine giuridico del mercato. – 2. I contratti d'impresa nella parte generale della disciplina contrattuale. – 3. I contratti stipulati con i consumatori come paradigma dei contratti d'impresa. – 4. Il *private enforcement* delle discipline pubblicistiche di regolazione del mercato.

1. L'autonomia negoziale dei privati e l'ordine giuridico del mercato

Il diritto privato che si può definire tradizionale, ossia quello elaborato mediante la tradizione romano-canonica che è scientificamente culminata nella Pandettistica tedesca di fine Ottocento e che è stato variamente cristallizzato nelle codificazioni nazionali¹, disciplina generalmente il contratto prescindendo dalle eventuali esternalità negative che esso possa produrre dal punto di vista del benessere sociale, ossia, in definitiva, prescindendo dal funzionamento del mercato e dal suo ordine giuridico.

In questo senso, il contratto è stato preso in considerazione dai codici civili nazionali come puro e semplice esercizio dell'autonomia negoziale dei privati. È indubbio che la legge ponga alcuni limiti generali di liceità dell'accordo concluso tra le parti contraenti, così com'è indubbio che gli effetti giuridici che esso produce siano variamente integrati da fonti eteronome che possono spingersi fino all'equità (art. 1374 c.c.)²; ma così com'è disciplinato dal codice

¹ R. ZIMMERMANN, *Codification. The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, in *European Review of Contract Law*, vol. 8, 2012, p. 367 ss. Nella letteratura italiana, v. R. SACCO, *Codificare: modo superato di legificare?*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 133 ss.; N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, 1995; B. SORDI e P. CAPPELLINI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002; U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002; S. PATTI, *Ricodificazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 447 ss.

² S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 223 s.; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, 1970, p. 323 s., nota 68; Id., *Manuale di diritto privato*²⁰, Napoli, 2021, p. 793; U. NATOLI, *Significato e limiti dell'intervento del giudice nella determinazione della cosa e del*

civile, il contratto è e resta concepito come un accordo privato che ha forza di legge tra le parti contraenti (art. 1372, 1° comma, c.c.), da un lato, e che dall'altro, non può danneggiare i terzi, rispetto ai quali esso costituirà per definizione una *res inter alios acta* (art. 1372, 2° comma, c.c.).

Per quanto non siano ovviamente mancate avvisaglie di qualche crisi o incrinatura, il vero punto di rottura di questa impostazione normativa e, di conseguenza, anche concettuale si è avuto con l'integrazione europea degli ordinamenti giuridici che fu inaugurata dal Trattato di Roma del 1957. Coerentemente con gli obiettivi istituzionali perseguiti dalle istituzioni europee e con la scelta fondamentale di costituzione economica che essi sottintendono³, il diritto privato europeo è stato progettato e realizzato come uno strumento per l'instaurazione e il funzionamento di quello che prima era il mercato comune, e oggi è il mercato interno unico dell'Unione europea⁴.

Di conseguenza, la disciplina del contratto dettata dall'Unione europea è principalmente orientata a disciplinare il rapporto tra le parti contraenti al fine di prevenire o neutralizzare i rischi di un fallimento del mercato che possano pregiudicare l'interesse generale⁵. In base ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità del diritto europeo, invece, la disciplina dell'autonomia negoziale dei privati che non è suscettibile di compromettere chiaramente il benessere collettivo è lasciata al diritto nazionale di ciascuno degli Stati membri ovvero alla libertà stessa delle parti contraenti.

prezzo, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, II, pp. 176 ss. (in nota a Cass. 4 giugno 1946, n. 721). È stato sostenuto che la correzione giudiziale del contratto sarebbe possibile «nella misura in cui la regola pattizia tende a distaccarsi da ogni tipicità» (GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., pp. 325, 328), comminando la nullità della clausola quando l'intera operazione economica sia contraria al principio di equità (ID., *Manuale di diritto privato*, cit., p. 793).

³ E.-J. MESTMÄCKER, *European Economic Constitution*, in *The Max Planck Encyclopedia of European private law*, I, Oxford, 2012, p. 588 ss. Il pensiero ordo-liberale ha sollecitato l'adozione di una costituzione economica (*Wirtschaftsverfassung*), al fine di sancire la scelta di sistema (*Systementscheidung*) riguardo al rapporto tra lo Stato e il mercato (v. soprattutto F. BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart und Berlin, 1937, p. 54).

⁴ C.U. SCHMID, *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union. Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung*, Baden-Baden, 2010.

⁵ Per tutti, v. S. GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht. Das Europäische Recht der Unternehmensgeschäfte (nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung)*, Berlin, 1999; ID., *The Structure of European Contract Law*, in *European Review of Private Law*, vol. 4, 2001, p. 505 ss.

Ciò ha dato luogo alla struttura multilivello che è propria del diritto europeo dei contratti⁶. Il diritto europeo dei contratti si affianca dunque al codice civile, il quale prende in considerazione il contratto esclusivamente come un accordo di volontà individuali delle parti contraenti. Il primo si caratterizza come un diritto del mercato, di cui previene e neutralizza i fallimenti in modo coerente con i principî di sussidiarietà e di proporzionalità; il secondo assicura la giustizia comunitativa nell'insieme dei rapporti giuridici che intercorrono tra soggetti (pubblici e privati) che agiscono su un piano di parità reciproca.

2. I contratti d'impresa nella parte generale della disciplina contrattuale

Proprio perché è costituzionalmente funzionalizzato alla regolazione del mercato, il diritto europeo non può che disciplinare i contratti che sono strumento necessario dell'attività d'impresa⁷. L'esercizio di questa attività costituisce di fatto un potere che può compromettere il mercato e pertanto pregiudicare il benessere collettivo⁸. Il diritto dei contratti è disegnato dunque dal legislatore europeo come uno strumento per neutralizzare tale rischio e si spiega perciò che si sia parlato di una disciplina dei "contratti del mercato"⁹.

Infatti, l'autonomia privata non può qui costituire il prevalente angolo visuale della disciplina applicabile, ma dev'essere integrata nell'ordine giuridico del mercato¹⁰: il contratto non è più disciplinato come una *res inter alios acta*, ma come un fatto rilevante dal punto di vista della tutela della concorrenza e dell'interesse generale dei consumatori¹¹.

⁶ H. COLLINS, *The European Civil Code: The way forward*, Cambridge, 2008, p. 182 ss.; VAN SCHAGEN, *The Development of European Private Law in a Multilevel Legal Order*, Antwerp-Cambridge, 2016.

⁷ Per il dibattito sulla categoria dei contratti d'impresa, v. i saggi raccolti in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006; A.A. DOLMETTA, *Sui "contratti d'impresa": ipoteticità di una categoria (ricordo di Arturo Dalmartello)*, in *Jus*, 2009, p. 303 ss.; M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. GITTI, M.R. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, Bologna, 2012, p. 48 ss.; ID., *Dalla dicotomia fra contratti civili e contratti commerciali alla frammentazione della disciplina del contratto. Nuove riflessioni sui contratti d'impresa*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2022, p. 373 ss.

⁸ F. MÖSLEIN (hrsg. von), *Private Macht*, Tübingen, 2016; K. BARKER, S. DEGELING, K. FAIRWEATHER e R. GRANTHAM (ed. by), *Private Law and Power*, London, 2017; P. SIRENA e A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018.

⁹ Cfr. G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., p. 15 ss.

¹⁰ Sul quale v. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003.

¹¹ Per indicazioni ulteriori, mi permetto di rinviare a P. SIRENA, *L'europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in *Osservatorio dir. civ. e comm.*, 2014, p. 3 ss.

Il diritto europeo dei contratti non detta dunque la disciplina speciale di determinati tipi contrattuali, ma costituisce una parte integrante della disciplina generale del contratto¹².

Da questa impostazione concettuale discende una molteplicità di conseguenze e implicazioni sistematiche e applicative.

3. I contratti stipulati con i consumatori come paradigma dei contratti d'impresa

In primo luogo, il diritto europeo dei contratti disciplina ampiamente i contratti che le imprese stipulano con i consumatori e pertanto esso è stato per lo più caratterizzato (alla rovescia) come un diritto dei consumatori (e infatti la *sedes materiae* delle disposizioni italiane di attuazione delle direttive rilevanti si rinviene prevalentemente nel codice del consumo)¹³. Coerentemente con la funzione che il diritto privato europeo è chiamato generalmente a svolgere, tuttavia, la disciplina dei contratti stipulati dai consumatori tende a replicare o a imitare le decisioni regolatorie e gli *standard* di vigilanza che sono utilizzati dalle autorità pubbliche competenti nei confronti delle imprese vigilate¹⁴.

Per fare qualche esempio, la disciplina delle clausole abusive nei contratti dei consumatori 'imita' le *grey list* e le *black list* di pratiche commerciali che sono esentate dai divieti antitrust per categoria (c.d. *block exemptions*); il recesso legale di pentimento del consumatore (*ius se poenitendi*) 'imita' il *cooling-off period* che può escludere l'anticorrenzialità di un'intesa da parte dell'autorità competente; la valutazione di merito creditizio che l'intermediario è obbligato a condurre nella fase precontrattuale 'imita' lo *standard* di *responsible lending* in sede di vigilanza bancaria, ecc.

Si rinvergono dunque le basi normative per parlare di un diritto privato dei rapporti esterni delle imprese (secondo la formula di Karsten Schmidt, che a sua

¹² Sulla dialettica tra parte generale e parte speciale del diritto europeo dei contratti, v. E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo tra parte generale e norme di settore*, Milano, 2008; F. AZZARRI, *Ricodificazione del diritto dei contratti: il ruolo della parte generale e l'influenza delle discipline di settore*, in *Contr. e impr.*, 2019, p. 571 ss.

¹³ G. DE CRISTOFARO, *40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future*, in *Contr.*, 2019, p. 177 ss.

¹⁴ C. HODGES e N. CREUTZFELDT, *Transformation in Public and Private Enforcement*, in H.-W. MICKLITZ e A. WECHSLER (ed. by), *The Transformation of Enforcement. European Economic Law in Global Perspective*, London, 2016, p. 115 ss.; J. DREXL, *The Interaction Between Private and Public Enforcement in European Competition Law*, *ibidem*, p. 135 ss.

volta deriva da quella di Peter Raisch)¹⁵, distinguendo poi al suo interno la disciplina dei contratti unilateralmente commerciali (B-to-C) e quella dei contratti bilateralmente commerciali (B-to-B), e forse anche categorie intermedie per i piccoli imprenditori, le microimprese, ecc. che sono assimilabili all'uno o all'altro estremo.

Ciò non significa che la tutela del consumatore nei confronti dell'impresa non possa essere più stringente o protettiva rispetto alla tutela di un'impresa nei confronti di un'altra impresa, per quanto quest'ultima possa essere debole dal punto di vista socio-economico o informativo. L'elemento comune alle due categorie di contratti è dato dalla funzionalizzazione della loro disciplina alla regolazione del mercato: ma proprio per questo, ha senso che esse possano differenziarsi, dato che a paradigmi diversi di fallimento del mercato possono darsi risposte regolatorie diverse¹⁶. D'altro canto, quando il paradigma di fallimento del mercato sia invece lo stesso, non sembra si possa aprioristicamente escludere che le norme a tutela del consumatore siano applicabili per analogia anche all'impresa debole, in quanto compatibili¹⁷.

4. Il *private enforcement* delle discipline pubblicistiche di regolazione del mercato

La disciplina europea dei contratti (d'impresa) può essere dunque formalizzata concettualmente come un "diritto privato regolatorio"¹⁸, nel quale la linea di

¹⁵ Per ampi riferimenti al dibattito tedesco in materia, v. G. CIAN, *Dall'antica bipartizione "contratti civili – contratti commerciali" all'odierna pluripartizione dei rapporti obbligatori: valore sistematico ed ermeneutico di una classificazione per differenti discipline*, in P. SIRENA (a cura di), *La disciplina europea dei contratti d'impresa*, cit., p. 393 ss. e già G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 523 ss.

¹⁶ Mi permetto di rinviare a P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 787 ss.

¹⁷ Cfr. lo scambio di opinioni tra V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, e *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in ID., *Il contratto del duemila⁴*, Torino, 2020, p. 69 ss. e, rispettivamente, p. 95 ss., e A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore" (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 136 ss.; ID., *Vincenzo Roppo e la teoria 'non euclidea' del contratto (discussa con i casi dell'Euribor negativo e della fatturazione a 28 giorni)*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, p. 67 ss.

¹⁸ H.-W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law-The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, in *Yearbook of European Law*, vol. 28, 2009, p. 3 ss. V. inoltre Y. SVETIEV, *European Regulatory Private Law: From*

confine tra il settore tradizionalmente privatistico (la disciplina del contratto) e quello tradizionalmente pubblicistico (la regolazione del mercato) si fa labile¹⁹. Si pone così il problema inevitabile dei limiti entro i quali la regolazione del mercato sia suscettibile di *private enforcement* all'interno dei rapporti contrattuali d'impresa²⁰, segnatamente quando manca una "mediazione legislativa" che traduca tale regolazione in una disciplina applicabile ai rapporti intersoggettivi in senso orizzontale.

In un certo senso, è coerente con il quadro complessivo fin qui delineato ipotizzare che, sulla base della costituzione economica europea, la regolazione del mercato tenda naturalmente a tradursi in diritti e obblighi tra le parti dei rapporti contrattuali. In questo senso, può deporre la grande scelta di politica del diritto che fu compiuta dalla Corte di giustizia nella decisione del caso van Gend&Loos del 1963, in cui, grazie alla spinta decisiva di Alberto Trabucchi, fu affermato che

Conflicts to Platforms, in K. PURNHAGEN e P. ROTT (ed. by), *Varieties of European Economic Law and Regulation*, New York, 2014, p. 153 ss.; G. COMPARATO, H.-W. MICKLITZ e Y. SVETIEV, *The regulatory character of European private law*, in C. TWIGG-FLESSNER (ed. by), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham, 2016, p. 35 ss.; F. MEZZANOTTE, *L'appartenenza come tecnica di regolazione (a proposito di "Regulatory Property Rights")*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, p. 635 ss.; ID., *Regulation of Business-Clients Relationships Through "Organisational Law"*. *European Review of Contract Law*, vol. 13, 2017, p. 1 ss. V. altresì i saggi raccolti in H.-W. MICKLITZ e Y. SVETIEV (ed. by), *A Self-sufficient European Private Law: A Viable Concept?*, in *EUI Working Paper Law* 2012(31), <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/24534>, e in H.-W. MICKLITZ, Y. SVETIEV e G. COMPARATO (ed. by), *European Regulatory Private Law – The Paradigm Tested*, in *EUI Working Paper Law* 2014(4), <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/31137>.

¹⁹ A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)* e G. NAPOLITANO, *Miti e funzioni del diritto privato nella sfera del diritto amministrativo*, entrambi V. Roppo e P. Sirena (a cura di), in *Il diritto civile, e gli altri*, Milano, 2013, p. 371 ss. e, rispettivamente, p. 393 ss.; G.A. BENACCHIO e M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Napoli, 2016.

²⁰ S. GRUNDMANN, *Privatrecht und Regulierung*, in M. AUER, H.C. GRIGOLEIT, J. HAGER *et alii* (hrsg. von), *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert. Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, Berlin, 2017, p. 930 ss. V. anche H.-W. MICKLITZ, *The Public and Private – European Regulatory Law and Financial Services*, in *European Review of Contract Law*, vol. 10, 2014, p. 473 ss.; O.O. CHEREDNYCHENKO, *Financial Consumer Protection in the EU: Towards a Self-Sufficient European Contract Law for Consumer Financial Services*, *ibidem*, p. 476 ss.; Y. SVETIEV e A. OTTOW, *Financial Supervision in the Interstices between Private and Public Law*, *ibidem*, p. 496 ss.; H. MARJOSOLA, *What Role for Courts in Protecting Investors in Europe – A View from Finland*, *ibidem*, p. 54 ss.; F. DELLA NEGRA, *The Private Enforcement of the MiFID conduct of business rules. An overview of the Italian and Spanish experiences*, *ibidem*, p. 571 ss.; F. MÖSLEIN, *Third Parties in the European Banking Union: Regulatory and Supervisory Effects on Private Law Relationships Between Banks and their Clients or Creditors*, in *European Business Organization Law Review*, vol. 16, 2015, p. 545 ss.

la violazione dei Trattati istitutivi (e più in generale del diritto europeo) può essere fatta valere in giudizio dai privati nei confronti degli Stati membri²¹.

Tuttavia, non si può nascondere che la pervasività della regolazione del mercato mediante clausole generali che tendono a essere sempre più vaghe può suscitare qualche fondata preoccupazione. Se si pensa, ad es., alla nebulosità del dibattito attuale ESG nel diritto d'impresa, in particolare (ma non solo) per quanto riguarda la decarbonizzazione, l'ipotesi di una *Drittwirkung* della regolazione del mercato nei rapporti contrattuali d'impresa sembra quanto meno prematura.

²¹ Per i necessari riferimenti e qualche elemento di discussione, v. P. SIRENA, *Il Discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 652 ss.

Dalla dicotomia fra contratti civili e contratti commerciali alla frammentazione della disciplina del contratto. Nuove riflessioni sui contratti d'impresa

SOMMARIO: 1. Contratti commerciali e contratti d'impresa. Notazioni terminologiche. – 2. La ricostruzione tipologica della realtà degli atti di autonomia privata: mancanza di un referente tipologico unitario. – 3. I diversi riferimenti di principio degli atti di autonomia privata nel diritto costituzionale interno e nel diritto europeo. – 4. La ricostruzione tipologica dei contratti d'impresa: diverse sottocategorie, pur nella costanza del dato della strumentalità rispetto all'attività d'impresa e al funzionamento dei mercati. – 5. Valorizzazione della priorità sistematica della disciplina delle attività e dei mercati rispetto a quella dei singoli atti. – 6. L'unificazione della disciplina generale dei contratti nel codice civile del 1942: il recepimento di diverse norme giuscommercialistiche in un quadro generale che si voleva confermare immutato. – 7. La riemersione di una peculiarità dell'autonomia d'impresa nel dibattito dottrinale. – 8. Conferma di questo orientamento, alla luce del dibattito odierno. – 9. Un tentativo di delineare i profili disciplinari propri dell'autonomia d'impresa. – 9.1. La “libertà contrattuale” dell'impresa. – 9.2. La parte generale della disciplina del contratto come insieme di norme residuali, per ciò che riguarda l'autonomia d'impresa. – 9.3. La formazione del rapporto contrattuale e i rapporti di fatto. – 9.4. Regolazione privata e regolazione amministrativa dei contratti d'impresa. – 9.5. Il controllo causale nei contratti d'impresa. – 9.6. Profili rimediali nella disciplina dei contratti d'impresa.

1. Contratti commerciali e contratti d'impresa. Notazioni terminologiche

L'organizzazione di questo convegno mi ha affidato un intervento sul tema “contratti civili e contratti commerciali”. Il tema potrebbe essere trattato retrospettivamente, ripercorrendo i ragionamenti che si facevano quando questa distinzione aveva una sicura rilevanza per il diritto positivo ed anche – fino all'abolizione dei tribunali di commercio – per la scelta della giurisdizione.

Non è questo, però, il profilo su cui vorrei soffermarmi. Il tema più interessante mi sembra quello relativo alla possibilità (o meno) di attualizzare, in qualche modo, tale distinzione in un sistema giuridico come quello italiano,

che non contiene più una disciplina separata dei contratti civili e di quelli commerciali.

Prima di procedere oltre, vorrei fare una rapida riflessione terminologica.

Il termine “contratti commerciali” potrebbe essere, ancor oggi, convenzionalmente usato per designare, in generale, gli atti di autonomia privata che vedano partecipe un imprenditore. Peraltro, nell'uso corrente il termine continua ad essere largamente usato come sinonimo di “contratti d'impresa”, nel senso generico di contratti in cui almeno una delle parti è *necessariamente* un'impresa.

Sul piano delle scelte terminologiche, il termine “contratti d'impresa” mi sembra peraltro preferibile, perché “contratti commerciali” richiama un contesto storico in cui il diritto commerciale era incentrato sulla nozione oggettiva di atto di commercio (anche occasionale) e si riconosceva l'autonomia “giuridica” del diritto commerciale, con fonti e codici separati. Nell'attuale sistema, in cui l'autonomia del diritto commerciale è divenuta solo “scientifica” o “disciplinare”, e l'identità della disciplina è incentrata sulla nozione di impresa, rispetto alla quale la caratterizzazione in termini di “commercialità” è divenuta sempre meno netta, con l'evolversi dell'ordinamento, la scelta terminologica a favore della locuzione “contratti d'impresa” sembra preferibile¹.

È appena il caso di avvertire, peraltro, che questa non è una categoria ontologica e che non esiste una disciplina organica dei contratti “d'impresa”, completamente separata da quella dei contratti “civili”: la disciplina dei primi risulterà pur sempre da una combinazione di norme specifiche e di norme comuni ad altre categorie di contratti. Questa caratteristica era già presente, peraltro, nella distinzione fra contratti civili e contratti commerciali al tempo della separazione dei codici: nella speciale gerarchia delle fonti del diritto commerciale di allora, le norme generali sui contratti civili erano anch'esse fonte di diritto per i rapporti commerciali, ma lo erano solo in via residuale, subordinatamente alle “leggi commerciali” e agli “usi mercantili”². Ciò dava luogo ad una disciplina in cui i

¹ Nello stesso senso v. L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Giappichelli, Torino, 2013, 25. Secondo A.A. DOLMETTA, *Sui “contratti d'impresa”: ipoteticità di una categoria (ricordo di Arturo Dalmartello)*, in *Jus*, 2009, 303, i due termini (“contratti commerciali” e “contratti d'impresa”) sono impiegati, nel linguaggio giuridico corrente, come sinonimi. Sul punto – come è detto nel testo – si può convenire.

² L'interferenza fra le due discipline era accentuata dall'apporto dottrinale. Il quarto volume del Trattato di Vivante, dedicato alle “obbligazioni commerciali” si apre con un capitolo dedicato al negozio giuridico in generale, che ripropone la dottrina ortodossa del negozio giuridico come dichiarazione di volontà come base sistematica anche della disciplina dei contratti commerciali. Contemporaneamente, però, Vivante affermava che alcune norme del codice di commercio (faceva l'esempio di quelle relative alla conclusione dei contratti *inter absentes*) potevano avere applica-

contratti commerciali (e in verità anche gli atti unilaterali), in virtù del peculiare regime delle fonti, fruivano di una disciplina che poteva derogare con relativa facilità a norme, anche imperative, della disciplina generale civilistica del contratto.

Il problema di oggi è se qualche parte di quella esperienza sia rimasta nel nuovo sistema a fonti unificate; in un sistema, peraltro, in cui – torneremo fra poco sul punto – il carattere residuale della disciplina generale dei contratti sembra riconosciuto in termini più ampi e diversificati di quanto accadeva al tempo della dicotomia fra contratti civili e contratti commerciali (basti pensare ai contratti di lavoro e ai contratti dei consumatori, per limitarci a categorie consolidate). Rimane dunque oggi un punto fermo che deve evitarsi la tentazione di costruire l'intero sistema dell'autonomia privata su una dicotomia, ritenuta esaustiva, fra due grandi categorie di contratti, laddove le distinzioni da compiere sono molto più articolate³.

In realtà, il messaggio che l'uso del termine “contratto d'impresa” (o, meglio ancora, “autonomia d'impresa”) intende veicolare, sul piano sistematico, è quello per cui la strumentalità del contratto rispetto all'esercizio di un'attività d'impresa può essere ragion sufficiente per l'individuazione, in via interpretativa, di soluzioni normative specifiche per tale categoria di contratti, anche quando il riferimento normativo, rinvenibile negli artt. 1321 ss., sembrerebbe orientare verso soluzioni uniformi per tutte le categorie di contratti.

2. La ricostruzione tipologica della realtà degli atti di autonomia privata: mancanza di un referente tipologico unitario

Per sviluppare il punto accennato, vorrei muovere da una constatazione già enunciata: mi sembra ormai largamente condivisa, anche in questo convegno, la tesi che nega valore di principio alle norme di parte generale dei contratti nel codice civile, attribuendo piuttosto alle stesse un carattere di norme generali residuali; e, nella stessa prospettiva, ammette l'estensione analogica di norme speciali, dettate per singoli tipi contrattuali⁴.

zione analogica anche nel campo dei contratti civili, determinando così una “reciproca influenza” fra le due discipline (C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*⁵, Vallardi, Milano, 1935, IV, 6).

³ In tal senso v., fondamentalmente, G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, 1084 ss.

⁴ Il tema è al centro di ampio dibattito ormai da anni. V. ad es. F. AZZARRI, *Ricodificazione del diritto dei contratti: il ruolo della parte generale e l'influenza delle discipline di settore*, in *Contratto e impresa*, 2019, 571 ss., ove anche proposte di riforma della disciplina generale del contratto individuale, costituente archetipo della parte generale del codice vigente.

Questo orientamento – di cui Giorgio De Nova ha rivendicato la formulazione iniziale – è, a mio avviso, corretto. Esso muove da quella che, usando la terminologia ascarelliana, possiamo chiamare “ricostruzione tipologica della realtà sociale”, che dovrebbe sempre costituire necessaria premessa di qualsiasi ragionamento giuridico destinato alla costruzione della disciplina normativa applicabile a tale realtà.

In questa prospettiva, il fatto che la disciplina generale del contratto del codice civile sia considerata come avente un valore residuale e non di principio, si giustifica, a parte ogni altra argomentazione giuridica (su cui v. *infra*), almeno per la mancanza di un referente tipologico unitario.

Se oggi la dottrina generale del negozio giuridico è pressoché abbandonata perché troppo astratta, altrettanto si può dire per la teoria generale del contratto. L'autonomia privata è oggi un arcipelago di operazioni funzionalmente differenziate. L'idea archetipica di contratto, come atto di scambio paritario fra individui proprietari e portatori di libere volontà, continua ad avere un suo spazio nella vita reale, ma copre una frazione minima di quella magmatica realtà che viene toccata da atti di autonomia privata: concetti tipologici così diversi come quelli relativi, per esempio, a un accordo economico collettivo, all'acquisto di un bene di consumo mediante un distributore automatico, a un patto parasociale, a un patto di convivenza fra persone adulte, ecc., reclamano evidentemente discipline differenziate (almeno in parte), appropriate ai diversi assetti di interesse e ai diversi principi e valori implicati nei diversi fenomeni della vita reale nei quali si verificano segmenti di “accordi aventi contenuto patrimoniale” (cioè “contratti”, nel significato normativo elementare del termine). Non esiste un concetto tipologico di contratto che possa costituire il paradigma unificante dell'autonomia privata nelle sue diverse manifestazioni.

3. I diversi riferimenti di principio degli atti di autonomia privata nel diritto costituzionale interno e nel diritto europeo

A questa considerazione di metodo, si aggiungono altre argomentazioni, di diritto positivo.

In primo luogo, la mancanza di una base costituzionale unitaria riferibile al contratto “in generale”. Infatti, l'autonomia privata, nella Costituzione, è una situazione giuridica strumentale rispetto a diverse situazioni di interesse giuridicamente protette, e gode di diversi tipi di tutela “indiretta”, in coerenza con la

Di recente, ha espresso preoccupazioni – a mio avviso infondate – sulla tendenza a rendere residuali le norme di parte generale dei contratti E. SCODITTI, *Perché non possiamo rinunciare alla parte sui contratti in generale nel codice civile*, in *Foro it.*, 2022, V, 106 ss.

situazione primaria di cui l'autonomia costituisce, di volta in volta, strumento; strumento, peraltro, necessario, senza il quale le diverse libertà non potrebbero effettivamente esplicarsi. In altri termini, sono differenti i principi governanti l'atto di autonomia del proprietario, del testatore, dell'associato, del lavoratore subordinato, dell'individuo nei rapporti familiari o strettamente personali e, infine, dell'imprenditore nell'esercizio della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.⁵. La peculiarità dei principi inerenti all'esercizio dell'autonomia privata dell'imprenditore è accentuata dopo la recente riforma degli artt. 9 e 41 Cost., che ha rafforzato i limiti – non soggetti, testualmente, a riserva di legge – previsti dal secondo comma di quest'ultima norma⁶.

Al dato costituzionale interno si aggiunge quello fornito dal diritto europeo, le cui fonti hanno sconvolto l'idea stessa di disciplina generale del contratto, introducendo normative fortemente differenziate per diverse tipologie di contratti: non solo per i contratti dei consumatori, ma anche per le più diverse modalità di esercizio dell'autonomia privata, destinate ad essere inquadrate in complesse discipline di regolazione dell'attività economica in cui esse si inseriscono e spesso governate da principi ben lontani dalle regole civilistiche tradizionali⁷.

Vi sono dunque ragioni normative di principio che giustificano una trattazione giuridica del tema degli atti di autonomia privata dell'imprenditore che veda questi ultimi come momento e strumento all'interno di quella attività economica che è oggetto primario di rilevanza da parte dell'ordinamento e così condiziona la disciplina dell'atto con modalità diverse da quelle che possono riferirsi ad altri campi di esercizio dell'autonomia privata.

⁵ Cfr. M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di G. Gitti, M.R. Maugeri, M. Notari, Il Mulino, Bologna, 2012, 48-9, ove altri riferimenti, cui *adde* M. SPINOZZI, *Brevi note in ordine alla funzionalizzazione dell'autonomia privata a scopi di utilità sociale*, in *Jus Civile*, 2013, 694 ss.

La posizione esposta nel testo contrasta, evidentemente, con la diffusa affermazione secondo cui l'autonomia privata, in generale, costituirebbe espressione della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.

⁶ Cfr. R. NATOLI, *Impresa e responsabilità nel prisma del New Green Deal europeo*, in *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale – Studi dedicati a Mauro Giusti*, Cedam, Padova, 2021, 287 ss.

⁷ V.A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività. I contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, Cedam, Padova, 2003, III, 3 ss., ove è efficacemente segnato il fenomeno di disgregazione della disciplina generale tradizionale del contratto, sotto l'influsso delle norme europee.

Il punto è stato ampiamente confermato e sviluppato nella letteratura successiva, per la quale v. soprattutto S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*³, Giappichelli, Torino, 2020.

Più di recente, v. R. FORNASARI, *Crepuscolo degli idoli. Dalla frammentazione del soggetto alla frammentazione del contratto*, in *Jus Civile*, 2019, 417 ss.

4. La ricostruzione tipologica dei contratti d'impresa: diverse sottocategorie, pur nella costanza del dato della strumentalità rispetto all'attività d'impresa e al funzionamento dei mercati

In questa prospettiva, può riconoscersi che i “contratti d'impresa” – a differenza del “contratto” in generale – appaiono caratterizzati da un referente tipologico preciso, costituito appunto dall'essere momenti strumentali (necessari) nell'ambito di un'attività di produzione di beni o servizi per il mercato. Sono dunque, in primo luogo, i contratti, seriali o di durata, che danno luogo alla serie di operazioni mediante le quali si realizza l'esercizio di un'attività economica imprenditoriale.

La considerazione di questo nucleo essenziale della categoria dei contratti d'impresa denota già un profondo mutamento di prospettiva, rispetto all'idea che tradizionalmente si aveva del contratto, sotto il profilo funzionale. Il contratto, infatti, non appare più come il motore di una dinamica economica animata da atti di disposizione occasionali di soggetti proprietari, ma come un tassello (uno strumento necessario) dell'attività d'impresa. Impresa che, a sua volta, è protagonista dell'economia di mercato, ed è caratterizzata da continuità organizzativa e gestionale. L'attività d'impresa, inoltre, è soggetta a regolazioni privatistiche e amministrative di vario tipo, che riverberano i loro effetti sulla disciplina dei contratti strumentali rispetto all'attività⁸.

In realtà, la nozione (sempre “tipologica”) del contratto d'impresa può essere allargata, andando oltre i contratti seriali o di durata di cui si è detto. Nella classica trattazione di Dalmartello⁹ si individuavano altre due categorie di contratti tipicamente imprenditoriali: i contratti necessari per la costituzione e l'organizzazione delle imprese (cioè i contratti preparatori per l'avvio dell'attività e quelli che incidono sull'organizzazione e la gestione dell'impresa, fra cui possono considerarsi anche i patti parasociali) e i contratti di collaborazione fra imprese indipendenti. Anche queste due categorie possono essere tipologicamente ben definite e si caratterizzano per l'essere anch'esse, in ogni caso, strumentali rispetto all'esercizio di un'attività d'impresa. Intuitivamente, la differenza con i contratti seriali o di durata che costituiscono strumento di attuazione di un'attività produttiva di beni e ser-

⁸ V., da ultimo, A. TUCCI, *Il diritto dell'economia: “dispute metodologiche e contrasti di valutazione”*, in *Riv.dir.comm.*, 2021, I, 777, che parla di “*tensione fra una visione ‘tradizionale’, che esalta nel contratto la natura di fonte di regolamentazione dei privati interessi, e la sua possibile utilizzazione in funzione di regolazione del mercato, da parte dei poteri pubblici*”.

Più in generale, sulla possibilità di una disciplina dell'attività condizionante la disciplina dei singoli atti che la costituiscono, v. G. AULETTA, *Attività*, in *Enc. Dir.*, III, Giuffrè, Milano, 1959, 981 ss.

⁹ A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*³, Cedam, Padova, 1962 (la prima edizione è del 1952).

vizi in corso è evidente, ma l'insegnamento di Dalmartello merita ancora grande considerazione. La figura degli atti organizzativi merita anzi di essere allargata, considerando anche (come si vedrà meglio *infra*, § 9.2) la rilevanza giuridica dei rapporti di fatto nell'organizzazione dell'impresa. Di importanza centrale è poi la considerazione che lo svolgimento dell'attività d'impresa non comporta solo una pluralità di contratti finalizzati all'acquisizione dei mezzi di produzione o alla collocazione sul mercato dei beni e servizi prodotti, ma anche una pluralità di contratti finalizzati alla collaborazione di imprese fra loro¹⁰.

Quanto detto evidenzia che anche nella categoria dei contratti d'impresa compaiono sottotipi dotati di loro peculiarità. Questa articolazione interna diviene massima per alcune categorie, come i contratti di lavoro e i contratti dei consumatori, che hanno acquistato autonomia sul piano sistematico, pur rimanendo contratti caratterizzati dalla presenza, essenziale o almeno normale, di una parte imprenditoriale. Altre categorie, come i contratti di organizzazione, richiedono sviluppi propri in larga parte divergenti da quelli tipici dei contratti bilaterali.

Tuttavia, ferma restando l'autonomia raggiunta dalle categorie ora ricordate, credo che rimanga un ampio spazio per valorizzare, sul piano sistematico, l'esistenza di atti di autonomia che si pongono in rapporto di strumentalità necessaria con l'attività produttiva di beni e servizi (i.e. con l'impresa come attività), nel senso che non potrebbero esserci i primi senza la presenza di un'attività in corso o in preparazione, così come non ci sarebbe quest'ultima senza una pluralità di contratti strumentali o attuativi.

In questo senso, rimane netta la differenza rispetto all'atto di disposizione di beni da parte del privato proprietario, comportante un'alterazione occasionale di un precedente assetto patrimoniale e, insieme, un incontro occasionale di libere volontà. I contratti d'impresa non sono operazioni isolate, ma si inseriscono, in vario modo, in sistemi di operazioni fra loro collegate, al fine di realizzare una certa attività economica.

Il punto cruciale è dunque quello di valorizzare il nesso di strumentalità necessaria con l'attività nella costruzione della disciplina applicabile a questa categoria di atti di autonomia privata.

La frammentazione, che certo deve essere constatata, della disciplina generale del contratto, non esclude che, in questo ambito, un ampio spazio rimanga per la categoria dei contratti d'impresa¹¹.

¹⁰ "Accordi di cooperazione orizzontale" o verticali, secondo la terminologia adottata dalla Commissione UE (v., da ultimo, le *Draft Guidelines* pubblicate il 1° marzo 2022).

¹¹ Diversamente A. BREGOLI, *I contratti di impresa*, in *Giur.comm.*, 2008, I, 140 ss., secondo cui l'avvenuta frammentazione della teoria generale del contratto induce ad abbandonare l'idea di costruire uno statuto unitario dei contratti d'impresa.

5. Valorizzazione della priorità sistematica della disciplina delle attività e dei mercati rispetto a quella dei singoli atti

Ciò posto, si deve sottolineare come, a loro volta, le caratteristiche dell'attività imprenditoriale sono segnate dal tipo di mercato in cui essa si inserisce. La notazione è frequente, nella dottrina sui contratti d'impresa¹² e può avere anche risvolti terminologici (Enzo Roppo, in questo convegno, ha utilizzato l'espressione "contratti di mercato", che è soluzione brillante, ma, a mio avviso, non comporta – per le ragioni *infra* espresse – un guadagno espressivo tale da giustificare la scelta terminologica innovativa).

In proposito, si deve rilevare come tutti i contratti comportanti scambi di beni patrimoniali si inseriscono, *lato sensu*, in qualche tipo di mercato. La tradizionale teoria generale del contratto è fondata sul tipo ideale dei mercati precapitalistici, che avevano un ruolo limitato nell'organizzazione complessiva della società di allora ed erano tendenzialmente vicini al modello di concorrenza perfetta¹³ (posto anche a base della teoria microeconomica standard¹⁴). La realtà dei mercati attuali vede invece, come tipo ideale di base, quello della concorrenza imperfetta (o "monopolistica"), con presenza, più o meno accentuata, di potere di mercato in capo ad alcune imprese operanti in detti mercati e la dilatazione della domanda dei "consumatori" (un tempo limitata dall'esistenza di ampi fenomeni di autoproduzione). Inoltre, una pluralità di mercati è caratterizzata da una intensa regolazione amministrativa delle attività di imprese, in cui diversi momenti (p.e. gestione di infrastrutture e accesso alle stesse, rapporti di utenza) sono oggetto di pervasiva disciplina, anche se formalmente strutturati come accordi (fra imprese o fra imprese ed utenti).

Vi sono poi casi in cui la regolazione impone la gestione accentrata degli scambi in determinati mercati: così gli strumenti finanziari, di norma, non sono oggetto di scambi diretti fra venditori e compratori, ma vengono immessi in un circuito a gestione accentrata, in cui ciascun operatore conclude accordi con intermediari specializzati e autorizzati, per cui troviamo diversi "contratti" che

¹² Sulla necessità di collocare la disciplina dei contratti d'impresa nel contesto di mercato in cui l'attività si svolge v., p.e., L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2002. Più in generale, F. MACARIO, *Dai "contratti delle imprese" al "terzo contratto": nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2009, 329, giustamente rileva come l'interferenza fra disciplina del contratto e disciplina del mercato costituisca l'idea di fondo delle dottrine in materia di contratti d'impresa.

¹³ V., p.e., M.R. MAUGERI, *Diritto civile e diritto commerciale: l'unità del diritto privato, oggi*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3/2015, 1 ss.

¹⁴ Cfr. A. RONCAGLIA, *Economisti che sbagliano*, Laterza, Bari-Roma, 2010, 80-1.

coprono segmenti dell'operazione economica, ma questa, nella sua interezza, non è più coperta da un contratto unitario¹⁵.

Senza continuare nell'esemplificazione, si deve ribadire come le differenti tipologie di contratti richiedano la costruzione di norme differenziate.

È intuitiva l'esigenza che i contratti di scambio occasionali siano – e debbano continuare ad essere – disciplinati da norme che circondano di garanzie formali e sostanziali l'atto di disposizione, al fine di garantire certezza di rapporti e libertà del volere individuale, a costo di rigidità nella conclusione e nell'esecuzione del contratto. Le norme generali di ascendenza romanistica sono, in linea di massima, ancora adatte a soddisfare questa esigenza, anche se l'espansione sistematica del principio di buona fede tende ad erodere regole tradizionali ispirate a dare prevalenza alla certezza giuridica degli scambi.

Viceversa, nei contratti d'impresa ciò che conta maggiormente è la continuità e l'efficienza dell'attività svolta (a parte la rilevanza crescente dell'equità dei rapporti di scambio), mentre il profilo proprietario rimane sullo sfondo. Non si giustificano per esempio, in linea di principio, rigidità e formalismi in sede di conclusione, interpretazione, esecuzione del rapporto: possono invece diventare normali i comportamenti concludenti, l'interpretazione oggettiva del contratto (che tenga conto dell'eventuale serialità dell'atto da interpretare), la rinegoziazione obbligatoria del rapporto, ecc. (il che non esclude poi che singoli segmenti dell'attività di impresa siano disciplinati in modo rigido e formale, al fine di far prevalere esigenze di certezza giuridica).

6. L'unificazione della disciplina generale dei contratti nel codice civile del 1942: il recepimento di diverse norme giuscommercialistiche in un quadro generale che si voleva confermare immutato

Il codice civile del 1942 ha voluto unificare la disciplina generale dei contratti civili e commerciali. Una serie di norme giuscommercialistiche sono divenute così norme di parte generale del contratto (p.e. l'esecuzione prima della risposta dell'accettante, l'offerta al pubblico, l'inserzione automatica di clausole, gli usi interpretativi, il criterio di interpretazione tipologico dell'art. 1369 c.c., ecc.). Altre volte, il contratto dell'imprenditore è stato oggetto di norme speciali (come l'art. 1330 c.c.).

Ciò – insieme con la scelta di far transitare alcune norme commercialistiche, come la presunzione di solidarietà e la produzione *ex lege* di interessi pecu-

¹⁵ Cfr. C. ANGELICI, *Sul "contratto" di borsa*, Giuffrè, Milano, 2021.

niari, nella disciplina generale delle obbligazioni – ha indotto spesso a ritenere avvenuta una “commercializzazione del diritto privato”, con la definizione di una disciplina generale delle obbligazioni e dei contratti piegata a soddisfare le esigenze dell'economia di mercato capitalistica¹⁶. La realtà è però più complessa.

Il punto critico è costituito dal fatto che la sintesi operata dal legislatore ha comportato anche l'unificazione del sistema delle fonti ed ha così sottratto ai contratti commerciali il terreno su cui tradizionalmente potevano costruire la loro evoluzione. In questa prospettiva, se il referente tipologico degli interpreti, nell'interpretare le norme di parte generale del contratto, rimane quello “euclideo”¹⁷ dello scambio fra pari in un mercato aperto, che – nell'assunto teorico – soddisfa contemporaneamente l'utilità individuale e quella collettiva, quelle norme “commercialistiche”, se pur acquisite alla disciplina generale, assumono tendenzialmente un carattere di specialità, o addirittura di eccezionalità, rispetto ai supposti principi generali della materia, e non sono valorizzate sul piano sistematico.

Questo spettro dell'eccezionalità ha colpito più o meno tutte le norme codicistiche che hanno dato rilievo all'autonomia d'impresa; talora la vicenda giurisprudenziale si è conclusa con il superamento della tesi dell'eccezionalità (ad esempio per gli artt. 1330¹⁸ e 2558), talaltra, invece, ha visto bloccare i tentativi di applicazione estensiva della norma (come per l'art. 2597).

La verità è che l'idea stessa dell'eccezionalità delle norme espresse sull'autonomia d'impresa non sarebbe dovuta mai sorgere. Infatti, i contratti d'impresa non hanno alcunché di eccezionale: sono strumenti funzionali all'efficienza dei mercati in cui le imprese operano (cioè essenziali per il funzionamento dell'economia di mercato, che costituisce il modello-base della nostra costituzione economica); i mercati, a loro volta, sono strutture in continua evoluzione e caratterizzate da profonde disparità di potere fra i diversi soggetti in esse operanti. La disciplina dei contratti strumentali rispetto all'attività d'impresa dovrebbe essere in grado di assecondare questo dinamismo e, al contempo, di presentare strumenti idonei e contrastare l'esercizio abusivo del potere di mercato. Si tratta di profili che non erano presenti nella disciplina generale del contratto di ascendenza romanistica ed erano presenti, invece, nella disciplina tradizionale dei

¹⁶ V., p.e., B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. da F. Galgano, II, Cedam, Padova, 1978, 309 ss. V. anche *infra*, nt. 21.

¹⁷ Secondo la brillante metafora di A. ZOPPINI, *Vincenzo Roppo e la teoria “non euclidea” del contratto (discussa con i casi dell'Euribor negativo e della fatturazione a 28 giorni)*, in *Riv.dir.comm.*, 2021, I, 67 ss.

¹⁸ La vicenda è ripercorsa, da ultimo, da M. RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, Pacini, Pisa, 2021, 60-1.

contratti commerciali, con il ruolo preponderante attribuito, nella gerarchia delle fonti, alle leggi commerciali e agli usi commerciali.

In effetti, la debolezza sistematica di una disciplina generale del contratto, unificante il trattamento giuridico dei contratti civili e di quelli commerciali, fu notata già appena entrato in vigore il codice civile. Luigi Lordi, in un breve articolo¹⁹ dichiaratamente volto ad esaltare la c.d. commercializzazione del diritto privato – che si riteneva avvenuta con l'unificazione dei codici – notava però che l'unificazione della disciplina generale del contratto non aveva tenuto conto della diversa velocità di evoluzione dei contratti civili e di quelli commerciali. Egli riteneva però, ottimisticamente, che la dinamica dei contratti commerciali avrebbe continuato a realizzarsi mediante lo strumento degli usi negoziali, a loro volta prodromici rispetto ad interventi di legislazione speciale. Questa previsione, vista a distanza di tanto tempo, sembra aver colto lucidamente fenomeni che si sono poi effettivamente, in parte, verificati. In essa è però implicito il riconoscimento che la modernizzazione della disciplina dell'autonomia privata, con particolare riferimento alla negoziazione d'impresa, non passa attraverso la disciplina generale dei contratti del codice civile, ma attraverso la continua emersione di fenomeni extracodicistici.

Negli anni successivi, la riflessione dottrinale sulla disciplina generale dei contratti commerciali non è stata particolarmente coltivata, dalla dottrina giuriscommercialistica, con la grande eccezione del contributo di Arturo Dalmartello²⁰, volto ad inquadrare le norme sui contratti d'impresa in una visione unitaria del diritto privato, coerente con l'unificazione dei codici. Nella visione di D., tuttavia, la trattazione sistematica dei contratti d'impresa si giustificava in una prospettiva di autonomia soltanto “scientifica” del diritto commerciale. Il contributo di questo autore, nella sua versione originaria, non si distaccava da quella che, successivamente, è stata prospettata come versione soltanto “descrittiva” della categoria dei contratti d'impresa²¹.

¹⁹ L. LORDI, *Contratti civili e contratti commerciali*, in *Riv.dir.comm.*, 1942, I, 139 ss.

²⁰ A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*³, Cedam, Padova, 1962 (la prima edizione è del 1951).

²¹ V., in particolare, F. DI MARZIO, *I contratti d'impresa. Profili generali*, Utet, Torino, 2008. Nello stesso senso, in numerosi contributi, si esprimeva Francesco Galgano, sostenendo che la disciplina generale del contratto del codice civile era ormai “commercializzata”, sicché non vi sarebbe stata più necessità di contrapporre contratti civili e contratti commerciali. Prudente, sull'idea della costruzione di una disciplina generale dei contratti d'impresa *a latere* rispetto ai contratti individuali, si manifestò anche G. OPPER, *I contratti d'impresa fra codice civile e legislazione speciale*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, 841 ss., pur riconoscendo l'imponenza dell'insieme di norme di legge destinato alla contrattazione d'impresa.

7. La riemersione di una peculiarità dell'autonomia d'impresa nel dibattito dottrinale

Col passare degli anni, la riflessione sulla differenza fra contratti individuali e contratti d'impresa si è sviluppata con l'osservazione secondo cui autonomia individuale e autonomia d'impresa hanno non solo diverse dinamiche evolutive, ma anche diversi principi giuridici di riferimento (tutela della proprietà e certezza degli scambi, da un lato; tutela dell'impresa ed efficienza dei mercati, dall'altro); con la conseguenza che, in funzione di tali principi, l'interpretazione delle stesse norme di parte generale del contratto possa avere esiti differenziati a seconda che debba applicarsi ad un contratto individuale o ad un contratto d'impresa²².

Questa linea di pensiero, volta a individuare, al di là della ricognizione delle norme di legge postulanti la presenza di un'impresa, principi giuridici atti a costruire, per via di interpretazione sistematica, regole giuridiche prettamente rivolte ad atti di autonomia privata compiuti da imprese, si è inizialmente sviluppata con le riflessioni, mie e di Portale²³, sull'ammissibilità di negozi astratti da ritenere validi se e in quanto la giustificazione causale possa trarsi da una valutazione complessiva dell'attività d'impresa in cui l'impegno astratto si inserisce.

Successivamente, questa linea di pensiero si è arricchita con il contributo di Carlo Angelici, volto a valorizzare, in particolare, l'idea della dipendenza della disciplina dell'atto da quella dell'attività e, soprattutto, le peculiari regole di formazione del vincolo contrattuale, applicabili alle attività d'impresa²⁴.

È significativo come lo stesso Dalmartello, in un suo tardo contributo, abbia riconosciuto, se pur con cautela, che la categoria dei contratti d'impresa potesse avere una funzione costruttiva di principi e regole peculiari e non un valore soltanto ricognitivo²⁵.

La piena valorizzazione dell'idea di principi e regole proprie dei contratti d'impresa si è avuta poi con Buonocore²⁶, che ha elaborato una vera e pro-

²² Salvo errore, questa linea di pensiero mi sembra avviata con M. LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, Giuffrè, Milano, 1971; la vicenda è ripercorsa in ID., *Autonomia individuale e autonomia d'impresa* (nt. 5),

²³ G.B. PORTALE, *Lezioni pisane di diritto commerciale*, Pisa University Press, 2014, 25 ss., ripercorre autobiograficamente i propri contributi sul contratto autonomo di garanzia, iniziati con lo scritto *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia nella prassi bancaria*, in *Jus*, 1977, 3 ss.

²⁴ C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Giuffrè, Milano, 1985, 183 ss.

²⁵ A. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1988. L'evoluzione del pensiero di D. è segnalata da Dolmetta (nt. 4), nonché in M. LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, in *Jus*, 2009, 288.

²⁶ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

pria dottrina normativa dei contratti d'impresa, individuando diversi principi ispiratori della disciplina: ambulatorietà del contratto, obblighi di trasparenza/informazione, variabilità della disciplina dell'invalidità, rilevanza dell'attività ai fini della definizione della causa negoziale, ecc.

Un tentativo di sviluppare questa linea è stato poi proposto da chi scrive, nel 2012²⁷.

Per lungo tempo, l'idea di inquadrare la disciplina degli atti di autonomia privata dell'imprenditore nel quadro dei principi generali di disciplina dell'attività d'impresa non ha trovato invece risponidenza diretta nella dottrina civilistica. Questa ha però seguito un diverso percorso, con esiti comparabili: soprattutto per influenza del diritto europeo e dell'impatto della disciplina specifica dei contratti dei consumatori, è maturata l'idea della frammentazione della disciplina generale del contratto, fino alla formulazione della dottrina del "terzo contratto", cioè della proposta di una categoria concettuale propriamente riferita a contratti "asimmetrici" conclusi fra imprenditori²⁸.

Questa linea dottrinale giuscivilistica interseca le stesse problematiche toccate dalla dottrina dei contratti d'impresa, ma le inquadra in una prospettiva di evoluzione "interna" della figura generale del contratto, anziché in una prospettiva di dipendenza sistematica della disciplina degli atti di autonomia dell'imprenditore da principi e norme disciplinanti l'attività d'impresa. (Questa differenza non è di poco conto, come si cercherà di segnalare più avanti).

Più di recente, è emersa anche una diretta sensibilità della dottrina civilistica, nel legare la constatata frammentazione della tradizionale disciplina generale del contratto alla rilevanza del collegamento fra singoli contratti e attività d'impresa. È stata così riconosciuta "la necessaria considerazione dell'impatto che la disciplina dell'attività è suscettibile di produrre rispetto all'applicazione delle norme contrattuali; più precisamente, questa disciplina può risultare prevalente rispetto alla parte generale del contratto, e portare alla disapplicazione delle relative regole, anche cogenti, nel momento in cui il modello normativo di riferimento

²⁷ V. *supra*, nt. 5.

²⁸ Un'accurata ricostruzione del dibattito, con opportuno collegamento fra le proposte dottrinali giuscommercialistiche e quelle giuscivilistiche, è proposta da F. MACARIO, *Dai "contratti delle imprese" al "terzo contratto": nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2009, 311 ss. Nella letteratura successiva va ricordato, per la difesa della categoria dogmatica dei contratti d'impresa, M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili storico-evolutivi). Parte prima (Forme e realtà nell'esperienza giuridica)*, Giappichelli, Torino, 2012.

non corrisponde al contratto concreto come risultante dall'inserimento nell'attività d'impresa"²⁹.

Sulla stessa linea di pensiero, altri contributi hanno proposto un largo uso dell'analogia rispetto alle numerose norme, soprattutto di provenienza europea, che disciplinano diverse modalità di svolgimento della contrattazione d'impresa³⁰.

Più di recente, un'ampia trattazione favorevole al riconoscimento di principi e regole proprie dell'autonomia d'impresa, è stata sviluppata da Mario Renna, in una trattazione monografica sull'evoluzione del sistema delle garanzie³¹.

Infine, proprio in questo convegno è stata proposta, da Enzo Roppo, una prospettiva di costruzione dicotomica della parte generale del contratto³², che vedrebbe da un lato il contratto paritario della tradizione e, dall'altro, i "contratti di mercato asimmetrici".

Credo che questa prospettiva meriti di essere coltivata, anche se con una doppia correzione: ritengo infatti – per ragioni che saranno meglio esplicitate più avanti – che l'asimmetria di potere negoziale, pur avendo grande rilevanza, anche giuridica, non sia un connotato essenziale per il riconoscimento di una peculiare rilevanza giuridica alla contrattazione d'impresa.

Inoltre, la prospettiva dicotomica sembra rinvigorire l'antica dicotomia fra contratti civili e commerciali, magari con la rinnovata terminologia di contratti individuali e contratti d'impresa. Tuttavia, come si è già prima osservato, la frammentazione della categoria generale del contratto porta a ritenere non esaustiva una proposta di costruzione di due grandi macrocategorie comprensive dell'intera serie di fenomeni.

La prospettiva corretta, come si è già accennato, non consiste nel proporre una costruzione dogmatica autosufficiente della categoria del contratto d'impresa, bensì quella di interpretare le norme generali sui contratti, dando la giusta ri-

²⁹ L. NONNE (nt. 1), 17. L'a. sviluppa poi un'ampia *pars construens*, in cui delinea una disciplina peculiare dei contratti d'impresa sotto il profilo rimediabile.

³⁰ F. LAMICELA, *Correttezza e leale cooperazione tra contraenti in alcune norme di recente adozione. Spunti per una chiave di lettura dell'attuale evoluzione del diritto dei contratti*, in *Jus Civile*, 2016, 233 ss., la quale formula "l'ipotesi di un progressivo mutamento in senso oggettivo della strategia di regolazione delle interazioni negoziali di mercato seguita dal legislatore europeo e nazionale, in considerazione dell'incidenza che tali interazioni, anche solo indirettamente, esercitano sull'efficienza e vitalità delle dinamiche concorrenziali" (p. 273).

³¹ M. RENNA (nt. 18).

³² Una riflessione in tal senso era già parzialmente contenuta in V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669 ss.

levanza al fatto che esse possono applicarsi a situazioni diverse fra loro e che, in alcuni casi, le soluzioni interpretative possano essere influenzate dall'inquadramento di una certa situazione nel quadro dei principi costituzionali sulla libertà d'impresa e della rilevanza primaria che, in questo ambito, assume la disciplina dell'attività rispetto a quella del singolo atto.

L'accoglimento di questa prospettiva di ricerca non deve però essere posta nei termini di una ritrovata autonomia "giuridica" del diritto commerciale³³, ma piuttosto nei termini di un necessario rinnovamento della parte generale del diritto privato.

In questa prospettiva, l'espressione "contratti civili" potrà (forse) essere ancora usata, per comodità, ma non per designare uno statuto organico di atti di autonomia privata così denominati, bensì per designare l'insieme di atti di autonomia privata – fra loro spesso differenziati – che non possono qualificarsi come contratti d'impresa.

8. Conferma di questo orientamento, alla luce del dibattito odierno

Tutto ciò premesso, il criterio metodologico che si può enunciare è dunque nel senso che, quando il contratto è strumentale rispetto all'attività d'impresa, la sua disciplina deve adattarsi a quella dell'attività, che assume priorità sistematica rispetto alle norme di parte generale del contratto.

Le implicazioni contenute in questa scelta di fondo erano, in fondo, chiare anche al tempo della formazione del codice civile. In quella sede, al di là del convincimento diffuso sull'avvenuta "commercializzazione", prevalse, in alcuni casi, la scelta opposta, volta proprio ad evitare che la disciplina dell'attività assorbisse quella del contratto, come atto individuale. Le norme "commercialistiche" erano anche viste come deroghe ad una disciplina di base del contratto,

³³ Ciò per due ragioni principali:

- (i) la prima è che il metodo tipologico e antiformalistico, che sta alla base del programma di ricerca di cui si tratta, è metodo valido per tutto lo studio del diritto e non solo per il diritto dell'impresa;
- (ii) la seconda è che l'idea stessa della "autonomia" del diritto commerciale si collega storicamente all'idea di "specialità" della disciplina rispetto a un diritto generale costituito dal diritto civile di ascendenza romanistica; idea che, ad oggi, mi sembra difficilmente condivisibile: in che senso l'impresa capitalistica, piccola o grande, sarebbe "speciale" rispetto all'individuo proprietario dei suoi beni personali? Si tratta, invero, di diverse realtà presenti nelle nostre società fondate sull'economia di mercato ed ambedue protette da (diversi) principi e diritti costituzionali, in un contesto giuridico in cui questi principi, e le regole che ne derivano, sono dotati di pari dignità.

che rimaneva (*rectius*: che si voleva rimanesse) quella della tradizione romanistica e civilistica.

Il caso più emblematico riguarda la disciplina di quelli che erano stati chiamati “contratti di massa” ed erano stati oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina giuscommercialistica (in particolare di Lorenzo Mossa). Il legislatore del 1942, con una operazione che potrebbe qualificarsi perfino “ideologica”, pur essendo consapevole delle caratteristiche tipiche del fenomeno, lo inquadrò sistematicamente come una particolare modalità di conclusione del contratto, per la quale fu disposta l'inutile formalità della doppia firma, e non anche come una manifestazione del potere di mercato dell'impresa, come tale suscettibile (e meritevole) di sindacato giudiziale nel merito.

Solo a distanza di un quarto di secolo la dottrina si rese conto della distorsione che questo inquadramento determinava rispetto alla portata degli interessi in gioco e della necessità di superare la lacuna legislativa con interpretazioni evolutive delle norme³⁴. Ma solo lo sconvolgimento portato dal diritto europeo e dall'introduzione di una regolazione amministrativa di repressione delle clausole vessatorie ha segnato una svolta decisiva nella disciplina del fenomeno.

È istruttivo, poi, richiamare la storia di un'altra norma, rispetto alla quale il tentativo di riportarla alla disciplina generale del contratto, pur esperito, fu respinto in sede di lavori preparatori³⁵, sicché essa rimase nella disciplina generale dell'impresa: intendo riferirmi all'art. 2597 c.c. sull'obbligo di contrarre del monopolista legale. In questo caso sono state dottrina e giurisprudenza, e non il legislatore, a riportare la figura nella disciplina generale del contratto. Inquadrata in questa prospettiva, la norma appariva come eccezionale, perché limitativa di un'astratta e generale libertà contrattuale, e tale certamente era, ed è, rispetto al modello “euclideo” del contratto perfettamente simmetrico. In questo modo, il potere di mercato del monopolista di fatto è stato considerato, per molto tempo, un fenomeno giuridicamente irrilevante nel nostro ordinamento: il “contratto” con cui il monopolista colloca i propri prodotti sul mercato (presentandosi come

³⁴ Cfr. *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*. Atti della Tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania 17-18 maggio 1969, Giuffrè, Milano, 1970. In quel convegno, organizzato da Pietro Barcellona, molte importanti proposte furono formulate, di solito vertenti su interpretazioni evolutive di norme generali sui contratti, alla luce di principi costituzionali. In un mio giovanile intervento, riportato nel volume, proponevo di dirigere l'interpretazione evolutiva filocostituzionale sulla disciplina dell'impresa, sì da giungere alla possibilità di sindacato giudiziario delle condizioni generali di contratto, come ipotesi di regolamento privato.

³⁵ Riferisce sul punto N. RONDINONE, *Impresa e commercialità attraverso il “lato oscuro” dell'unificazione dei codici*, Giappichelli, Torino, 2020, 388.

partner obbligato per gli utilizzatori di detti prodotti) era paradossalmente equiparato al “contratto” di un individuo proprietario disposto a vendere i suoi beni personali.

A distanza di anni, e in un ordinamento ormai molto cambiato, un autore³⁶ si è chiesto come mai una norma come quella dell'art. 2597, che una dottrina e una giurisprudenza avvedute avrebbero potuto prendere a base per la costruzione sistematica di una disciplina antitrust nazionale, sia rimasta relegata al ruolo di norma eccezionale, di stretta interpretazione. La risposta sta, evidentemente, nell'insensibilità di una cultura giuridica rimasta legata a moduli formalistici e individualistici; più precisamente, nella contrarietà a recepire l'insegnamento ascarelliano circa la necessità di procedere ad una corretta ricostruzione tipologica della realtà, prima di procedere alla proposizione di soluzioni normative a questa realtà destinate.

L'atteggiamento volto ad incentrare il ragionamento giuridico su categorie generali “civilistiche”, anziché sull'idea di una rilevanza propria dell'autonomia d'impresa, si è rivelato anche in vicende in cui la giurisprudenza ha adottato soluzioni fortemente innovative³⁷: si pensi alla vicenda dell'anatocismo bancario (in cui la chiave argomentativa è stata, discutibilmente, la distinzione fra usi negoziali e usi normativi) o alla celebre sentenza di Cassazione 20106/2009, ove il sindacato su un atto di recesso da un contratto di concessione di vendita è stato esercitato facendo capo alla categoria generale dell'abuso del diritto, anziché ad un'applicazione (diretta o estensiva o analogica) della norma sul divieto di abuso di dipendenza economica.

Questa impostazione culturale si ritrova anche nella vicenda dell'interpretazione dell'art. 2557 c.c. (sul divieto di concorrenza dell'alienante di azienda), in cui la giurisprudenza ha superato da tempo l'idea che si tratti di norma eccezionale, in quanto limitativa della libertà contrattuale, ma ha preferito rifarsi non a principi di buon funzionamento dei mercati, bensì all'argomento concettualistico per cui “la partecipazione è bene di secondo grado, disponendo della quale l'alienante trasferisce indirettamente anche l'azienda che fa capo alla società cui si riferisce la partecipazione”³⁸.

A queste ultime osservazioni si potrebbe obiettare con l'argomento “conseguenzialista” per cui ciò che conta è il risultato finale del processo interpretativo. Ma non è proprio così. L'inquadramento sistematico di una questione giuridica

³⁶ C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Giappichelli, Torino, 2004.

³⁷ Per qualche sviluppo delle osservazioni svolte in questa parte del testo v. M. LIBERTINI, *Appunti sull'autonomia del diritto commerciale dedicati a Pippo Portale*, in *Riv. Dir. comm.*, 2019, 37 ss.

³⁸ Così Cass.civ., sez. I, 20 novembre 2008, n. 27505.

non è mai indifferente ed è destinato a riflettersi sul trattamento giuridico delle varianti che possono aversi rispetto alla questione di base su cui una certa soluzione è stata costruita. In questo senso, le conseguenze normative, sopra segnalate, derivanti dal collegamento sistematico delle norme sui contratti di massa e sull'obbligo di contrarre del monopolista ad un principio generale e astratto di libertà di contrattare, anziché alla libertà d'impresa e ai suoi limiti, è emblematico.

Il mutamento di prospettiva, che a mio avviso si richiede, consiste nell'inquadrare dogmaticamente le vicende relative ai contratti dell'imprenditore nella teoria dell'impresa, anziché in quella del contratto. Gli esempi sopra esposti dimostrano come molte soluzioni cambino, con questo cambio di prospettiva. Il criterio metodologico indicato può avere i più svariati sviluppi, anche con riferimento a problemi di attualità³⁹.

9. Un tentativo di delineare i profili disciplinari propri dell'autonomia d'impresa

Ho tentato già, in altre sedi⁴⁰, di sviluppare la tesi esposta. Qui di seguito vorrei, sinteticamente, riprendere e sviluppare il punto, aggiungendo qualche esemplificazione di attualità.

9.1. La “libertà contrattuale” dell'impresa

La prima notazione da fare riguarda la tutela della “libertà contrattuale” dell'impresa. In proposito, si deve ribadire che il riferimento di principio non può essere quello della libertà di disporre dei propri beni personali (art. 42 Cost.), bensì quello del divieto di svolgimento dell'attività d'impresa in contrasto con l'utilità sociale e con gli altri valori tutelati dell'art. 41 Cost.

Ne consegue che le norme che prevedono obblighi di contrarre (come gli artt. 1679 e 2597 c.c. e le altre presenti nella legislazione speciale) o qualificano come abusivo, in determinate circostanze, il rifiuto di contrarre (come i divieti di abuso di posizione dominante o di abuso di dipendenza economica), non hanno carattere di eccezionalità; sicché, per esempio, va qualificato come abuso il rifiu-

³⁹ V. A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa ai tempi del coronavirus*, in *Giustizia civile. com*, 29.04.2020, secondo cui il problema delle prestazioni contrattuali rese difficoltose dalla situazione di emergenza economica causate dalla pandemia dev'essere risolto facendo capo non ad applicazioni estensive e forzate di norme contrattuali (impossibilità temporanea, eccessiva onerosità sopravvenuta), mediate dal principio di solidarietà, ma piuttosto ad applicazioni estensive delle norme sulla risoluzione delle crisi d'impresa.

⁴⁰ Mi riferisco agli scritti citati alle note 1 e 33.

to di concedere licenze a condizioni “FRAND”⁴¹ quando non vi siano condizioni di fatto ostative e il rifiuto si traduca in un impedimento dell’attività d’impresa del richiedente⁴².

Allo stesso modo, deve ammettersi specularmente che, in determinate circostanze, l’impresa abbia l’obbligo di non contrarre, per evitare la produzione di effetti lesivi dell’utilità sociale o degli altri valori garantiti dall’art. 41 Cost. (per esempio, si consideri la giurisprudenza sulla c.d. concessione abusiva del credito da parte di banche, nei confronti di imprese in crisi⁴³).

9.2. La parte generale della disciplina del contratto come insieme di norme residuali, per ciò che riguarda l’autonomia d’impresa

Una seconda implicazione della tesi è quella – già enunciata in apertura di questo intervento – di considerare le norme di parte generale dei contratti come norme di *default*, suscettibili di ampia deroga mediante applicazione analogica di norme dettate per determinati contratti tipici (è appena il caso di ricordare la frequente osservazione secondo cui i nuovi contratti legalmente tipici sono sempre figure che si formano nella pratica dei mercati e possono quindi qualificarsi, concettualmente, “contratti d’impresa”).

Questo orientamento, teorizzato circa mezzo secolo fa da Giorgio De Nova, sembra entrato a far parte dell’opinione corrente. Un’esperienza significativa, in tal senso, si è avuta con l’introduzione della norma sul divieto di abuso di dipendenza economica, inserita – com’è noto – nella legge sulla subfornitura (192/1998). Non mancarono, inizialmente, decisioni giurisprudenziali che interpretavano la norma restrittivamente (escludendone quindi l’applicabilità a rapporti non qualificabili come subfornitura); e ciò perché la norma è derogatoria rispetto a (supposti) principi generali in materia di libertà contrattuale. Tuttavia, questa linea interpretativa è stata presto posta in minoranza, e infine smentita dalla Cassazione⁴⁴.

⁴¹ *Fair, Reasonable and Non Discriminatory*.

⁴² In proposito, molte sono ancora le incertezze nel diritto applicato. A parte la ormai ricca casistica sulle licenze FRAND in materia di *Standard Essential Patents*, si veda il recente caso deciso da TAR Lazio – sez. I, 16 gennaio 2020, n. 503, che annulla, per supposto difetto di istruttoria, una decisione dell’AGCM che aveva condannato l’editore di un quotidiano locale a fornire licenza ad un’impresa produttrice di rassegne stampa. Per il giudice amministrativo non sarebbe stato sufficiente l’accertamento dell’utilità della licenza per la qualità del prodotto dal richiedente, ma sarebbe stato necessario dimostrare l’assoluta indispensabilità delle informazioni richieste.

⁴³ Cass.civ., sez. I, 30 giugno 2021, n. 18610.

⁴⁴ Cass.civ., ss.uu., 25 novembre 2011, n. 24906. In una successiva sentenza (Cass.civ., sez. I, 21 gennaio 2020, n. 1184), la S.C. ha meglio specificato l’argomentazione, riconducendo il divieto di

Più in generale, è persuasiva l'idea per cui le norme di legge sui contratti tipici non vanno interpretate come se fossero riferite a fattispecie ben definite e chiuse in sé; ciò perché la tipologia reale degli atti di autonomia privata – nel funzionamento dei mercati – è in continua evoluzione, sicché i tipi legali considerati dal legislatore del 1942 sono oggi, in larga parte, superati dall'esperienza applicativa, mentre tipizzazioni frammentarie emergono continuamente, nella legislazione speciale, per le più diverse nuove esperienze contrattuali. Diviene dunque criterio decisivo valutare la lunga serie di norme (codicistiche ed extracodicistiche) su determinati tipi contrattuali soprattutto come punti di emersione di valutazioni legislative su determinati conflitti d'interessi, largamente suscettibili di applicazione analogica ad opera dell'interprete.

Per fare un solo altro esempio, da tempo si ammette la validità, in linea di principio e salva l'ipotesi di motivo illecito comune, della c.d. vendita del voto nelle società di capitali⁴⁵ (cioè dell'accordo parasociale mediante il quale, con varie possibili modalità, l'esercizio del voto sia orientato in un certo modo, previa attribuzione di un corrispettivo al titolare del diritto). Una simile pattuizione, che potrebbe essere considerata nulla per contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume in un'associazione senza scopo di lucro, può essere invece giustificata in virtù delle esigenze di funzionamento dinamico dei mercati finanziari, e in questo senso si trova sancita nella disciplina particolare – risalente al 1942 – del contratto di riporto (art. 1550, comma 2, c.c.). Non avrebbe molto senso qualificare quest'ultima norma come eccezionale e collegarla ad una particolare "natura" di un tipo contrattuale, oltretutto oggi normalmente sostituito da altre tecniche negoziali, e ragionare *a contrario* per tutti quei patti atipici di "cessione del voto" che possono presentarsi nella prassi. Il ragionamento corretto è invece quello che considera quella disposizione come punto di emersione di una più generale regola, dettata a fini di efficiente funzionamento dei mercati finanziari ed estensibile ad ipotesi atipiche svolgenti la medesima funzione economica.

dipendenza economica al divieto generale di abuso del diritto e ai doveri di buona fede e correttezza, ma insieme affermando che esso costituisce un limite alla libertà d'impresa per ragioni di utilità sociale, ex art. 41, comma 2, Cost. (*"L'articolo 41 Cost. è la norma di riferimento, quando si incida sulle pattuizioni contrattuali che si esplicano sul mercato"*).

⁴⁵ V., da ultimo, E. DEL PRATO, *Voto contro compenso*, in *Nuova Giurispr. Civ. Comment.*, 2015, II, 167 ss., ove altre indicazioni bibliografiche.

9.3. La formazione del rapporto contrattuale e i rapporti di fatto

Una seconda linea caratterizzante la disciplina dell'autonomia d'impresa riguarda la formazione del rapporto contrattuale.

In materia sussistono diversi usi giudiziari, in parte oggetto di continua elaborazione giurisprudenziale, come quelli relative a società di fatto, società occulte, società apparenti⁴⁶; tutte fattispecie emergenti in procedure di fallimento in estensione (e, come tali, non utilizzate per dirimere conflitti propriamente contrattuali fra i soci di fatto); il fenomeno, da ultimo, è stato rinverdito dal riconoscimento della ammissibilità di “supersocietà di fatto”, in cui i soci di fatto sono a loro volta persone giuridiche (società) e non (o non soltanto) persone fisiche⁴⁷.

Inoltre, altro solido uso giudiziario è quello relativo alla possibilità di configurare un “amministratore di fatto”, anche in una società di capitali, e stavolta con rilevanza non meramente concorsuale, e comunque con l'ammissione di una responsabilità contrattuale dell'amministratore di fatto nei confronti della società⁴⁸.

Infine, questa serie di usi giudiziari si completa con la regola della “rappresentanza apparente”⁴⁹, costruita dalla giurisprudenza su due elementi: un affidamento socialmente apprezzabile e la colpa del rappresentato nell'aver consentito il formarsi di questa situazione.

È interessante osservare che questo insieme di regole è destinato ad applicarsi esclusivamente (o quasi esclusivamente) ad atti compiuti all'interno di un'attività d'impresa. Tuttavia, le soluzioni normative indicate non sono state costruite, in giurisprudenza, come una componente della disciplina dell'attività d'impresa, bensì con richiami a “teorie” generali, come la c.d. teoria dell'apparenza o quella della responsabilità contrattuale da contatto sociale⁵⁰. Peraltro, la costruzione di queste regole è rimasta soprattutto giurisprudenziale, con mo-

⁴⁶ V., da ultimo, Cass.civ., sez. I, 13 settembre 2021, n. 24633, in *Giur. It.*, 2022, 884, con nota informativa di L. PALOMBO.

⁴⁷ V., da ultimo, Cass.civ., sez. I, 13 gennaio 2021, n. 366. Per più ampie informazioni v. V. CIROTA, *Il fallimento della supersocietà di fatto*, in *Notariato*, 2022, 71 ss.

⁴⁸ V., da ultimo, Trib. Roma, 16 febbraio 2022, in *One Legale*. I percorsi giurisprudenziali e dottrinali che hanno portato al riconoscimento della figura dell'amministratore di fatto e alla sostanziale applicazione analogica, nei confronti di questo, delle norme su doveri e responsabilità degli amministratori, sono diligentemente descritti, da ultimo, in A. IPPOLITO, *Amministratore di fatto, holding di fatto e abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *Le Società*, 2019, 967 ss.

⁴⁹ V., da ultimo, Cass.civ., sez. I, 7 giugno 2021, n. 15784.

⁵⁰ Sulla cui debolezza sistematica v. la stringente critica di A. ZACCARIA, *La “teoria” del “contatto sociale”*, in *Studium Juris*, 2018, 592 ss.

desta attenzione da parte della dottrina giuscommerciale e ancor meno da parte di quella giuscivile. Si può riconoscere, comunque, che la disciplina dell'impresa, con le norme concorsuali che attribuiscono rilevanza all'esercizio di fatto dell'attività in qualità di socio occulto (il vecchio art. 147 l.fall. e l'attuale art. 256 c.c.i.)⁵¹ e quelle – ancora più radicate nella tradizione del diritto commerciale – che collegano il potere di rappresentanza commerciale alla preposizione effettiva in un ruolo ausiliario all'interno dell'impresa⁵², fornisce basi normative idonee a fondare quell'insieme di soluzioni.

Da questo insieme di soluzioni tradizionali si può trarre spunto per affermare che, nella contrattazione d'impresa, la formazione del rapporto contrattuale può aversi normalmente per comportamenti concludenti, quando questi si inseriscano in una pratica di mercato. Ciò non significa che i comportamenti concludenti possano essere rilevanti solo nei rapporti d'impresa, ma esclude che, nell'ambito dei rapporti d'impresa, possano avanzarsi soluzioni restrittive richiedenti dichiarazioni di volontà espresse ai fini della formazione del rapporto (come si è ritenuto, per esempio, per ciò che riguarda l'adesione ad un'associazione non lucrativa⁵³). Quindi, mentre il comportamento concludente, nei contratti "civili", consisterà in presunzioni semplici comprovanti l'esistenza di una dichiarazione di volontà non pienamente provata, nei contratti d'impresa si risolverà nel contatto sociale qualificato di uno o più soggetti con un'attività d'impresa in corso di svolgimento.

Da qui la rilevanza giuridica delle pratiche concordate (i.e. coordinamento tacito fra imprese, pur in mancanza di accordi), anche al di fuori del campo d'applicazione delle norme antitrust, nelle quali la fattispecie è esplicitamente contemplata; per esempio, in materia di patti parasociali o acquisti di concerto di partecipazioni.

In questo quadro si inserisce il fenomeno che, in passato, è stato costruito dogmaticamente sotto la categoria – oggi poco frequentata – dei "rapporti contrattuali di fatto", comprendente una serie di situazioni in cui il rapporto con-

⁵¹ Sull'art. 147 l.fall. si fondava, com'è noto, la memorabile proposta dottrinale di Walter Bigiavi che, sulla base di un'interpretazione fortemente estensiva, giungeva a proporre soluzioni di superamento, *de iure condito*, dello schermo della personalità giuridica in caso di esercizio di fatto di poteri imprenditoriali. Questa "teoria dell'imprenditore occulto" incontrò, a suo tempo, forti resistenze (anche nella dottrina giuscommerciale), per una asserita eccezionalità della norma fallimentare rispetto alle regole civilistiche sulla spendita del nome ai fini dell'insorgere di obbligazioni verso terzi. Oggi, invece, la dottrina dell' "imprenditore occulto" è menzionata come *ius receptum* nel linguaggio giurisprudenziale corrente.

⁵² Cfr. G. GUIZZI, *Gestione rappresentativa e attività d'impresa*, Cedam, Padova, 1997.

⁵³ Cfr. G. ALFANO, *Rappresentatività e democraticità delle associazioni di consumatori*, E.S.I., Napoli, 2020, 80-1, ove indicazioni di giurisprudenza.

trattuale nasce dal semplice “contatto sociale” (si direbbe oggi) fra una persona e un’attività d’impresa in corso (sia come fruizione di fatto di servizi offerti nel mercato, sia come svolgimento di prestazioni nell’ambito dell’organizzazione)⁵⁴. Quest’ultima soluzione trova un supporto normativo nell’art. 1327 c.c. (conclusione del contratto mediante avvio di esecuzione)⁵⁵.

Le stesse considerazioni valgono per la validità dei contratti bancari “monofirma”, ormai riconosciuta dalla giurisprudenza, con un’interpretazione restrittiva della norma che prevede la forma scritta *ad substantiam* e con la ritenuta sufficienza della sottoscrizione dell’investitore e di comportamenti concludenti della banca⁵⁶.

Sulla stessa linea, si deve dissentire dalla soluzione formalistica, talora emergente in giurisprudenza, circa la nullità dell’atto con firma illeggibile, sottoscritto dal rappresentante di una società⁵⁷.

La rilevanza dei comportamenti concludenti nell’attività d’impresa dovrebbe poi portare ad ammettere con una certa larghezza la possibilità di modificazioni tacite dei rapporti contrattuali⁵⁸.

⁵⁴ V., di recente, Cass.civ., sez. III, 23 novembre 2021, n. 36253, che nega “l’esistenza d’un generale principio secondo cui i rapporti contrattuali di fatto sarebbero equiparati a quelli di diritto”, con riferimento ad un rapporto di locazione.

⁵⁵ Molto interessanti applicazioni discordanti nella giurisprudenza di merito. V., p.e., Trib. Pistoia, 1 giugno 2021, in *One Legale*, secondo cui “*Il requisito della forma scritta richiesto per la clausola di proroga della giurisdizione in favore di uno degli Stati aderenti è da ritenersi rispettato non solo nel caso di accettazione scritta della predetta clausola, ma anche quando il contratto sia stato concluso per accettazione tacita, mediante la sua esecuzione ai sensi dell’art. 1327 c.c., se il rapporto sia stato preceduto da operazioni commerciali in cui la clausola risulti regolarmente accettata per iscritto e costantemente applicata, senza che emergano elementi tali da giustificare la presunzione di una volontà contraria a tale ininterrotta prassi negoziale*”. V., per contro, Trib. Livorno, 19 settembre 2018, in *One Legale*, ove si nega l’avvenuta conclusione del contratto in un caso in cui, mediante scambio di messaggi telefonici fra diversi esponenti aziendali, era stata convenuta l’esposizione in fiera di determinati prodotti e l’espositore lamentava di avere affrontato inutilmente delle spese, perché la manifestazione fieristica era stata disdetta dall’organizzatore.

⁵⁶ Cass.civ., ss.uu., 16 gennaio 2018, n. 898; Cass.civ., sez. I, 2 aprile 2021, n. 9196. Questa soluzione, condivisa dalla giurisprudenza di merito, è stata poi sostanzialmente ratificata dalla legislazione emergenziale successiva (cfr. F. CHIRONI, *La conclusione del contratto bancario via email ai tempi del Covid: misura emergenziale o futura semplificazione?*, in *Contratto e impresa*, 2022, 184 ss.).

⁵⁷ Cfr. Cass.civ., sez. III, 18 marzo 2021, n. 7765, sulla nullità della procura alle liti con firma illeggibile conferita dal rappresentante di una società. V. però, per la soluzione opposta, Cass.civ., sez. II, 29 marzo 2019, n. 8930.

⁵⁸ Il problema ricorre in giurisprudenza soprattutto con riferimento alle c.d. modificazioni tacite dell’oggetto sociale, ove però il problema stesso si pone in una prospettiva di irregolare funzionamento dell’organizzazione societaria e di compimento, da parte degli amministratori, di atti

La stessa *ratio* ispiratrice, cioè la facilitazione delle regole di formazione del contratto, può essere applicata poi al riconoscimento dell'avvenuta conclusione del contratto anche in presenza di semplice determinabilità dell'oggetto, mediante la generalizzazione di una regola dettata per la vendita (art. 1474 c.c.) e per altri contratti "commerciali"⁵⁹. Soluzione estensibile, a mio avviso, ai casi in cui

estranei all'oggetto sociale o riservati alla competenza dei soci. Sul problema l'orientamento oggi prevalente in giurisprudenza, sulla base di un'interpretazione rigoristica dell'art. 2479, comma 2, n. 5, c.c. (cui si attribuisce valore di principio, estensibile ad altri tipi societari), afferma la nullità assoluta, per violazione di norma imperativa, dell'atto degli amministratori: v. Trib. Milano, 5 novembre 2017, in *Notariato*, 2018, 439 ss., con nota critica di M. FERRARI; Trib. Roma, 3 agosto 2018, in *Società*, 2018, 1371 ss., con nota adesiva di N. DE LUCA e A. GENTILE, e in *Giur.it.*, 2019, 2402 ss., con nota adesiva di M.B. GIURATO; Trib. Roma, 27 gennaio 2020, in *Società*, 2020, 425 ss., con nota adesiva di N. DE LUCA e A. GENTILE. Gran parte della dottrina (richiamata nelle note citate) si orienta nello stesso modo.

Per quanto la questione si ponga oltre i confini del tema della formazione del contratto per comportamenti concludenti, di cui si discute nel testo, si può osservare che anche l'orientamento richiamato sembra ispirato ad una logica individualistica, poco sensibile alle ragioni dell'impresa. Questa, come attività organizzata a carattere stabile, richiede che la nullità di atti di gestione, anche se di grande impatto, sia considerata rimedio estremo, esperibile solo in casi espressamente previsti dalla legge. A ciò induce sia la particolare disciplina di tutela dei terzi in caso di eccesso di rappresentanza (artt. 2384, 2475-bis, c.c.; norme che l'opinione qui discussa interpreta restrittivamente), sia l'assetto *lato sensu* istituzionale, con ripartizione di competenze fra diversi organi, previsto dalla legge per le società di capitali. Da ciò deriva che le operazioni di cui qui si discute devono qualificarsi come casi di "violazione delle regole organizzative di ripartizione delle competenze endosocietarie", con conseguente annullabilità delle deliberazioni ad esse relative (così A. PAOLINI, *Le modificazioni di fatto dell'oggetto sociale*, Giuffrè, Milano, 2014, 318 e *passim*). Sul punto v. anche *infra*, § 9.6.

⁵⁹ Cfr. M.R. MAUGERI, *La determinabilità del prezzo e l'art. 1474 cod. civ. come espressione di un principio generale*, in *Nuova Giur. Civ. Comment.*, 2015, I, 8 ss.; G. GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti di impresa*, in *Riv.dir.civ.*, 2005, I, 11 ss.

Nella prospettiva indicata nel testo, appare discutibile la decisione di Cass.civ., sez. VI, 7 novembre 2019, n. 28803, che dichiara nullo per indeterminabilità dell'oggetto un contratto di cessione di crediti bancari "anomali", non accettando l'idea di un richiamo implicito a circolari della Banca d'Italia, in cui la nozione usata era stata descritta. Significativa (in senso critico, se si segue il ragionamento svolto nel testo) la motivazione, in cui si afferma che le circolari della Banca d'Italia hanno rilievo sul piano del rapporto amministrativo di vigilanza, ma non intaccano il profilo negoziale, in cui il principio di determinatezza dell'oggetto avrebbe rilievo di ordine pubblico.

L'indicazione della soluzione facilitatrice indicata nel testo, come soluzione standard per i contratti d'impresa, non esclude che, per singoli tipi di contratti, norme speciali ispirate al c.d. neoformalismo negoziale, prescrivano la determinazione precisa dell'oggetto, con finalità di correzione di asimmetrie di potere contrattuale. Questo fenomeno non giustifica, a mio avviso, l'affermazione secondo cui la disponibilità al mercato per la determinazione dell'oggetto del contratto di impresa sarebbe una formula in declino (così A. BREGOLI (nt. 11), 145).

un'impresa abbia assunto pubblicamente l'impegno a concedere licenze FRAND di propri diritti esclusivi⁶⁰.

Sempre in tema di formazione del rapporto contrattuale, la contrattazione d'impresa presenta altre caratteristiche peculiari, che vanno oltre la rilevanza dei comportamenti concludenti, di cui si è sopra parlato. È stata infatti segnalata, a cominciare dal contributo pionieristico di Buonocore, la centralità degli obblighi di informazione pre – ed endocontrattuali. Il fondamento è sia nel principio generale di buona fede, sia nella dilatazione della disciplina speciali in materia: da quella dei mercati finanziari, a quella generale dei diritti dei consumatori (Dir. 2011/83/UE, recepita con il d.lgs. 21/2014) e, da ultimo, con la disciplina della trasparenza nei mercati digitali (Dir. 2019/1150/UE).

Contemporaneamente, si può ritenere imputabile all'impresa ogni informazione che essa avrebbe dovuto possedere e trattare in base al principio di adeguatezza organizzativa.

9.4. Regolazione privata e regolazione amministrativa dei contratti d'impresa

Passando al contenuto del rapporto contrattuale, una prima linea costruttiva riguarda la rilevanza degli atti di regolazione privata (unilaterale) del rapporto, che l'impresa normalmente adotta, nel programmare la propria attività di produzione e distribuzione di beni o servizi.

Le condizioni generali di contratto e gli accordi-quadro devono qualificarsi – secondo una linea di pensiero da tempo presente nel dibattito dottrinale – come atti normativi privati e possono essere dunque oggetto di sindacato di validità (precipuamente, di tipo causalistico: v. *infra*, § 9.4) nel loro contenuto regolamentare, con possibili esiti invalidativi efficaci *erga omnes* (così come avviene per gli atti regolamentari pubblici⁶¹). Del resto, la rilevanza giuridica oggettiva delle clausole vessatorie, che combina la nullità civilistica di protezione e il

⁶⁰ Cfr. M. LIBERTINI, *Brevi riflessioni sulla sentenza Huawei: verso una regolazione delle licenze FRAND*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 1/2017. In tale scritto si nota come, a fronte di un'offerta FRAND, l'idea che un contratto (ad oggetto determinabile) sia già concluso con la dichiarazione di adesione dell'aspirante licenziatario, sia stata ovunque respinta da tutte le Corti che del tema sono state investite, in diversi paesi (ciò sull'assunto per cui la conclusione del contratto richiede, in linea di principio, l'unione di volontà su un oggetto determinato). Tuttavia, la giurisprudenza ha poi trovato diversi espedienti (abuso del diritto di chiedere il rimedio inibitorio, abuso di posizione dominante) per sanzionare, come illecito rifiuto di contrarre la condotta del licenziante che appone ostacoli alla conclusione dell'accordo FRAND.

⁶¹ V., da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2022, n. 2297, ove precisa ricostruzione del regime normativo della caducazione *erga omnes* degli atti regolamentari e degli atti plurimi inscindibili affetti da vizi di illegittimità.

public enforcement amministrativo, contiene già un riconoscimento positivo di questa costruzione⁶².

Questa soluzione comporta un superamento dell'idea del legislatore del 1942, che vedeva le condizioni generali di contratto come mero contenitore di contenuti omogenei, destinati ad acquisire rilevanza giuridica solo mediante la traduzione nel contratto individuale; una concezione già distorta per il tempo in cui il codice entrò in vigore e ancora più oggi, nell'età della comunicazione digitale⁶³, in cui l'utente di un servizio si trova spesso introdotto in un "ecosistema" governato dalla piattaforma digitale, che detta non solo condizioni generali, ma esercita anche ulteriori forme di regolazione e giurisdizione privata.

Il collegamento sistematico fra attività d'impresa e regolazione privata si estende anche al fenomeno dell'autoregolazione. Questa può tradursi negli atti di programmazione interna, che dovranno essere "presi sul serio" ai fini della valutazione della diligenza degli amministratori; ed anche nell'adozione di codici di condotta contenenti impegni nei confronti di *stakeholder* o della collettività in genere. In merito, credo che debba essere rivalutata l'opinione che accostava tali codici alla figura della promessa al pubblico⁶⁴, comunque attribuendo agli stessi un effetto di

⁶² Una limitazione dell'autonomia privata dell'imprenditore che dispone condizioni generali di contratto è stata talora proposta con una diversa costruzione civilistica, che valorizza le norme di diritto dispositivo, ritenendo che le stesse possano essere derogate solo con negoziazione bilaterale (i.e. paritaria) e non anche con determinazione unilaterale del predisponente (v., da ultimo, F. DELFINI, *Il controllo sulle polizze claims made tra primo e secondo comma dell'art. 1322 c.c.*, in *Nuove Leggi Civ. Comment.*, 2021, II, 371 ss.).

Soluzione interessante, perché valorizza in qualche modo, implicitamente, il profilo dell'autonomia d'impresa, ma lo fa in modo rigido, traducendo l'esigenza di un controllo di merito sulle determinazioni unilaterali dell'imprenditore in un divieto generalizzato di deroga alle norme dispositive e prestando il fianco alla possibilità che, nei casi concreti, si possa sempre dimostrare che una certa clausola, se pur iniqua, sia stata "effettivamente negoziata" (p.e., per l'assistenza di un *broker*).

⁶³ V. ad es. F. BRAVO, *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contratto e impresa*, 2016, 1344 ss. (e ivi, nt. 69, il rilievo secondo cui i fenomeni indicati suggeriscono di rivalutare la "teoria normativa" delle condizioni generali di contratto).

⁶⁴ N. IRTI, *Due temi per il governo societario (responsabilità amministrativa – codici di autodisciplina)*, in *Giur.comm.*, 2003, I, 699. La dottrina prevalente oppone però dubbi su un'interpretazione estensiva dell'art. 1989 c.c. (p.e. A. FEDI, *I codici di autogoverno delle società e la corporate governance*, in *Nuova Giur. Civ. Comment.*, 2011, II, 551 ss.) o afferma decisamente che i codici etici d'impresa "per definizione non creano un vincolo giuridico, ma soltanto, se si vuol dire, un vincolo di altra natura" (C. ANGELICI, *Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici ed autodisciplina*, in *Giur.comm.*, 2011, I, 170). In proposito, non si può negare la possibilità che un'impresa adotti un codice di condotta qualificandolo espressamente come "etico", nel senso di giuridicamente non vincolante ma costituente solo espressione di buoni propositi. Quello che si vuol sostenere è che questa ipotesi va considerata come un'anomalia, che l'impresa ha l'onere di esplicitare pubblicamente. Questa rimane però

vincolatività giuridica⁶⁵. E ciò senza distinzioni nominalistiche, volte a differenziare codici di condotta e codici etici.

Questo intreccio fra atti di regolazione privata a singoli rapporti contrattuali ha poi i suoi riflessi in tema di interpretazione dei contratti d'impresa, con la valorizzazione del criterio di interpretazione tipologico dell'art. 1369 c.c.

Passando al sindacato giudiziario sul contenuto del singolo contratto, un tema "classico" è quello della giustizia contrattuale, rispetto alla quale può dirsi ormai diffusa l'idea secondo cui, nei contratti d'impresa, ha acquisito portata generale la sindacabilità degli abusi di potere negoziale, con conseguente possibilità di rimedi integrativi o correttivi del contratto iniquo. Questo orientamento si fonda sulla combinazione di clausole generali codicistiche (dovere di buona fede), costruzioni dottrinali generali (divieto di abuso del diritto), principi costituzionali (solidarietà), applicazione analogica della norma sul divieto di abuso di dipendenza economica⁶⁶.

Questa linea di pensiero si esprime poi nell'applicazione delle regole sull'esecuzione, con il diffuso riconoscimento dell'obbligo di rinegoziazione dei contratti di durata, a fronte di circostanze straordinarie e imprevedibili⁶⁷ (per gli sviluppi rimediali di questa impostazione v. *infra* § 9.6).

Un altro grande capitolo riguarda la crescente presenza della regolazione amministrativa nella disciplina del contenuto dei rapporti contrattuali d'impresa. Si

un'ipotesi improbabile, anche per ovvie ragioni reputazionali. Nella normalità dei casi, i codici etici d'impresa sono espressamente presentati come documenti integrativi delle obbligazioni contrattuali di amministratori e dipendenti e come possibile fonte di sanzioni disciplinate. In generale, quando un'impresa si rivolge al pubblico indicando una serie di impegni di condotta (indipendentemente dal fatto che li qualifichi come "codice di condotta", "codice etico" o altrimenti) deve presumersi che a questi impegni abbia voluto attribuire un significato giuridicamente vincolante.

⁶⁵ In questo senso va condivisa la giurisprudenza amministrativa, secondo cui i codici etici della stazione appaltante, se e in quanto richiamati nei documenti di gara, incidono sul giudizio di legittimità della successiva aggiudicazione (cfr. TAR Lazio, sez. II *ter*, 9 gennaio 2017, n. 235).

⁶⁶ V., per tutti, F. MACARIO, *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Giustizia civile*, 2016, 509 ss. Da ultimo, G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto – I tematici – I. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2021, 583 ss., pur negando la possibilità di riconoscere, *de iure condito*, un principio generale di giustizia contrattuale, ritiene che il diritto vivente sia ineluttabilmente orientato verso tale riconoscimento.

⁶⁷ Il punto è emerso, con specifico richiamo all'esigenza di esecuzione in buona fede dei "contratti commerciali", nella giurisprudenza occasionata dalla pandemia covid. V., in particolare, la nota decisione di Trib. Roma, 7 agosto 2020, in *One Legale*. Per ulteriori informazioni sullo stato della giurisprudenza v. G. SBISA', *La prima norma in tema di negoziazione nel contesto del dibattito sulle sopravvenienze*, in *Contratto e impresa*, 2022, 19-20, il quale altresì nota che l'obbligo di rinegoziazione "è una soluzione che appare intonata alla rilevanza sociale dell'impresa".

tratta, com'è noto, di un aspetto strutturale di molti mercati (e non certo soltanto di quelli "storici", come banca, finanza, assicurazioni), il cui funzionamento non sarebbe concepibile senza la attiva presenza di un regolatore pubblico. Sicché la dinamica interna di molti mercati, un tempo affidata alla formazione di usi commerciali (e, nell'intenzione del legislatore del 1942, affidata allo sviluppo delle norme corporative), oggi è in larga parte imperniata sull'evolversi della regolazione amministrativa (di norma, mediante autorità indipendenti).

Questo fenomeno ha la sua base costituzionale nell'art. 41, comma 3, Cost., che consente poi (una volta ritenuta solo relativa la riserva di legge ivi prevista) di interpretare estensivamente le diverse norme di settore, attributive di competenze alle rispettive autorità amministrative. Ne deriva un orientamento, ormai affermato in dottrina, che riconosce all'autorità amministrativa un ampio potere di conformazione dell'autonomia privata delle imprese regolate, vincolato solo al rispetto del limite finalistico e non anche a quello della tipicità degli atti amministrativi limitativi delle libertà private (principio tuttora vigente per i limiti all'autonomia dei privati non imprenditori)⁶⁸. Sostanzialmente nello stesso senso l'orientamento giurisprudenziale. Nel diritto applicato sono state ritenute ammissibili perfino regolazioni ad effetto retroattivo (come nel caso dell'obbligo automatico di restituzione, anche senza richiesta del creditore, delle somme eccessive percepite dagli operatori telefonici a seguito della prassi, giudicata scorretta, della c.d. "fatturazione a 28 giorni" nei contratti di utenza telefonica⁶⁹). Non mancano però dichiarazioni di principio discordanti, circa la possibilità di riconoscere "poteri impliciti" alle autorità indipendenti in base al semplice criterio finalistico⁷⁰; si afferma pertanto che "non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa"⁷¹.

⁶⁸ In dottrina, come più recenti, v. C. SOLINAS, *Il contratto "amministrato". La conformazione dell'operazione economica privata agli interessi generali*, E.S.I., Napoli, 2018; G. BERTI DE MARINIS, *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione*, E.S.I., Napoli, 2019.

⁶⁹ Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 879.

⁷⁰ Cons. Stato, sez. VI, 26 ottobre 2020, n. 6488 (facente parte di una serie di sentenze parallele in tema di contratti di bilanciamento di energia elettrica) nega, in linea di principio, la possibilità di riconoscimento di poteri impliciti; in senso contrario la sentenza citata nella nota precedente.

⁷¹ Cons. Stato, sez. VI, 30 agosto 2021, n. 6093 (nello stesso filone giurisprudenziale di cui alla nota precedente).

Questa disputa interpretativa rischia di divenire nominalistica, perché potrebbe risolversi in un controllo casistico in ordine alla sufficienza o meno della “copertura legislativa” di massima. In realtà, le diverse posizioni⁷² esprimono differenze di sensibilità reali e consentono, mediante il controllo della precisione dei criteri finalistici dettati dalla norma di legge, di orientare in senso diverso le soluzioni⁷³.

Ritengo che le posizioni favorevoli alla più ampia definizione delle competenze delle autorità di regolazione debbano essere assecondate: non solo perché queste autorità operano per la tutela di valori e interessi di rango costituzionale, ma anche perché, come abbiamo più volte segnalato, esse svolgono una funzione necessaria, che è quella di assecondare ed orientare il dinamismo dei mercati, svolgendo oggi quel ruolo intermedio, nel sistema delle fonti, che, in passato, era integralmente svolto dagli usi commerciali e che, nelle intenzioni del legislatore del 1942, sarebbe stato svolto dalle norme corporative. Il riconoscimento di “poteri impliciti” alle autorità di regolazione non deve dunque sorprendere. E deve anche ammettersi, a mio avviso, che le norme secondarie possano derogare a norme imperative residuali dettate dalla disciplina generale dei contratti⁷⁴.

⁷² C. FERRARI, *Integrazione autoritativa e integrazione autentica nei contratti regolati*, in *Riv.dir. civ.*, 2021, 310 ss., riassume lo stato della discussione distinguendo tre posizioni: quella rigoristica (in primo luogo: Orlandi) che ritiene inderogabile il principio di tipicità degli atti amministrativi; quella volta ad affermare la massima ampiezza dei poteri impliciti delle Autorità (in primo luogo: Merusi); e quella intermedia (formalmente professata nella giurisprudenza, sia amministrativa sia ordinaria), che si limita a richiedere un certo grado di precisione nella norma di legge attributiva del potere all'autorità di regolazione.

⁷³ Si veda, p.e., Cass.civ., sez. VI, 8 novembre 2012, n. 19333, in *Corriere giuridico*, 2013, 603 ss., con persuasiva nota critica di M. GRONDONA, *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto*. In quel caso la Cassazione riteneva insufficientemente determinata la norma che imponeva al distributore di energia elettrica l'obbligo (rimasto inadempito) di fornire all'utente una modalità gratuita di pagamento della bolletta. Giustamente rileva l'annotatore che l'obbligo regolamentare imposto dall'autorità non era affatto indeterminato. Aggiungerei che sono proprio casi del genere ad evidenziare come l'inserimento di un certo problema nella prospettiva relazionale del contratto può portare a svuotare di significato (per indeterminatezza dell'oggetto, per esempio) regole che sono perfettamente comprensibili se inserite nella prospettiva della regolazione dell'attività.

⁷⁴ Ciò che, invece, è espressamente escluso dalla sentenza di Cassazione, citata alla nt.prec. Sul punto v. l'incerta posizione di C. SOLINAS (nt. 68, 169-170, che aderisce alla posizione della S.C., salvo aggiungere che le norme imperative di parte generale possono essere derogate da diverse determinazioni desumibili dalla legislazione speciale.

Occorre però che l'esercizio del potere regolatorio sia accompagnato dal pieno rispetto del contraddittorio procedimentale⁷⁵ e da un forte sindacato di legittimità sull'eventuale eccesso di potere dell'autorità di regolazione, da parte del giudice amministrativo (o anche da parte del giudice ordinario, mediante l'esercizio del potere di disapplicazione⁷⁶).

Ciò posto, credo che comunque, ormai, si possa considerare *ius receptum* l'applicazione estensiva dell'art. 1339 c.c. sulla integrazione e correzione *ex lege* del contratto, per i contratti inseriti nell'attività di imprese operanti in settori amministrativamente regolati⁷⁷. È questo un segno esemplare di evoluzione del sistema, se solo si pensa come, nei primi anni di vigenza del codice civile, questa norma fu da molti considerata come eversiva e incompatibile con i principi fondamentali dell'economia di mercato.

9.5. Il controllo causale nei contratti d'impresa

Un capitolo a parte merita il profilo del controllo causale sui contratti d'impresa. In proposito, vorrei confermare la tesi⁷⁸ secondo cui, in materia di contratti d'impresa, il controllo causale sulla liceità e meritevolezza di tutela del contratto non può essere assorbito dall'applicazione del principio di buona fede, che ha un'intrinseca valenza relazionale (i.e. interindividuale); il controllo causale richiede invece un inquadramento del giudizio di meritevolezza degli interessi nella valutazione dell'attività d'impresa nel suo complesso e del buon funzionamento del mercato in cui il singolo contratto si inserisce; e ciò secondo un modello normativo che trova la sua più compiuta espressione nella disciplina antitrust della nullità delle intese restrittive della concorrenza, temperata dalla possibilità di esenzione dalla nullità quando l'intesa possa dar luogo a risultati positivi per il mercato e per il benessere del consumatore (art. 101, al. 3, TFUE).

Il punto critico di questa tesi sta nella complessità di un giudizio di liceità e di meritevolezza focalizzato non sulla singola operazione (e la relativa "causa in concreto", intesa come funzione economica individuale), bensì sull'intera attività d'impresa e sul funzionamento del mercato in cui essa si inserisce. È questo un tipo di giudizio più appropriato per l'attività di un regolatore che non per quella di un giudice, che deve risolvere controversie particolari e concrete. Affidare l'e-

⁷⁵ Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972.

⁷⁶ Cfr. C. SOLINAS (nt. 68), 198-9.

⁷⁷ Cfr. M.R. MAUGERI, *Art. 1339 c.c. – Inserzione automatica di clausole*, in *Commentario del codice civile* dir. da E. Gabrielli. *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e F. Orestano, UTET, 2011, 508 ss.

⁷⁸ M. LIBERTINI (nt. 25).

voluzione dei mercati al succedersi di precedenti giudiziari è teoricamente possibile, ma in pratica difficile, soprattutto in sistemi giudiziari come quello italiano, caratterizzati da una debole funzione nomofilattica centrale.

Una conferma di quanto detto emerge dalla considerazione della “saga” giudiziaria delle clausole *claims made* nei contratti di assicurazione R.C. In proposito, due note sentenze delle ss.uu. (9140/2016 e 22437/2018) hanno affermato – con diversità di accenti, che qui non è il caso di rilevare – la centralità del controllo causale delle singole clausole, ma non hanno dato indirizzi operativi ai giudici di merito sui criteri di valutazione delle stesse. Questi, a loro volta, hanno ricercato la causa in concreto della singola operazione, così inclinando sempre più – seguendo un’indicazione già presente nella sentenza delle ss.uu. del 2018 – verso un giudizio individuale sulla singola operazione. Anche i contributi dottrinali più recenti⁷⁹ inclinano verso la valorizzazione del principio di buona fede e l’impiego del rimedio risarcitorio – legato alla concretezza della singola vicenda – piuttosto che su quello della nullità per vizio della causa. Il diritto vivente è così caratterizzato da forti incertezze applicative⁸⁰.

Un percorso simile (dal controllo causale “in concreto” alla valorizzazione del principio di buona fede) può cogliersi nella vicenda giurisprudenziale relativa ai contratti *swap*, e nelle relative critiche dottrinali in ordine all’espansione del rimedio invalidativo fondato sull’accertamento caso per caso del vizio della “causa in concreto”⁸¹.

Queste esperienze giurisprudenziali segnalano l’importanza sistematica di quella fonte intermedia fra legge e contratto che costituisce una costante della storia dell’autonomia d’impresa e che oggi – come si è detto – tende ad essere la

⁷⁹ Cfr. D. VOLPATO, *Le stagioni dell’assicurazione claims made e le persistenti incertezze applicative*, in *Danno e responsabilità*, 2022, 169 ss.; V.V. CUOCCI, *La clausola claims made: croce e delizia del diritto delle assicurazioni*, in *Danno e responsabilità*, 2021, 479 ss.; N. DE LUCA, *Dal contratto al rimedio adeguato. A proposito di inadeguatezza della claims made clause e riscrittura giudiziale del contratto*, in *Foro it.*, 2021, I 1678 ss.

⁸⁰ Significativo l’ultimo intervento della Cass. (sez. III; 25 febbraio 2021, n. 5259, in *Foro it.*, 2021, I, 1669, con nota critica di N. De Luca, *supra cit.*), che limita le conversioni “manipolative” dei giudici di merito, susseguenti a valutazioni negative della causa in concreto del singolo contratto di assicurazione, ma fornisce un indirizzo, circa la possibile conversione (questa è ammessa solo nell’ambito delle diverse formule di clausola *claims made*) che dà l’impressione di un intervento regolatorio improvvisato.

⁸¹ Cfr. A. BARTALENA, *Patologia dei derivati: la causa concreta come strumento di tutela dell’investitore “tradito”*, in *Società*, 2020, 1122 ss.; A.M. GAROFALO, *Un anno dopo le Sezioni Unite: è davvero nella causa il rimedio migliore per gli swap conclusi da clienti disinformati?*, in *Nuova Giur. Civ. Comment.*, 2022, II, 472 ss. (ove anche un’interessante proposta di applicazione estensiva delle norme sull’annullabilità dei contratti).

regolazione amministrativa, non facilmente sostituibile dal sindacato giudiziario sui singoli atti (che pur rimane ammissibile in linea di principio).

Ciò premesso, si deve ora sottolineare che l'impostazione di cui si discute, che suggerisce un controllo causale dei contratti d'impresa proiettato sulla dimensione dell'attività e dei mercati, porta a risultati che talora possono restringere – rispetto alle corrispondenti regole della contrattazione individuale – gli spazi di autonomia privata concessi all'imprenditore, talora possono allargarla.

Nel primo senso, basti pensare proprio agli accordi restrittivi della concorrenza, ove l'originario art. 2596 c.c. poneva come limite alla validità solo il caso di eccessiva compressione della libertà d'impresa del contraente, mentre il già citato art. 101 al. 3 TFUE dispone che l'eventuale validità dell'accordo è subordinata alla valutazione positiva degli effetti economici complessivi che l'accordo stesso è in grado di produrre nel sistema economico, e quindi ad un controllo molto più stringente.

Nel secondo senso si deve riconoscere la possibilità di negozi astratti atipici, cioè di promesse astratte meritevoli di tutela se inquadrare nella serialità di un'attività d'impresa e nella logica del funzionamento complessivo di certi mercati.

In proposito si può ricordare la problematica dei titoli di credito atipici⁸². Più significativa, per i cospicui risvolti giurisprudenziali, è la vicenda relativa al contratto autonomo di garanzia.

Più in generale, si deve richiamare la considerazione circa l'arretratezza del sistema delle garanzie del credito, presente nel codice civile, rispetto alle esigenze attuali di buon funzionamento dei mercati⁸³. Ciò ha dato luogo ad un processo evolutivo, mediante un intreccio di legislazione speciale, interventi giurisprudenziali ed usi negoziali, volto a costruire un sistema di garanzie del credito funzionale alle esigenze dei crediti d'impresa. Le novità (dal pegno rotativo a quello non possessorio, al ridimensionamento del divieto del patto commissorio, ecc.) sono molte ed omettiamo di ripercorrerle in questa sede⁸⁴.

In questo quadro si inserisce la citata vicenda del contratto autonomo di garanzia. Questa figura suscitava inizialmente perplessità perché comporta una deroga al principio di accessorietà, ritenuto imperativo nell'ambito della disciplina della fideiussione; infatti, con le garanzie autonome, il garante finisce per

⁸² Rinvio a M. LIBERTINI, *I titoli di credito nella dottrina giuscommerciale italiana*. In memoria di Antonio Pavone La Rosa, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3/2017, 1 ss.

⁸³ Cfr., p.e., E. BRODI, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in BANCA D'ITALIA, *Questioni di economia e finanza*, n. 356, settembre 2016.

⁸⁴ Per una visione d'insieme, da ultimo, M. RENNA (nt. 18).

assumere un obbligo astratto, rinunciando ad avvalersi di una serie di eccezioni che gli sarebbero consentite dalla legge (e ciò anche in contrasto con la norma dell'art. 1462 c.c.).

A queste perplessità la dottrina replicò osservando la diffusione di questo modello contrattuale nel commercio internazionale e nei mercati bancari e finanziari, e la sua rispondenza ad esigenze, meritevoli di tutela, al buon funzionamento di questi mercati, inducevano ad interpretazioni evolutive delle norme codicistiche, atte a legittimare la pratica in questione. A tal fine, l'idea della presenza strutturale, nel sistema, di spazi per l'autonomia d'impresa diversi da quelli propri dell'autonomia individuale parve fornire una plausibile base per ammettere impegni negoziali astratti da parte di imprese, a seguito di un giudizio di meritevolezza fondato non sulla singola operazione, bensì sulla valutazione complessiva dell'attività delle imprese coinvolte e dei mercati in cui la stessa si inserisce⁸⁵.

In questa prospettiva, la conclusione di contratti autonomi di garanzia rimaneva preclusa all'individuo non imprenditore, che continuava ad essere protetto dalle norme imperative codicistiche che non ammettono la rinuncia a certe eccezioni.

Sul piano giurisprudenziale, le ragioni "pratiche", favorevoli all'ammissibilità dei contratti autonomi di garanzia, apparvero convincenti, ma l'argomentazione impiegata per giungere a questa soluzione non è stata quella della possibilità di interpretare in maniera differenziata le norme generali sui contratti, dando spazio a soluzioni peculiari per l'autonomia d'impresa, bensì quella di un'ontologica differenza fra contratto di fideiussione e contratto autonomo di garanzia⁸⁶: la scelta di questo contratto, socialmente tipico (e poi variamente richiamato in disposizioni di legge speciale), comporterebbe una uscita, *tout court*, dall'ambito applicativo delle norme codicistiche sulla fideiussione.

La scelta di questo percorso argomentativo è interessante sul piano culturale, perché conferma l'egemonia, anche in tempi recenti e in problematiche di diritto dell'impresa e dei mercati, di una dogmatica concettuale di antica origine pandettistica (ciò che farebbe parlare di "civilizzazione del diritto commerciale", piuttosto che di "commercializzazione del diritto civile"). Sul piano normativo, questa soluzione del problema porta però a svalutare – in contrasto con il dato

⁸⁵ Questa impostazione è stata, da ultimo, riproposta con decisione da M. RENNA (nt. 18).

⁸⁶ Cass.civ., ss.uu., 1° ottobre 1987, n. 7341 (che però tende ad inquadrare riduttivamente la garanzia autonoma come patto di *solve et repete*); e soprattutto, in maniera netta, Cass.civ., ss.uu., 18 febbraio 2010, n. 3947.

comparatistico⁸⁷ – il problema della qualità soggettiva del garante nel contratto autonomo di garanzia.

Questa impostazione ha finito per creare dubbi perfino sull'applicabilità al contratto autonomo di garanzia delle norme poste a tutela dei consumatori. Infatti, seguendo questa impostazione, potrebbe dirsi che il consumatore che assume una garanzia autonoma non starebbe rinunciando ad eccezioni previste dalla legge (con conseguente vessatorietà della clausola, ai sensi dell'art. 33, comma 1, lett. *t*, cod.cons.), ma starebbe sottoscrivendo una clausola attinente alla determinazione dell'oggetto del contratto (come tale esclusa dalla valutazione di vessatorietà, ai sensi dell'art. 34, comma 2, cod.cons.).

Di recente, la S.C. si è trovata a dover affrontare il problema⁸⁸ ed è giunta a riconoscere la tutela del consumatore⁸⁹, ma solo a seguito di una faticosa motivazione, che dà ampio conto delle supposte ragioni a sostegno della soluzione contraria, per poi riconoscere che il rifiuto di tutela del consumatore sarebbe contrario all'intento del legislatore europeo. La sentenza così giunge ad un'interpretazione restrittiva dell'art. 34, comma 2, cod.cons., che sarebbe applicabile ai soli contratti legalmente tipici (soluzione non particolarmente brillante, perché, se un contratto atipico risulta meritevole di tutela, la norma sulla non vessatorietà delle clausole di determinazione dell'oggetto potrebbe pur trovare applicazione).

Questa vicenda dimostra, credo, la preferibilità di un'impostazione dei problemi della causa contrattuale incentrata sulla distinzione fra autonomia d'impresa e autonomia individuale. A ciò si aggiunga che la mancata distinzione può alimentare uno sforzo interpretativo volto a ridurre l' "astrattezza" delle garanzie autonome, ammettendo l'opponibilità di certe eccezioni (al di là dell'*exceptio doli generalis* in presenza di prove "pronte e liquide" su cui il consenso è generale) per ragioni di ordine pubblico o di rispetto del principio di buona fede⁹⁰. Soluzione che finisce per depotenziare le garanzie autonome in quei mercati in cui vi è necessità delle stesse, mentre dovrebbe apparire superflua per le garanzie date da soggetti non imprenditori, per i quali dovrebbero invece valere direttamente le norme imperative dettate in materia di fideiussione (oltre che le norme specifiche a tutela dei consumatori).

⁸⁷ Cfr. G.B. PORTALE, *Lezioni pisane di diritto commerciale*, Pisa University Press, 2014, 47.

⁸⁸ Cass.civ., sez. III, 18 febbraio 2022, n. 5423.

⁸⁹ Nella specie, si trattava di un genitore che aveva sottoscritto una garanzia autonoma di un milione di euro a favore di una scuola di "pilotaggio sportivo", a cui si era iscritto il figlio.

⁹⁰ G. PERLINGIERI, *Garanzie "atipiche" e rapporti commerciali*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2017, 21 ss.; pedissequamente seguito da C. PETTA, *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, E.S.I., Napoli, 2021.

9.6. Profili rimediali nella disciplina dei contratti d'impresa

Un'ultima riflessione si può fare con riguardo ai profili rimediali nella disciplina dei contratti d'impresa.

In proposito, un sistema rimediale incentrato sulla tutela dell'attività richiede – come ho spesso cercato di segnalare in altre sedi⁹¹ – il riconoscimento della priorità sistematica dei rimedi specifici rispetto a quelli risarcitori per equivalente e l'applicabilità generale del rimedio inibitorio. Su questi temi si può peraltro riconoscere che la più recente evoluzione della riflessione giusciviltistica ha portato ad un'ammissione sempre più ampia della tutela specifica contro l'inadempimento delle obbligazioni e della tutela inibitoria⁹² (ormai sistematicamente sganciata dalla dipendenza concettuale dallo schema romanistico dell'*actio negatoria servitutis*). Sotto questo profilo, si potrebbe persino dire che, almeno in questa materia, si sta realizzando, in modo inespesso, una tendenziale “commercializzazione del diritto privato”.

Questa impostazione trova i suoi riflessi più significativi con riguardo alla disciplina dei contratti di durata (che sono spesso, anche se non necessariamente, contratti d'impresa). Per questi – come si è già segnalato⁹³ – la tesi dell'obbligo di rinegoziazione fondato sul dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto tende a divenire *ius receptum*. Nel dibattito dottrinale, questa tesi è rafforzata, per i contratti d'impresa, dalla considerazione di norme speciali su singoli contratti, come l'appalto (art. 1664 c.c.) o l'affitto (art. 1623 c.c.), nonché dalla considerazione della norma sul divieto di abuso di dipendenza economica, intesa come espressione di un principio applicabile a tutti i casi di “contrattazioni di mercato asimmetriche”⁹⁴.

Più aperta è la questione relativa ai rimedi esperibili in caso di fallimento della rinegoziazione obbligatoria. Il legislatore ha mostrato una certa prudenza: la punta normativa più avanzata era costituita dalla prima versione dell'art. 7 del d.lgs. 231/2002 sui ritardi nei pagamenti, ma la previsione, ivi contenuta, di un potere di rideterminazione equitativa del contenuto del contratto da parte del giudice è stata abrogata con il d.lgs. 192/2012. Una seconda ipotesi legislativa è costituita dall'art. 10, d.l. 118/2021, conv. con l. 147/2021, che prevede rinegoziazione e possibilità di rideterminazione equitativa del giudice

⁹¹ V., p.e., M. LIBERTINI (nt. 37).

⁹² V. per tutti, di recente, la perspicua trattazione di D. FREDA, *Appunti per una teoria dell'inibitoria come forma di tutela preventiva dell'inadempimento*, in *Europa e diritto privato*, 2016, 721 ss.

⁹³ V. *supra*, nt. 66 e testo corrispondente.

⁹⁴ V. L. NONNE (nt. 1), 219-220, ove ampie indicazioni di dottrina conforme.

nei contratti di durata interessanti imprese che abbiano avviato procedure di composizione negoziata della crisi. La disposizione ha però carattere temporaneo, perché riguarda solo i casi di squilibrio contrattuale dovuto alla pandemia Covid. Significativamente, la bozza (ormai definitiva) di d.lgs. di recepimento della direttiva *Insolvency*, nel riproporre (art. 22) la disposizione come norma “a regime”, ripresenta la possibilità dell’obbligo di rinegoziazione nell’ambito delle procedure di composizione della crisi, ma non prevede più la possibilità di rideterminazione equitativa da parte del giudice. Queste vicende legislative possono far pensare che, mentre si rafforza l’idea della generalità dell’obbligo di rinegoziazione secondo buona fede, l’intervento correttivo del giudice sia ancora considerato come un rimedio eccezionale⁹⁵. A questo orientamento (cui corrisponderebbe la possibilità, per il contraente danneggiato, di richiedere solo il risarcimento per equivalente) si contrappone la nota presa di posizione dell’Ufficio Massimario della Corte di Cassazione⁹⁶, che ammette che l’inadempimento all’obbligo di rinegoziazione possa essere sanzionato con il ricorso ad un’applicazione estensiva (ed evolutiva) dell’art. 2932 c.c. sull’esecuzione in forma specifica dell’obbligo di contrarre. Questa proposta ha ricevuto diverse critiche in dottrina⁹⁷, ma in effetti si tratta di critiche che investono più l’efficienza e la praticabilità della soluzione che non l’ammissibilità in linea di principio, che appare come coerente sviluppo dell’ammissione – di cui si è detto sopra – di rimedi specifici a seguito dell’inadempimento contrattuale. Se il rimedio specifico dell’art. 2932 è previsto per il caso in cui il contenuto del contratto imposto sia stato convenzionalmente determinato, non si vede un ostacolo di principio ad estenderlo ai casi in cui tale contenuto sia stabilito in una sentenza determinativa del giudice.

Il discorso potrebbe continuare con qualche riflessione sui rimedi invalidativi. La contrattazione d’impresa è stata il terreno su cui si è sviluppata, nella legislazione e nell’interpretazione, la figura delle nullità relative di protezione⁹⁸. Più in generale, dovrebbe osservarsi che la materia dei contratti d’impresa dovrebbe

⁹⁵ Così O. CAGNASSO, *Sopravvenienze da svilimento della controprestazione alla luce della crisi da pandemia*, comunicazione al congresso di “Orizzonti del diritto commerciale”, 27 maggio 2022 (reperibile sul sito dell’associazione).

⁹⁶ *Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, 8 luglio 2020, n. 56.

⁹⁷ V., in particolare, M. MAGGIOLO, *Poteri e iniziative unilaterali nella rinegoziazione del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2021, 907 ss.

⁹⁸ Nonché le proposte di applicazione estensiva o analogica della disciplina dell’annullabilità (v. *supra*, nt. 80, nonché M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Giuffrè, Milano, 2001).

essere governata da un sistema delle invalidità incentrato sui principi di conservazione/correzione del contratto (e di applicazione compensativa del rimedio risarcitorio a fronte di contratti, pur validi, che presentino qualche profilo di irregolarità), piuttosto che da una tendenziale espansione del rimedio della nullità, come quella che si avverte nel diritto applicato⁹⁹.

⁹⁹ Mi riferisco alla nota vicenda dei contratti “a valle” delle intese anticoncorrenziali, ove la Cassazione, con l’approvazione di buona parte della dottrina (v., p.e., A. BARBA, *Intesa vietata e nullità del contratto a valle*, in *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, Jovene, Napoli, 2022, I, 47 ss.) ha ritenuto insufficiente il solo rimedio risarcitorio (pur giudicato ammissibile). Per la critica a questa argomentazione v. M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2022, 13 ss.; G. D’AMICO, *Modelli contrattuali dell’Abi e nullità dei contratti c.d. a valle*, in *Foro it.*, 2022, I, 1309 ss.

Un ulteriore commento può farsi rispetto alla vicenda dei mutui fondiari c.d. “sovrafinanziati”: una volta superata, giustamente, la tesi della qualificazione del fatto come illecito regolamentare di rilevanza solo interna all’ordinamento bancario (quindi senza risvolti privatistici), si è affermata la soluzione della nullità parziale per violazione di norme imperative (Cass.civ., sez. I, 13 luglio 2017, n. 17352; da ultimo Cass.civ., sez. I, 14 giugno 2021, n. 16776), la quale porta però con sé la complicazione della possibilità di estensione della nullità all’intero contratto, ai sensi dell’art. 1419, comma 1, c.c., con conseguente conversione dello stesso in mutuo ipotecario ordinario. Sarebbe invece possibile una soluzione consistente nella sola perdita dei privilegi per il *surplus*, senza nullità civilistica del contratto; ciò che eviterebbe anche possibili problemi connessi all’art. 28 della legge notarile.

La categoria «contratto» tra unicità e molteplicità

SOMMARIO: 1. La crisi del contratto – 2. 1° problema: cosa sono le categorie? – 3. 2° problema: il ruolo della disciplina generale

1. La crisi del contratto

Ha ancora un senso discorrere di «contratto» come categoria generale? Il contesto non sembra favorevole a una risposta positiva: le categorie del contratto sembrano da tempo esposte a una profonda crisi identitaria, o, almeno, questa è la *vulgata* prevalente, cui si accompagna una generale constatazione dell'altrettanto ineluttabile crisi dell'unicità del paradigma contrattuale, segno inequivocabile dell'età delle complessità¹.

Anzi. Proprio il contratto rappresenterebbe una «vicenda sintomatica» della crisi, di cui Nicolò Lipari, in un suo notissimo recente volume², ha identificato cause, sintomi e conseguenze: «la categoria del contratto è venuta progressivamente perdendo il suo punto di riferimento unitario»³, al punto che il richiamo al contratto va sempre seguito da «un'aggettivazione o una specificazione»; ne trae la conclusione che «parlare di un persistente valore delle categoria esprime più un desiderio che una constatazione, più l'esigenza di una continuità lessicale ed argomentativa che il richiamo necessario ad una unitaria categoria ordinante»⁴. Che significa: dire «contratto» *tout court* equivale a non dire (quasi) nulla, specie con riferimento alla disciplina ad esso applicabile⁵.

¹ «La crisi delle categorie tradizionali del diritto civile è diventata un vero e proprio *tòpos*, o, se vogliamo, una dantesca *descensus ad inferos* con tanto di morti (della famiglia, del contratto, etc.): così scrive F.D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1 ss., in partic. p. 5.

² N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, in partic. p. 141 ss.

³ Ancora N. LIPARI, *ult. cit.*, p. 150: «(...) la categoria del contratto è venuta progressivamente perdendo il suo punto di riferimento unitario, idoneo a individuare la disciplina indipendentemente dai soggetti che lo stipulano e dal contenuto che lo caratterizza (...)».

⁴ Ancora N. LIPARI, *ult. cit.*, p. 151.

⁵ Che, poi, è l'interrogativo che si poneva G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv.*

Le parole chiave di questa crisi, vera o presunta, sono un *mantra* ossessivo: frammentazione (delle figure, delle discipline), nuovi modelli, frantumazione (e ristrutturazione) delle subcategorie del discorso giuridico sul contratto (accordo, causa, oggetto, responsabilità, nullità etc.), necessità di elaborare nuove categorie o distinzioni (primo – secondo – terzo contratto, contratto asimmetrico⁶, contratto democratico⁷, contratto europeo⁸, contratto ecologico⁹ ecc.); fuga dal contratto dei nuovi fenomeni legati alle tecnologie digitali e algoritmiche che non sembrano più nemmeno contratti e per i quali, cogliendo un dato reale, si è parlato di «*unreflective use of contractual terminology*»¹⁰ o di «*pseudo-contract*»¹¹; impatto della crisi pandemica sul contratto, con conseguente insufficienza dei rimedi tradizionali ad affrontare le situazioni emergenziali¹².

Insomma, una realtà che sembra sfuggire al dominio degli antichi apparati concettuali, ritenuti da molti vecchi e superati. Non è tanto il diritto in sé a sembrare sconvolto dal nuovo [perché esso assume altre forme, proviene da altre fonti, ma permane integro nella sua essenza], quanto l'aspirazione a rappresentarlo in modo ordinato, entro un discorso – anche scientifico – capace di descriverne la fisionomia attraverso nozioni, concetti, categorie che mettano in ordine (e comunichino in modo intellegibile) un sistema di regole, consentendo a chi se ne serve – cittadini, studenti, operatori, giudici, avvocati, notai, giuristi ecc.

dir. civ., 1991, p. 649 ss., in partic. p. 651: «(...) il problema che intendiamo porci è se esista un concetto di contratto, dai caratteri ben precisati, che possa ambire ad essere l'esatto referente dei nostri discorsi, svolti sul piano rigoroso della scienza giuridica. O se, invece, *contratto* sia solo un nome, un indice verbale di puro comodo senza valenza concettuale (...). Per cui non avrebbe senso compiuto dire contratto *tout court* (...)».

⁶ Devo rinviare, per un inquadramento delle ragioni dei nuovi paradigmi e delle loro distinzioni, ad A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir. – Annali*, V, Milano, 2011, p. 370 ss.

⁷ E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 1262 ss.

⁸ S. PAGLIANTINI, *Contratto (diritto europeo)*, in *Enc. dir., I Tematici*, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, 2021, p. 130 ss. (in partic. pp. 131-135, sul senso del «contratto europeo» come «categoria dottrinale descrittiva»).

⁹ M. PENNASILICO, *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 1246 ss., in partic. p. 1255 s.

¹⁰ M.J. RADIN, *The Deformation of Contract in the Information Society*, in *37 Oxford J. Legal Stud.*, 2017, p. 505 ss., in partic. p. 533.

¹¹ R. B. KAR – M.J. RADIN, *Pseudo-contract and shared meaning analysis*, in *Harvard Law Review*, 132, 2019, p. 1135 ss.

¹² Sul tema dell'impatto dell'emergenza pandemica sulla disciplina contrattuale si possono vedere, anche in prospettiva comparatistica, i contributi nell'*Annuario del Contratto 2020* e quelli apparsi su www.giustiziacivile.com.

– di comprenderne il senso e di governarne l'applicazione. Discorrere di diritto e decidere col diritto (in modo ordinato) sembra divenuta impresa impossibile o almeno molto ardua, proprio in ragione della sopravvenuta inidoneità delle categorie a esprimerne una fotografia realistica e attuale (dunque, in un certo senso, vera), in special modo con riguardo al contratto. Aurelio Gentili, in un recentissimo contributo¹³, riesce a sfatare in modo efficace il mito della crisi, soprattutto in una prospettiva metodologica; egli dimostra la fallacia dell'approccio nuovista, laddove la categoria viene identificata come presupposto del procedimento applicativo¹⁴, quando, invece, essa è frutto di una «scelta» *a posteriori*, di un'interprete che costruisce il suo ragionamento su premesse (anche categoriali) scelte per giustificare una determinata conclusione (e allora Gentili, a ragione, vede più una crisi degli interpreti, che delle categorie). La difesa delle categorie non è mera conservazione (o, peggio, frutto di un atteggiamento reazionario), ma è, semplicemente, l'unica via possibile per dire sul (e fare il) diritto, volendosene ritenere ancora possibile l'analisi scientifica¹⁵.

2. 1° problema: cosa sono le categorie?

Tracciate queste sintetiche premesse, a me pare che i problemi siano riducibili a due interrogativi: 1°: cosa sono e a cosa servono le categorie nel discorso giuridico (e nel contratto in particolare)? 2°: il contratto e la sua disciplina generale conservano ancora un ruolo e, se sì, quale?

1° problema: cosa sono e a cosa servono, nel discorso giuridico, le categorie.

Se è vero che i relativisti non affrontano mai il tema della identificazione delle categorie (di cui affermano la crisi), è altrettanto vero non può bastare la constatazione della crisi, senza chiarire che cosa, esattamente, è entrato in crisi. Il tema dovrebbe investire filosofia e logica, a partire da Aristotele e Kant fino ad arrivare a Husserl e ai post-aristotelici; tuttavia non sembra fuori luogo porsi qualche interrogativo di portata più generale, giusto per evitare che la discussione sul linguaggio del diritto sia del tutto autoreferenziale. Nell'attacco alle categorie, i relativisti si costruiscono un nemico giustificante: quello che Brian Carr ha defini-

¹³ A. GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 633 ss.

¹⁴ A. GENTILI, ult. cit., in partic. pp. 652-653.

¹⁵ I «distruttori» delle categorie, talvolta, sembrano mossi dal gusto per un mero *divertissement* intellettuale, condito di esercizi sociologisticeggianti, dimenticandosi che il giurista svolge un servizio nell'interesse della collettività e che la tecnica del diritto è funzionale alla conservazione dell'ordine delle regole e alla prevedibilità delle decisioni dei giudici.

to «categorical conceptualism»¹⁶, sintagma che riflette la concezione kantiana delle categorie come *a priori* «imposti» dalla mente agli oggetti della conoscenza¹⁷. Così concepite, le categorie – anche nelle più recenti versioni neo-aristoteliche – non potrebbero essere utili al diritto, la cui realtà è in continuo divenire, e nemmeno se fossero poste dal legislatore potrebbero sopravvivere all'usura inevitabile del tempo; nel diritto, insomma, non c'è, né ci potrebbe essere una «lista» completa delle categorie idonea a descrivere tutto il mondo (del diritto), secondo l'idea che ogni cosa debba trovare collocazione «*in its proper place*»¹⁸. Se la concezione categoriale, nel diritto, fosse questa, avrebbero ragione coloro che avversano le categorie e ne predicano non tanto la crisi quanto proprio la fine.

A me pare preferibile approccio descrittivo, che muova dai fenomeni per disegnare confini (e nuovi sensi) delle categorie: cosa riflettono (sono o dovrebbero essere idonee a riflettere) le categorie? Uno o più istituti, uno o più disposizioni¹⁹, di cui si sintetizza, attraverso un nome o un sintagma, la natura essenziale, in funzione dell'individuazione (e dell'applicazione) di una determinata disciplina (generale o speciale); non serve, ovviamente, una definizione statica, perché l'operazione di schematizzazione linguistica mediante categorie è necessariamente storicizzata, riferita e influenzata dal contesto culturale, sociale, economica in cui la categoria è (non tanto pensata quanto) applicata e utilizzata.

Le categorie, come linguaggio e come il linguaggio, passano attraverso un processo incessante di adattamento (talvolta rifondazione, talvolta creazione), grazie al quale mantengono la loro vitalità che risiede, essenzialmente, in una persistente capacità a contenere (anche) il divenire del diritto (che, poi, è un effetto necessitato del divenire dei fenomeni che il diritto aspira a regolare); quella che Pietro Rescigno identifica come «un'operazione importante», magari frutto di un'attività «puramente ipotetica o, addirittura, immaginifica» ma essenziale per la «soluzione dei casi»²⁰. Sono categorie «ordinanti», scrive Rodolfo Sacco²¹, perché «filtrano il pensiero» (la rappresentazione del diritto) mettendolo in ordine e con-

¹⁶ B. CARR, *Metaphysics: An Introduction*, Atlantic Highlands, New Jersey, 1987, p. 6.

¹⁷ Scrive H.J. PATON, *Kant's Metaphysic of Experience*, London, 1936, p. 258 che, per Kant, «We have *a priori* knowledge by means of the categories, only if the categories are due to the nature of the mind and are imposed by the mind of the objects which it knows».

¹⁸ R. GROSSMAN, *The Categorical Structure of the World*, Bloomington, 1983, p. 4.

¹⁹ A. GENTILI, op. cit., p. 656: «La categoria è insomma la *ratio* complessiva di un insieme di disposizioni e istituti (l'autonomia privata è per esempio la *ratio* delle norme su tutti gli atti, patrimoniali e non, con cui si dà regola alla propria sfera)».

²⁰ P. RESCIGNO – G. RESTA – A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, pp. 25-26.

²¹ R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, Torino, 2005, p. 2.

sentendone la comunicazione; il senso delle categorie, dunque, è quello di costituire i cardini del discorso giuridico, senza cui esso, probabilmente, perderebbe la dignità di scienza e affogherebbe nell'inconoscibile.

Se il problema è, allora, l'adattamento delle categorie (e non la rinuncia al loro ruolo sistematore o la mera constatazione della loro crisi), l'interprete è chiamato a una costante attività ricostruttiva, condotta non già piegando la realtà alle categorie aprioristicamente concepite, bensì adattando queste ultime al mutare della realtà, senza negarne l'esistenza e l'utilità, ma, anzi, attualizzandone la consistenza, non in nome di prospettive sistematiche o dogmatiche, ma perché l'unità linguistica del discorso sul contratto è condizione imprescindibile al governo ordinato delle sue regole (generali/speciali).

E allora le tradizionali categorie del diritto privato – un elenco di quelle generali: fatto giuridico, atto, autonomia privata, contratto, responsabilità, da arricchirsi con le subcategorie o le categorie speciali che completano il quadro (per il contratto: accordo, causa, oggetto, forma, nullità, risoluzione etc)²² – devono vivere in una dimensione costantemente storicizzata e il loro significato può mutare in relazione ai nuovi fenomeni che l'ordinamento (fonti legislative nazionali e sovranazionali, giudici, interpreti, autonomie) conosce, secondo un ciclo di reciproca – ma positiva e continua – contaminazione. Il compito dell'interprete non è quello di accertare la crisi delle categorie, così contribuendo alla loro demolizione; bensì è quello – più difficile – di ridisegnarne il contenuto e i confini alla luce del nuovo, fino al punto di proporre di nuove, quando i fenomeni – per la loro consistenza, per la loro originalità e per la loro importanza – meritano la confezione di una categoria del tutto nuova (di matrice normativa, giurisprudenziale o dottrinale che sia).

Solo in questo modo il diritto, inteso anche nella sua dimensione di scienza pratica, conserva la sua funzione originaria e autonoma.

3. 2° problema: il ruolo della disciplina generale

Il contratto e la sua disciplina generale possono svolgere il ruolo che, nei Codici civili antichi e moderni, è sempre stato loro affidato? La risposta, anche alla luce di quanto si è detto sopra, mi pare possa essere positiva; nel 2019 – in occasione del 2° Seminario in onore di Enzo Roppo, dedicato, appunto, alla

²² Sulle categorie è costruita la sistemazione delle disciplina codicistica sul contratto in generale e sui contratti tipici (come pure, talvolta per effetto della scelta dello strumento codice, anche quella di molti dei contratti di settori del mercato).

riflessione sul contratto²³ – proprio Nicolò Lipari ha esortato a compiere quella «continua attività edificatrice, influenza dai modelli culturali, dai criteri di valore, dalle idee guida di un'intera collettività»²⁴ necessaria per affrontare il nodo del contratto della postmodernità.

La sfida del «contratto in generale» non è ancora perduta.

L'aspirazione generalista di molti dei nuovi paradigmi contrattuali prospettati nel corso degli ultimi due decenni è rimasta una solenne incompiuta, perché al di là dei generici richiami ai tratti comuni di questi nuovi modelli, o non si è mai in modo soddisfacente risolta la questione dell'applicazione alle nuove figure del diritto generale dei contratti o ci si è dovuti, alla fine, rassegnare di fronte a un'estensione «in quanto compatibile» della disciplina generale del contratto.

Il tema, inevitabilmente, incrocia quella complessa questione delle disposizioni che regolano vere e proprie valvole di comunicazione tra il Codice civile e i codici di settore, confezionate proprio con l'obiettivo dichiarato (da ultimo, nella Direttiva 2011/83/UE) di porre il consumatore nella migliore situazione possibile, secondo la formula notissima della «armonizzazione massima».

Certo, con Zoppini, è da rilevare che, comunque, «il diritto privato è necessariamente altro rispetto alla regolazione del mercato» e, dunque, non di «debolezze» si deve ragionare, bensì di «integrità del mercato», cui appare strumentale che al consumatore «sia data una reale possibilità di scelta»²⁵ (con la conseguenza che, per esempio nei rapporti tra singoli codici di settore, ragionare di armonizzazione massima non avrebbe senso, dovendosi optare per l'esclusività delle regole contenute nei singoli codici di settore). Ma se l'osservazione potrebbe essere condivisa ove calata nel contesto di discipline marcatamente settoriali (e, dunque, davvero non sovrapponibili), nel diverso ambito dei rapporti tra un codice *naturaliter* generale (il codice civile) e un codice concepito come settorialmente generale (il codice del consumo), occorre fare i conti con il dato positivo, dal quale si evince che i due sistemi non *possono* ma *devono* comunicare, nonostante l'armonizzazione massima²⁶ non sembri più poter coesistere con la

²³ *Il contratto, un futuro incerto tra unità e frammentazione*. 2° Seminario in onore di Enzo Roppo, atti pubblicati sull'*Annuario del Contratto 2019*, Torino, 2020.

²⁴ N. LIPARI, *Parole introduttive*, in *Annuario del Contratto 2019*, cit., p. 7.

²⁵ A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai «codici di settore» (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p.136, in partic. pp. 148 s.

²⁶ Sulla quale pesa l'art. 4 della Direttiva n. 2011/83/UE: «Salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso»; su questo v. T. DALLA MASSARA, *La «maggior*

(ritenuta possibilità di) «scelta» tra rimedi diversi (purché favorevoli), almeno se «presa sul serio» (perché essa comporta, almeno nella sua versione «completa»²⁷, un'esclusione di tutto ciò che proviene da «altro» rispetto alla disposizione di fonte europea)²⁸. Occorre fare i conti con una precisa scelta di politica del diritto orientata a far prevalere l'unità sulla frammentazione, l'uniformità europea delle regole sulle incertezze legate alla sopravvivenza di peculiarità degli specifici ordinamenti²⁹. Una questione che non può che riverberarsi sulla soluzione del problema del rapporto tra le discipline generali (codicistiche nazionali) e quelle di derivazione europea.

Il quadro normativo è disegnato da almeno due coppie di disposizioni: l'art. 1469-*bis* c.c. e l'art. 38 c. cons. (valvole di comunicazione generale tra i due codici, o «punti di rinvio», per dirla con Dalla Massara)³⁰ – l'art. 67 c. cons. / l'art. 135 c. cons. (valvole di comunicazione speciale, la prima delle quali interessata dall'attuazione della Direttiva n. 2011/83/UE; la seconda dalla Direttiva n. 2019/771/UE).

La prima coppia si muove a livello di codici, intesi nel senso globale e intende risolvere, appunto, il problema della reciproca interferenza.

L'art. 1469-*bis* c.c. dispone l'applicazione ai contratti del consumatore del Titolo II del Libro IV (Dei contratti in generale) salva deroga del codice del consumo o di altre disposizioni più favorevoli per il consumatore; a specchio, l'art. 38 c. cons. rinvia al codice civile «*per quanto non previsto dal presente codice*». E, dunque: per tutto quanto disciplinato dal codice del consumo, l'integrazione non è necessaria, essendo detto codice autosufficiente, salva l'applicazione di disposizioni più favorevoli contenute in altri codici o discipline di settore (sic-

tutela» del consumatore: ovvero del coordinamento tra codice civile e codice del consumo dopo l'attuazione della direttiva 2011/83/UE, in *Contr. impr.*, 2016, p. 744, in partic. p. 745 s.

²⁷ S. PAGLIANTINI, *Contratto (diritto europeo)*, cit., p. 135, ipotizza una distinzione tra armonizzazione completa e armonizzazione parziale, quest'ultima consentendo al «diritto comune nazionale di integrare le zone non regolate, in quello stesso ambito, dalla normativa UE».

²⁸ Sull'armonizzazione massima, intesa nel suo senso corretto, v. anche (a proposito dell'attuazione della Direttiva 2019/771/UE) si fa rinvio a T. DALLA MASSARA, *L'imminente attuazione della Dir. UE 2019/771 e il problema del coordinamento con il codice civile: una proposta per il futuro art. 135 c. cons.*, in *Corr. giur.*, 2021, p. 1278 ss.

²⁹ Cfr. sull'armonizzazione massima e sui suoi significati M.C. PAGLIETTI, *Dal consumatore ai consumatori: armonizzazione massima e particolarismo giuridico*, in C. GIUSTOLISI (a cura di), *La Direttiva Consumer Rights. Impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima*, Roma, 2017, p. 161 ss., in partic. p. 164.

³⁰ T. DALLA MASSARA, *La «maggiore tutela» del consumatore: ovvero del coordinamento tra codice civile e codice del consumo dopo l'attuazione della direttiva 2011/83/UE*, cit., in partic. p. 748.

ché omologhe quanto a origine e funzione). Ma per tutti gli aspetti *estranei* alla *ratio* (di protezione del consumatore/di integrità del mercato) delle disposizioni consumeristiche, il codice civile (*rectius*: il titolo II del libro IV) (ri)trova terreno naturale di applicazione, in coerenza con la sua vocazione «generale» di disciplina destinata a regolare tutti i «contratti» in quanto tali³¹. A conferma che l'anima del contratto è unica, non frammentata, non spezzettata, non diluita; anche se, contrariamente a quanto talvolta si afferma, non è il Codice civile³² che concorre, con il codice del consumo o con le altre discipline di settore, a offrire al consumatore la possibilità di scegliere tutele più favorevoli, quanto, semmai, le disposizioni di altri codici o discipline di settore la cui omogeneità funzionale (e di fonte) consente l'integrazione³³, anche mediante l'analogia interna alle specifiche discipline³⁴. Non c'è conflitto né concorso (di norme), ma applicazione armonicamente integrata (e in tal senso andrebbe superato l'improprio richiamo alla «deroga» contenuto nel testo dell'art. 1469-*bis* c.c.).

D'altra parte, la seconda coppia di disposizioni-valvola si muove in direzione non troppo differente, anche se con una diversa tecnica, foriera, talvolta, di qualche equivoco; l'art. 135 c. cons. sembra(va) aprire a una cumulabilità di rimedi (speciali/generali) in ragione della libera scelta del consumatore, ma la Dir. n. 2019/771/UE impedisce di continuare a sostenere questa idea, muovendosi nel senso di un'armonizzazione massima che esclude, per la vendita dei beni di consumo, un ricorso ai rimedi di parte generale³⁵, se pure astrattamente più

³¹ Secondo una logica di «sussidiarietà completiva/integrativa»: S. PAGLIANTINI, *Contratto (diritto europeo)*, cit., in partic. p. 145.

³² Ma v. A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 1479 ss., in partic. p. 1500, secondo il quale per l'applicazione delle regole del codice civile ai contratti dei consumatori è necessario che le prime «siano sinergiche alla politica del diritto che governa il contratto del consumatore». In prospettiva non troppo dissimile v. anche P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 787 ss.

³³ Ma v., ancora, A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai «codici di settore» (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, cit., p. 143 ss. sui limiti della reciproca integrazione dei codici di settore.

³⁴ V. su questo F. ADDIS, *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 872 ss. in partic. p. 882.

³⁵ E, infatti, in sede di attuazione della Dir. n. 2019/771/UE si auspica(va), giustamente, una riscrittura dell'art. 135 c. cons., come poi effettivamente avvenuto: si vedano, in questo senso, T. DALLA MASSARA, *L'imminente attuazione della Dir. UE 2019/771 e il problema del coordinamento con il codice civile: una proposta per il futuro art. 135 c.cons.*, in *Corr. giur.*, 2021, p. 1278 ss., in partic. p. 1282 ss. e, in prospettiva analoga, F. BERTELLI, *L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771/UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 953 ss.

favorevoli al consumatore; coerentemente con questa nuova prospettiva, l'art. 67 c. cons., riformulato col d.lgs. 21/2014 in attuazione della Dir. 2011/83/UE e dedicato alla «tutela in base ad altre disposizioni», ridisegna in modo preciso i rapporti tra il codice del consumo e il codice civile fornendo queste indicazioni: *a.* (art. 67, 1° comma): il concorso di rimedi, a favore del consumatore, avviene solo all'interno delle «norme dell'ordinamento giuridico di fonte comunitaria o da adottare in conformità a norme comunitarie»; *b.* (art. 67, 2° comma): il codice civile trova applicazione nelle sue disposizioni «in tema di validità, formazione o efficacia dei contratti», ma «per quanto non previsto» dalle Sezioni I-IV del Capo I codice del consumo³⁶. E infatti, attuando la Dir. n. 2019/771/UE, il legislatore (d.lgs. n. 170/2021) ha riscritto il vecchio art. 135 c. cons., sotto forma del nuovo art. 135-*septies*, disponendo che: *a.* per quanto non previsto dal presente capo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di formazione, validità ed efficacia dei contratti, comprese le conseguenze della risoluzione del contratto e il diritto al risarcimento del danno; *b.* Per gli aspetti disciplinati dal presente capo non si applicano altre disposizioni aventi l'effetto di garantire al consumatore un diverso livello di tutela».

Le due coppie di disposizioni attuano una (sorta di) ripartizione di competenze tra il Codice civile e la legislazione di derivazione europea, in modo coerente con l'armonizzazione massima che, a partire dalla Dir. n. 2011/83/UE, ispira l'attività di regolazione dell'Europa; nel *Considerando* n. 14 di quella Direttiva, si precisava che «la presente direttiva non dovrebbe pregiudicare la legislazione nazionale afferente al diritto contrattuale per gli aspetti di diritto contrattuale che non sono disciplinati dalla presente direttiva. Pertanto, la presente direttiva dovrebbe lasciare impregiudicata la legislazione nazionale che disciplina, ad esempio, la conclusione o la validità di un contratto (ad esempio nel caso di vizio del consenso)». Se questo è esatto, non dovrebbero essere più possibili confusioni di ruoli e sovrapposizioni di discipline; al Codice civile – e alla sua disciplina generale dei contratti – il compito di fissare la struttura del contratto e la sua ordinaria fisionomia; alla legislazione di derivazione europea, con la sua peculiare *ratio*, il compito di costruire una disciplina al contempo integrata ma (nel suo contesto e in prospettiva essenzialmente rimediale) autosufficiente, che esaurisce, in sé, ogni possibile tutela di cui può godere, di volta in volta, il consumatore o la parte debole sotto qualunque veste.

³⁶ Il Capo I è dedicato alle «particolari modalità di conclusione del contratto» (Sez. I: informazioni precontrattuali; Sez. II: informazioni nei contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali; Sez. III: Altri diritti del consumatore; Sez. IV: Disposizioni generali).

La teoria ‘non euclidea’ del contratto

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

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

1. Una metafora

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. I postulati della teoria del contratto

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

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

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

Ne sintetizzo tre postulati.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Il contratto asimmetrico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Potere e interessi nella disciplina contrattuale

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²² F. DENOZZA, *Lo stile giuridico neoliberale*, in R. SACCHI, A. TOFFOLETTO (a cura di), *Esiste uno "stile giuridico" neoliberale? Atti dei seminari per Francesco Denozza*, Milano, 2019, 1 ss.

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

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

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

6. Gli interessi rilevanti e le diverse prospettive assiologiche

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

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

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

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

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

7. Il diritto della concorrenza e il contratto

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8. I contratti del consumatore

Lo stesso vale se guardiamo alla tutela del consumatore.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9. Una declinazione contenutistica della debolezza

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

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

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

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

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

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

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

10. Tutela del consumatore ed effetti sul mercato

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³³ Fonte Telecomitalia (2012).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11. Autonomia privata e controllo sul contenuto del contratto

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

Una simile prospettiva è stata contestata attraverso cinque argomenti³⁶:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

12. L'Euribor negativo

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

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

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

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

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

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

Sono astrattamente possibili tre diverse interpretazioni:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Correttamente applicando detti canoni, ne deriva che:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

14. Conclusioni

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I Contratti Dei Consumatori. Verso un'applicazione generale del diritto speciale?

SOMMARIO: 1. Il Codice del Consumo: un intervento di riordino o un nuovo statuto del consumatore? – 2. L'estensione della nozione di consumatore. – 3. Autonomia contrattuale e controllo giudiziale del contenuto del contratto: un'incerta linea di confine – 4. Conclusioni.

1. Il Codice del Consumo: un intervento di riordino o un nuovo statuto del consumatore?

All'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. 206/2005, il c.d Diritto del Consumo, un illustre commentatore, il Prof. Aurelio Gentili, pubblicò sulla Rivista "I contratti"¹ un articolo dal titolo "Codice del consumo ed *esprit de géométrie*", nel quale, pur dando atto che l'intervento legislativo aveva riprodotto norme preesistenti, senza apportare modifiche rilevanti alla disciplina codicistica, prevedeva che la loro applicazione avrebbe innescato un progresso nel diritto europeo dei contratti.

Per il solo fatto di cambiare la geometria, il Codice del Consumo aveva innovato la normativa codicistica, mettendo nelle mani dei giudici un potente strumento costruttivo, i cui effetti potevano essere "ottimi o preoccupanti".

Anche secondo un altro illustre commentatore, Guido Alpa, il d.lgs. 206/2005 aveva messo nelle mani del giudice uno strumento costruttivo per la tutela dei diritti del contraente debole, di un contraente che si pone in una condizione di inferiorità nei confronti del professionista sia per quanto riguarda il potere negoziale, sia per quanto riguarda il potere di informazione ²

¹ A. GENTILI, "I contratti" (n. 2/2006, pag. 159-174) con l'efficace citazione "Per mostrare la potenza delle norme e che anche la forma è contenuto".

² G. ALPA, "I contratti", Commento, 2005, 1047 e ss.; G. ALPA – L. ROSSI CARLEO (a cura di) *Codice del Consumo*. Commentario, Napoli, 2005; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma – Bari, 2002; G. ALPA *I contratti del consumatore*, *Istituti di diritto civile*, collana diretta da G. Alpa, 2014.

G. DE CRISTOFARO, "Il codice del consumo" in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, luglio-ottobre 2006, n. 4-5, pag. 747 e seg..

Al Codice del consumo dev'essere riconosciuto l'indiscutibile merito di costituire un unitario testo normativo all'interno del quale reperire buona parte delle disposizioni di tutela dei consumatori vigenti nel nostro ordinamento, offrendo all'interprete una base normativa solida ed organica sulla quale ricostruire il sistema del diritto dei consumi.

Nei diciassette anni di applicazione del Codice del Consumo, la giurisprudenza di merito e di legittimità ha interpretato la normativa consumeristica considerando tre aspetti fondamentali: 1) l'inclusione dei diritti del consumatore nell'ambito dei diritti della persona 2) la matrice comunitaria del diritto del consumatore 3) la natura integrativa delle norme del codice civile rispetto al Codice del Consumo.

Nella relazione illustrativa del d.lgs. 206/205, si afferma che la normativa consumeristica non attiene solo a rapporti di natura patrimoniale ed economica ma anche ai diritti della persona tanto che Franco Modugno, riprendendo il pensiero di Noberto Bobbio³, colloca i diritti del consumatore tra i diritti di terza generazione o tra i cosiddetti nuovi diritti⁴.

È presente, tra le disposizioni finali del Codice del Consumo, l'art. 143, il quale afferma che i diritti attribuiti al consumatore dal codice sono diritti irrinunciabili.

Un altro aspetto rilevante attiene alle sue radici di rango comunitario, il che si traduce, sul piano giuridico, nell'obbligo di adeguamento dell'ordinamento interno, sancito dall'art. 11 Cost e ribadito dall'art. 117 Cost.: la normativa costituisce attuazione della direttiva N. 93/2013 che individua nel consumatore un contraente debole, al quale assicurare un "elevato livello di tutela" nella fase di formazione del contratto, attraverso la previsione di clausole vessatorie e nella fase patologica del contratto, attraverso la previsione di nullità speciali, le cosiddette nullità di protezione.⁵

³ N. BOBBIO, *L'età dei diritti* distingue tra i diritti di libertà, civili e politici, appartenenti alla "prima generazione", dai "diritti sociali", di seconda generazione, che traggono origine dall'esigenza di assicurare nuovi valori, connessi all'uguaglianza non soltanto formale, prevista dall'art. 3 Cost. cui si affiancano i "nuovi diritti", come il diritto di vivere in un ambiente salubre o non inquinato, i diritti alla solidarietà, allo sviluppo, alla pace, alla riservatezza ed alle istanze e richieste connesse alla bioetica. Sono "nuovi", per esempio il diritto alla riservatezza, i diritti all'informazione e, tra questi i diritti di tutela dei consumatori.

⁴ F. MODUGNO, *I diritti del consumatore: una nuova "generazione" di diritti?*, p.15-21 riconduce i diritti del consumatore, quale *species* del *genus* persona nell'ambito dei diritti della persona che nell'art. 2 Cost trova la sua centralità.

⁵ Corte di Giustizia, sentenza del 17 luglio 2014, Sanchez Mordilo e Abril Garcia, C-169/14, EU:C:2014:2099, punto 22 e giurisprudenza ivi citata.

Lo scopo della Direttiva n. 93/2013 è anche quello di rimuovere le barriere che ostacolano la libera circolazione di beni e servizi perchè creano disparità tra operatori economici e consumatori.

Tale obiettivo può essere raggiunto con l'armonizzazione delle legislazioni e la realizzazione di un diritto contrattuale europeo, condizione indispensabile per l'esistenza di un reale mercato interno unico.⁶

La nostra Costituzione è nata in un contesto storico-sociale dominato da una concezione dell'economia e del mercato di carattere prevalentemente liberale, nella quale spiccano i diritti della libertà economica e di proprietà, degli imprenditori e dei proprietari mentre è assente la figura del consumatore con la sua strutturale debolezza nel sistema produttivo.

Mentre la L. 281/1998 prevedeva un regime di natura meramente negativa in quanto finalizzata ad impedire che il consumatore possa subire un pregiudizio a causa del potere contrattuale dell'imprenditore, il Codice del Consumo ha aggiunto un modello positivo di tutela fondato sul riconoscimento di un catalogo di diritti fondamentali del consumatore, che ricevono dall'ordinamento una tutela rafforzata anche sul piano processuale.⁷

Può dirsi quindi sussistente nel nostro ordinamento uno statuto del Consumatore, disciplinato in via prevalente dalla parte speciale, integrato, per quanto da esso non previsto, dal Codice Civile.⁸

L'art. 135, comma 2, del codice del consumo stabilisce che, in tema di contratto di vendita, le disposizioni del codice civile si applicano "per quanto non previsto dal presente titolo"; l'art. 1469-*bis* c.c., introdotto dall'art. 142 del codice del consumo, stabilisce che le disposizioni del codice civile contenute nel titolo

⁶ The Considerando of the Directive: "Certain disparities create significant internal market barriers affecting traders and consumers. Those disparities increase compliance costs to traders wishing to engage in the cross-border sale of goods or provision of services. Disproportionate fragmentation also undermines consumer confidence in the internal market".

S. PAGLIANTINI, *Contratti del Consumatore, Enciclopedia del Diritto*, I tematici diretto da Giovanni D'Amico, 2021, pag. 67-103.

⁷ Secondo A. GENTILI, op, citata pag.166 il Codice del Consumo aspira a porsi, come già l'intitolazione dichiarava, quale legge generale del diritto dei consumatori, di cui le clausole vessatorie sono il momento emblematico.

⁸ A. GENTILI, "I contratti" (n. 2/2006, pag. 159-174) con l'efficace citazione "Per mostrare la potenza delle norme e che anche la forma è contenuto".

P.M. PUTTI, *Il diritto dei consumi tra memoria storica e prospettive in Manuale di diritto del consumo*, a cura di G. Villanacci, Napoli, 2007, 60.

DE CRISTOFARO, *Le disposizioni "generali" e "finali" del Codice del Consumo: profili problematici in Contratto e Impresa/Europa*, 2006, p. 43-73.

“Dei contratti in generale” “si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore”⁹.

Esiste, dunque, nell'attuale assetto normativo della vendita, una chiara preferenza del legislatore per la normativa del codice del consumo relativa alla vendita ed un conseguente ruolo “sussidiario” assegnato alla disciplina codicistica (relativa tanto al contratto in generale che alla compravendita): nel senso che si applica innanzitutto la disciplina del codice del consumo (art. 128 e segg.), potendosi applicare la disciplina del codice civile solo per quanto non previsto dalla normativa speciale (Cass. Civ. Sez.III, 30.5.2019, n. 14775).

Per esempio, in tema di vendita di beni di consumo affetti da vizio di conformità, ove la riparazione o la sostituzione risultino, rispettivamente, impossibile ovvero eccessivamente onerosa, va riconosciuto al consumatore, benché non espressamente contemplato dall'art. 130, comma 2, del d.lgs. n. 206 del 2005, ed al fine di garantire al medesimo uno standard di tutela più elevato rispetto a quello realizzato dalla Direttiva n. 44 del 1999, il diritto di agire per il solo risarcimento del danno, quale diritto attribuitogli dal Codice Civile, secondo quanto disposto dall'art. 135, comma 2, del medesimo Codice del Consumo¹⁰.

Parimenti, in tema di vendita di beni di consumo affetti da vizio di conformità, ove l'acquirente abbia inizialmente richiesto la riparazione del bene, non è preclusa la possibilità di agire successivamente per la risoluzione del contratto quando sia scaduto il termine ritenuto congruo per la riparazione, senza che il venditore vi abbia tempestivamente provveduto, ovvero se la stessa abbia arrecato un notevole inconveniente (Cass. Civ., Sez. VI, 14.10.2020, n. 22146).

La parte speciale è quindi integrativa della parte generale del codice civile solo per quanto ivi non previsto (Cass. Civ., Sez. II, 30.6.2020, n. 13148).¹¹

⁹ Contraria era la posizione di G. Alpa (G. ALPA, *Commento*, cit., 1058) che aveva proposto l'estensione del codice del Consumo sulle persone giuridiche, professionisti che acquistano con scopi misti, enti no profit, piccoli imprenditori.

¹⁰ Cass. Civ., Sez. II, 20.1.2020, n. 1082 ha cassato la sentenza di merito che, in presenza di una domanda principale volta alla eliminazione dei vizi ed una, subordinata, di carattere esclusivamente risarcitorio, riconosciuta l'esistenza dei vizi lamentati dal consumatore e, al contempo, l'eccessiva onerosità dell'intervento occorrente per la loro eliminazione, aveva circoscritto il risarcimento nei limiti del solo danno non coperto dalla sostituzione eccessivamente onerosa.

¹¹ C. IURILLI, *Autonomia contrattuale e garanzie nella vendita di beni di consumo*, Giuffrè Editore 2004, p.227 e segg.

2. L'estensione della nozione di consumatore

Il Codice del Consumo demanda al giudice un'incisiva attività di riequilibrio dell'asimmetria contrattuale, che si traduce nella protezione della parte debole del rapporto contrattuale.¹²

Il consumatore è definito come la “la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta” (art. 3, comma 1, lett. a) della L. 281/98; di contro, il termine “professionista” individua, ai sensi della lett. e) della medesima disposizione, “la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale”.

Dalla nozione di consumatore sono quindi escluse le persone giuridiche.

La ragione di questa nozione restrittiva è stata ben specificata dalla Corte Costituzionale, con sentenza N. 469 del 2002 con riferimento ai soggetti che, in forma individuale o anche collettiva, agiscono per scopi comunque connessi all'attività economica da essi svolta, quantunque senza finalità di lucro, ipotesi nelle quali la linea di demarcazione tra le varie finalità del consumo risulti particolarmente incerta.

È in questa sede che il giudice delle leggi considera un ulteriore aspetto che troverà terreno fertile nelle successive decisioni ovvero il particolare rilievo dell'armonizzazione delle legislazioni dei paesi membri dell'Unione europea, in cui la definizione di consumatore è ristretta alle sole persone fisiche che agiscono per scopi non professionali.

La predisposizione di strumenti di tutela comuni, attuati in base a modelli uniformi, consente una semplificazione dei rapporti giuridici tra i cittadini dei diversi paesi aderenti all'Unione europea e costituisce di per sè sola una idonea ragione di politica legislativa a sostegno della scelta di restringere la nozione di consumatore, effettuata dal legislatore con l'attuazione della direttiva comunitaria 93/13.

La finalità della norma è proprio quella di tutelare i soggetti che secondo *l'id quod plerumque accidit* sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare; onde la logica conseguenza dell'esclusione dalla disciplina in esame di categorie di soggetti – quali quelle dei professionisti, dei piccoli imprenditori, degli artigiani – che proprio per l'attività abitualmente svolta hanno cognizioni idonee per contrattare su un piano di parità.

Secondo l'interpretazione della CGUE e la Direttiva 93/13 recepita dal codice del consumo (e da tutte le altre analoghe norme comunitarie) il consumatore può essere solo una persona fisica che agisce per fini privati esulanti da quelli professionali e/o commerciali.¹³

¹² PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1996, 85.

¹³ Corte di Giustizia 22 novembre 2001, Cape e Idealservice MN RE, C 541/99 e C 542/99, EU:C:2001:625).

La nozione di consumatore limitata alle sole persone fisiche ha, nel tempo, subito deroghe ed eccezioni, attraverso un'interpretazione che ha privilegiato non tanto l'aspetto formale ma il criterio funzionale connesso all'attività svolta.

Una prima eccezione ha riguardato il condominio.

Nell'interpretazione della nozione di consumatore, la Corte di Cassazione ha compreso il condominio, quale ente di gestione sfornito di personalità giuridica, che agisce come mandatario con rappresentanza dei singoli condomini, i quali devono essere considerati consumatori, in quanto persone fisiche operanti per scopi estranei ad attività imprenditoriale o professionale¹⁴.

Di recente, la Corte di Giustizia Europea, con sentenza del 20.4.2020, n. 329/19, pur ritenendo, in linea di principio, non applicabile al condominio la nozione europea di consumatore, prevista dalla Dir. 93/13, in quanto tale ente, secondo la nozione fornita dalla giurisprudenza italiana, non è qualificabile come persona fisica, ha però ritenuto compatibile con il diritto UE l'orientamento interpretativo estensivo della giurisprudenza italiana che include nell'ambito di operatività delle disposizioni interne di recepimento della direttiva 93/13/CEE anche i contratti stipulati da un professionista con un condominio, in quanto rispondente alla ratio delle norme comunitarie e conforme al considerando n. 13 della Direttiva 2011/83, sui diritti dei consumatori, che consente agli Stati membri di estendere l'applicazione delle norme della suddetta direttiva alle persone giuridiche o fisiche che non siano consumatori ai sensi di quest'ultima.¹⁵

¹⁴ Cassazione civile sez. III, 12/01/2005, 12/01/2005, n. 452; Cass. Civ. 22.5.2015, n. 10679; Cassazione civile sez. VI, 22/05/2015, n. 10679 ha affermato che al contratto concluso con un professionista da un amministratore di condominio, ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti, si applica la disciplina di tutela del consumatore, agendo l'amministratore stesso come mandatario con rappresentanza dei singoli condomini, i quali devono essere considerati consumatori, in quanto persone fisiche operanti per scopi estranei ad attività imprenditoriale o professionale. Cassazione civile sez. III, 12/01/2005, n. 452 aveva già qualificato il condominio quale soggetto consumatore, oggetto della questione, richiamando Cass. N. 10086/2001, secondo cui al contratto concluso con il professionista dall'amministratore del condominio, ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti, si applicano, in presenza degli altri elementi previsti dalla legge, gli art. 1469-bis ss. c.c., atteso che l'amministratore agisce quale mandatario con rappresentanza dei vari condomini, i quali devono essere considerati consumatori, in quanto persone fisiche operanti per scopi estranei ad attività imprenditoriale o professionale. Cassazione civile sez. III, 12/01/2005, 12/01/2005, n. 452; Cass. Civ. 22.5.2015, n. 10679)

¹⁵ Il caso riguardava l'impugnazione a precetto notificato al condominio da parte di una ditta che gli forniva energia termica sulla base di un contratto di fornitura in forza della quale il Condominio, in caso di ritardato pagamento, s'impegnava a versare «interessi di mora al tasso del 9,25% e ciò dal momento della scadenza del termine di pagamento al saldo». Il Condominio aveva eccepito il carattere abusivo della clausola ed il giudice di rinvio ha sollevato dubbi sul fatto che il ricorrente possa essere considerato un consumatore, posto che non è una persona fisica.

Gli artt. 1 §.1 e 2 Lett. b) Direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, secondo i giudici di Lussemburgo, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una giurisprudenza nazionale che interpreti la normativa di recepimento della medesima direttiva nel diritto interno in modo che le norme a tutela dei consumatori, che essa contiene, siano applicabili anche a un contratto concluso con un professionista da un soggetto giuridico quale il condominio nell'ordinamento italiano, anche se un simile soggetto giuridico non rientra nell'ambito di applicazione della suddetta direttiva¹⁶.

Nello stesso giorno, la Corte di Giustizia, nella causa C-20/19 (EU:C:2020:273) ha reso una decisione analoga, riconoscendo che le norme sulle assicurazioni sulla vita (soprattutto quelle sul consenso informato e sul diritto alla rinuncia) sono invocabili anche da una società, equiparandola, *de facto*, ad un consumatore.

L'estensione della tutela anche a chi non è una persona fisica è desunto dall'interpretazione degli artt. 169 TFUE e dall'art. 8 della Direttiva 93/13, secondo cui «gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore da essa disciplinato, disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore».

Il Considerando 13 della Direttiva 93/13 sancisce che «gli Stati membri dovrebbero restare competenti, conformemente al diritto dell'Unione, per l'applicazione delle disposizioni di tale direttiva ai settori che non rientrano nel suo ambito di applicazione», estendendo perciò le sue tutele anche a chi, come il Condominio, non è un consumatore ai sensi dell'art. 2 della stessa: questa estensione è concessa, più precisamente, «a condizione che una siffatta interpretazione da parte dei giudici nazionali garantisca un livello di tutela più elevato per i consumatori e non pregiudichi le disposizioni dei trattati».

¹⁶ La giurisprudenza e la dottrina non sono univoche nel ravvisare un'esatta qualificazione della natura del Condominio, come evidenziato amplius nell'ordinanza di rinvio alla CGUE: per l'orientamento prevalente è un ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta dai suoi partecipanti (Cass. Civ. nn. 26557/17 e 12911/12). Questa tesi genera dubbi sulla possibilità di equipararne la soggettività a quella degli enti collettivi non riconosciuti come persone giuridiche (Cass. Civ. n. 19663/14). Negli ultimi tempi, tuttavia, si è sviluppato un indirizzo che vede il Condominio come un soggetto giuridico autonomo, ovvero distinto dai singoli condomini che lo compongono, ancorché non dotato di autonomia patrimoniale perfetta (Cass. Civ. n. 8150/17; Sez. U, Sentenza n. 19663 del 18/09/2014, che lo qualifica quale autonomo soggetto giuridico munito di una legittimazione ad agire). In ogni caso la giurisprudenza di legittimità riconosce che l'amministratore del Condominio, nel siglare un contratto con un professionista, agisce quale mandatario dei singoli condomini, perciò il contratto può essere considerato come concluso da un consumatore e potrà invocare le relative tutele riconosciute dalla legge (Cass. Civ. nn. 10679/15 e 452/05).

Orbene, il suddetto orientamento della Cassazione che qualifica il Condominio come consumatore «s'inscrive nell'obiettivo di tutela dei consumatori perseguito dalla summenzionata direttiva» (v., in tal senso, sentenza del 7 agosto 2018, Banco Santander e Escobedo Cortés, C-96/16 e C-94/17, EU:C:2018:643, punto 69): perciò l'estensione delle tutele dei consumatori è lecita ed il Condominio potrà validamente invocare il carattere abusivo della contestata clausola.

Con una successiva sentenza, la Corte giustizia UE sez. VIII, 27/10/2022, n. 485, ha chiarito che una persona fisica, proprietaria di un appartamento in un immobile in regime di condominio, deve essere considerata un «consumatore», ai sensi della Direttiva 93/2013 qualora essa stipuli un contratto con un amministratore di condominio ai fini della gestione e della manutenzione delle parti comuni di tale immobile, purché non utilizzi tale appartamento per scopi che rientrano esclusivamente nella sua attività professionale.¹⁷

Anche in relazione al contratto di fideiussione la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha indotto la Cassazione a modificare l'orientamento precedente, secondo il quale, per determinare la qualità di consumatore, occorre rapportarsi alla natura della obbligazione garantita (Cass. Sez. 3, 29 novembre 2011 n. 25212 e Cass. sez. 1, 9 agosto 2016 n. 16827), riconoscendo dunque che il parametro identificativo della qualità di consumatore non si colloca nella obbligazione in sé che il soggetto assume”.

Secondo l'orientamento più risalente, per determinare il requisito della qualità di consumatore doveva farsi riferimento all'obbligazione garantita, attesa l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore rispetto all'obbligazione garantita”.¹⁸

¹⁷ L'ampliamento della nozione di consumatore al condominio pone problematiche, già all'attenzione della giurisprudenza di merito, in ordine alla qualifica di consumatore del condominio in relazione alla qualità dei singoli condomini.

Secondo il Tribunale Milano sez. III, 26/11/2020, il condominio diventa “consumatore” solo se le unità immobiliari dell'edificio risultino prevalentemente di proprietà di persone fisiche sicché, al fine di applicare la disciplina consumeristica (volta, nella specie, all'accertamento della natura vessatoria di una clausola) al contratto concluso da un condominio con un imprenditore, deve essere verificata la destinazione delle singole unità immobiliari ricomprese nell'edificio, considerando il condominio come un consumatore qualora le stesse unità immobiliari siano prevalentemente di proprietà di persone fisiche e da queste ultime utilizzate per scopi estranei all'attività professionale eventualmente svolta.

La Corte appello Genova sez. III, 20/11/2020, n. 1130, ha invece operato un distinguo, ritenendo che il condominio composto da negozi ed abitazioni assume la qualifica di consumatore salvo che i condomini svolgano un'attività imprenditoriale o professionale.

Di contrario avviso è l'Arbitro bancario finanziario Roma, 10/11/2020 secondo cui il condominio è un “non consumatore”.

¹⁸ Cass. Civ. 5.12.2016, n. 24846; Cass. Civ. 29.11.2011, n. 25212,

La giurisprudenza comunitaria (19 novembre 2005 nella causa C-74/15 Tarcau contro Banca Comercială Intesa Sanpaolo Romania SA e altri; Corte di Giustizia UE, Sez. 10, 14.9.2016, n. 534) ha, invece rilevato che il contratto di garanzia o di fideiussione, sebbene possa essere descritto, in relazione al suo oggetto, come un contratto accessorio rispetto al contratto principale da cui deriva il debito che esso garantisce¹⁹, si presenta, dal punto di vista delle parti contraenti, come un contratto distinto in quanto è stipulato tra soggetti diversi dalle parti del contratto principale.²⁰

Ai sensi della direttiva 93/13, art. 2, lett. b), la nozione di consumatore riveste un carattere oggettivo (v. sentenza Costea, C0110/14, EU:C:2015:538, punto 21) e va valutata alla luce di un criterio funzionale volto ad analizzare se il rapporto contrattuale in esame rientri nell'ambito delle attività estranee all'esercizio di una professione.

È dunque in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito in quanto la nozione di "consumatore", ai sensi dell'art. 2, lett. b), della direttiva 93/13, ha un carattere oggettivo.

Nella giurisprudenza nazionale, può dirsi quindi consolidato nel diritto interno il principio secondo cui i requisiti soggettivi di applicabilità della disciplina

¹⁹ V., in tal senso, sentenza del 17/03/1998, Dietzinger, C45/96, EU:C:1998:111, punto 18.

²⁰ La direttiva 93/13, art. 1, par. 1, e 2, lett. b), può essere applicata a un contratto di garanzia immobiliare o di fideiussione stipulato tra una persona fisica e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tale persona fisica ha agito per scopi che esulano dalla sua attività professionale e non ha alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società. E ciò sulla scorta della considerazione che ai fini in parola "occorre rilevare che un siffatto contratto di garanzia o di fideiussione, sebbene possa essere descritto, in relazione al suo oggetto, come un contratto accessorio rispetto al contratto principale da cui deriva il debito che garantisce, dal punto di vista delle parti contraenti... si presenta come un contratto distinto quando è stipulato tra soggetti diversi dalle parti del contratto principale. È dunque in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito. Spetta al giudice nazionale, investito di una controversia relativa a un contratto idoneo a rientrare nell'ambito di applicazione di tale direttiva, verificare, tenendo conto di tutte le circostanze della fattispecie e di tutti gli elementi di prova, se il contraente in questione possa essere qualificato come "consumatore" ai sensi della suddetta direttiva (v., in tal senso, sentenza Costea, C110/14, EU:C:2015:538, punti 22 e 23). Nel caso di una persona fisica che abbia garantito l'adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, spetta quindi al giudice nazionale determinare se tale persona abbia agito nell'ambito della sua attività professionale o sulla base dei collegamenti funzionali che la legano a tale società, quali l'amministrazione di quest'ultima o una partecipazione non trascurabile al suo capitale sociale, o se abbia agito per scopi di natura privata".

legislativa consumeristica vanno valutati con riferimento alle parti del contratto di fideiussione e non già del distinto contratto principale anche se la garanzia è prestata in favore di un professionista; conseguentemente, ove la prestazione di garanzia non si configura come esercizio di un'attività professionale, al fideiussore si applica la disciplina consumeristica (Cassazione civile sez. I, 19/07/2021, n. 20633; Cass. Sez. VI-III, 31/10/2019, n. 28162; Cassazione civile sez. III, 13/12/2018, n. 32225).

Il criterio funzionale è dirimente ai fini dell'applicazione della disciplina consumeristica anche quando parte di un contratto è un avvocato.

La giurisprudenza di legittimità, più volte chiamata a pronunciarsi in relazione a questioni di competenza territoriale in relazione al foro esclusivo del consumatore, ha tenuto conto dell'uso professionale o personale dei beni o dei servizi oggetto del contratto concluso dall'avvocato, al fine della sua qualifica rispettivamente di professionista o di consumatore (Cassazione civile sez. III, 26/09/2018, n. 22810).

In applicazione di questo principio si è escluso, ad esempio, che possa acquistare la veste di "consumatore", l'avvocato che abbia acquistato riviste giuridiche in abbonamento o programmi informatici per la gestione di uno studio legale (Sez. 6-2, Ordinanza n. 17466 del 31/07/2014) o abbia stipulato un contratto di utenza telefonica con riferimento ad un apparecchio del quale faceva uso anche per l'esercizio della sua attività professionale (Cass. Civ., Sez. 3, Sentenza n. 11933 del 22/05/2006).²¹

Anche il cliente dell'avvocato va qualificato come consumatore esclusivamente nel caso in cui si presenti quale "persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale e professionale eventualmente svolta", in conformità alla definizione posta dall'art. 3 del Codice del Consumo. Quando, invece, il cliente si rivolge all'avvocato quale "persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario", egli è da considerarsi, piuttosto alla stregua di un professionista ex art. 3 del d.lgs. 206/2005 e, pertanto, in tal caso, non si applicherà il foro del consumatore

²¹ In relazione all'acquisto di un telefono, riviste giuridiche o programmi informatici si veda Cassazione civile sez. II, 24/05/2021, n. 14106; Cass. Civ., Sez. 3, Sentenza n. 11933 del 22/05/2006; Cassazione civile sez. III, 26/09/2018, n. 22810, Sez. 6-2, Ordinanza n. 17466 del 31/07/2014. Cassazione civile sez. III, 26/09/2018, n. 22810 Ai fini dell'applicazione della disciplina del foro del consumatore, di cui all'art. 33, comma 2, lett. u), del d.lgs. 206 del 2005, non può essere qualificato tale – e deve invece essere considerato "professionista" – l'avvocato che abbia stipulato un contratto per l'attivazione di una linea telefonica per il proprio studio professionale.

per le controversie che lo riguardano (Cassazione civile sez. VI, 28/07/2021, n. 21647; Cass. 8598/2018).

Il cliente può, ricorrendone quindi le condizioni, essere qualificato consumatore nel rapporto con il suo legale, ancorchè tale rapporto sia indubbiamente caratterizzato dall' *intuitu personae* (Cass. civ. n. 12685 del 2011); reciprocamente l'avvocato, che concluda un contratto, potrà essere qualificato professionista o consumatore a seconda che quel contratto sia o meno funzionale all'esercizio della sua attività professionale.

Come affermato da questa Corte (Cassazione civile sez. VI, 19/01/2016, n. 780) nel procedimento di liquidazione dei compensi di avvocato non trovano applicazione le regole sul foro del consumatore ove la prestazione professionale sia stata resa in un giudizio inerente l'attività imprenditoriale e professionale svolta dal cliente, con esclusione della disciplina consumeristica nell'ipotesi in cui la prestazione professionale dell'avvocato aveva avuto ad oggetto la pretesa tributaria del cliente in qualità di socio ed amministratore unico di una società di capitali).

La qualifica di consumatore nell'ambito del contratto di patrocinio è rilevante ai fini dell'individuazione del foro applicabile.

Il foro del consumatore è esclusivo ed inderogabile, a meno che la previsione di altri fori sia stata oggetto di trattativa tra le parti, giusta la previsione del d.lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, lett. u).

L'art. 33 lettera u) attribuisce natura vessatoria alle clausole che stabiliscono, come sede competente, località diversa da quella di residenza o domicilio eletto del consumatore.²²

La giurisprudenza di legittimità è stata più volte investita della questione relativa al rapporto tra foro speciale di cui all'art. 14 del d.lgs. 150/2011 ed il foro speciale della residenza o del domicilio del consumatore.

La prevalenza del foro del consumatore è stata affermata come *obiter* dalle Sezioni Unite con la nota sentenza N. 4485/2020 e, più espressamente con Cass. 8598/2018, che, occupandosi specificamente del rapporto tra foro speciale di cui all'art. 14 del d.lgs. 150/2011 ed il foro speciale della residenza o del domicilio del consumatore, previsto dall'art. 33, comma 2, lett. u del d.lgs. 206/2005, ha stabilito la competenza esclusiva del foro del consumatore, in virtù delle esigen-

²² la prova di tale circostanza costituisce un onere preliminare a carico del professionista che intenda avvalersi della clausola di deroga, ponendosi l'esistenza della trattativa come un *prius* logico rispetto alla dimostrazione della natura non vessatoria di siffatta clausola (tra le molte, Cass. 26/09/2008, n. 24262; Cass. 10/07/2013, n. 17083; Cass. 12/03/2014, n. 5703; Cass. 12/01/2015, n. 181);

ze di tutela, anche sul terreno processuale, che sono alla base dello statuto del consumatore.²³

3. Autonomia contrattuale e controllo giudiziale del contenuto del contratto: un'incerta linea di confine

L'art. 33, comma 1 del Codice del Consumo pone un'enunciazione di ordine generale, definendo vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.²⁴

Il comma 2 del citato art. 33 contiene un elenco di venti clausole soggette ad una presunzione relativa di vessatorietà, in forza della quale una previsione negoziale astrattamente riconducibile ad una o più delle clausole espressamente contemplate dal suddetto elenco si presume vessatoria, salvo che il professionista fornisca la prova contraria.

Indice univoco del carattere abusivo di una clausola, alla stregua della definizione poc'anzi enunciata, è, dunque, rappresentato dallo squilibrio avente ad oggetto non già il mero valore delle reciproche prestazioni delle parti, bensì il complesso dei diritti e degli obblighi derivanti dal regolamento contrattuale predisposto.

La vessatorietà della clausola è valutata tenendo conto "della natura del bene o del servizio oggetto del contratto", secondo una valutazione globale che tenga conto delle altre clausole del contratto o di un contratto collegato o da cui dipende, con l'ulteriore specificazione, contenuta nel comma 2 dell'art. 34, secondo cui

²³ Cass. Sez. VI-III, 31/10/2019, n. 28162; Cassazione civile sez. VI, 06/04/2018, n. 8598; Cass. Civ., Sez. VI, 12.3.2014, n. 5703. Non trovano applicazione, invece, applicazione le regole sul foro del consumatore ove la prestazione professionale sia stata resa in un giudizio inerente all'attività imprenditoriale e professionale svolta dal cliente (arg. ex Cass., ord., 9/06/2011, n. 12685; v. anche Cass., ord., 19/01/2016, n. 780 e Cass., ord., 13/09/2017, n. 21187 in motivazione);

²⁴ Si tratta di una disposizione imperativa tesa a sostituire all'equilibrio formale, che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime (v., in particolare, sentenze del 17 luglio 2014, Sánchez Morcillo e Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, punto 23, nonché del 21 dicembre 2016, Gutiérrez Naranjo e a., C-154/15, C-307/15 e C-308/15, EU:C:2016:980, punti 53 e 55). Secondo la Corte di Giustizia, tale disposizione deve essere considerata come una norma equivalente alle disposizioni nazionali che occupano, nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno, il rango di norme di ordine pubblico (v. sentenze del 6 ottobre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, punti 51 e 52, nonché del 21 dicembre 2016, Gutiérrez Naranjo e a., C-154/15, C-307/15 e C-308/15, EU:C:2016:980, punto 54; Corte di Giustizia UE sez. I, 26/01/2017, n. 421).

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 purchè tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.

Il tratto distintivo tra valutazione di vessatorietà della clausola e congruità dello scambio è stato individuato nel cosiddetto squilibrio normativo ovvero nello squilibrio tra i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto e non invece nello squilibrio economico, avente ad oggetto la convenienza economica dell’affare.²⁵

Non si tratta, pertanto, di un inammissibile sindacato sulla congruità delle prestazioni, vietato dall’art. 34 comma 2 del Codice del Consumo ma del dovere officioso del giudice di rilevare, anche d’ufficio, la nullità di una clausola che, nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista, determina, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Il controllo giudiziale, pur postulando una valutazione complessiva dei diritti e degli obblighi ivi contemplati, è circoscritto alla componente normativa del contratto stesso, mentre è preclusa ogni valutazione afferente le caratteristiche tipologiche e qualitative del bene o del servizio fornito, o l’adeguatezza tra le reciproche prestazioni, purchè l’oggetto del contratto ed il corrispettivo pattuito siano individuati in modo chiaro e comprensibile.²⁶

Tale distinzione, che in linea teorica può apparire chiara, si scontra con la complessità dei modelli contrattuali esistenti nella pratica in cui è parte il consumatore e con l’interpretazione globale da parte del giudice su tutta l’operazione contrattuale.

Peraltro, secondo la Corte di Giustizia, l’esame della sussistenza di un eventuale «significativo squilibrio» non può limitarsi a una valutazione economica di natura quantitativa che si basi su un confronto tra il valore complessivo dell’operazione oggetto del contratto, da un lato, e i costi posti a carico del consumatore da tale clausola, dall’altro. Infatti, un significativo squilibrio può risultare dal mero fatto di un pregiudizio sufficientemente grave alla situazione giuridica in cui il consumatore, quale parte del contratto di cui trattasi, viene collocato in forza delle disposizioni nazionali applicabili, che ciò avvenga sotto forma di re-

²⁵ C.M. BIANCA, *Le tecniche di controllo delle clausole vessatorie* a cura di Bianca, Alpa, *Le clausole abusive nei contratti con i consumatori. L’attuazione della direttiva comunitaria* del 5.4.1993., Padova, 1996.

In giurisprudenza, Cassazione civile sez. I, 20/09/2013, n. 21600 e da ultimo Cassazione civile sez. VI, 25/11/2021, n. 36740.

²⁶ A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Padova, 2020; G. D’AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013.

strizione al contenuto dei diritti che, ai sensi di tali disposizioni, egli trae da tale contratto oppure di ostacolo all'esercizio dei medesimi o ancora di imposizione di un obbligo ulteriore, non previsto dalla disciplina nazionale (sentenza del 27 gennaio 2021, Dexia Nederland, C-229/19 e C-289/19, EU:C:2021:68, punto 49 e giurisprudenza ivi citata).

L'intervento equilibratore del giudice deve tener conto del sinallagma contrattuale, al fine di evitare che il contratto rimanga privo di causa o determini un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi da esso derivanti a danno del consumatore.

La giurisprudenza di merito e di legittimità è stata prudente nel rilievo officioso delle clausole vessatorie ed altrettanto cauta nel sostituire l'assetto di interessi voluto dalle parti nella regolamentazione dei propri interessi.

Ad eccezione delle ipotesi di tipizzazione delle clausole vessatorie, la natura vessatoria delle clausole è stata ravvisata solo quando la prestazione del consumatore non trova fondamento nella controprestazione del professionista, al fine di evitare il ricorrere di situazioni di indebito arricchimento ai danni del contraente debole.

Una delle ipotesi di applicazione della vessatorietà della clausola ha riguardato la previsione che attribuisce al mediatore il diritto alla provvigione anche nel caso di mancata effettuazione dell'affare per fatto imputabile al venditore, qualora le parti non abbiano espressamente pattuito un meccanismo di adeguamento di tale importo all'attività sino a quel momento concretamente espletata dal mediatore.²⁷

Sempre in tema di mediazione, l'accertamento relativo all'abusività della clausola è stato svolto in relazione alla clausola che riserva al mediatore, in caso di recesso anticipato del preponente, una penale commisurata al prezzo di vendita del bene, indipendentemente dall'attività di ricerca di acquirenti che il mediatore abbia concretamente svolto per la conclusione dell'affare. In tale ipotesi, è stato ritenuto che la clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto o al corrispettivo, nel senso di cui all'art. 34, comma 2 del Codice del Consumo, e non si sottrae pertanto alla valutazione di vessatorietà.

²⁷ Cass. civ., sez. III, 03/11/2010, n. 22357, 3.22. Come argomentato nella citata sentenza, il compenso del mediatore, in caso di mancata conclusione dell'affare, trova giustificazione nello svolgimento di una concreta attività di ricerca di terzi interessati all'affare, attraverso la predisposizione dei propri mezzi e della propria organizzazione.

In dottrina L. GUERRINI, *Mediazione "atipica" e "vessatorietà": la Cassazione apre al sindacato sull'equilibrio economico del contratto?* In *Danno e res.*, 2011, 4, 373 ss. P. SIRENA, *Il giudizio di vessatorietà delle clausole II – I limiti oggettivi del giudizio di abusività*; in Gabrielli – Minervini I, *I contratti dei consumatori*, I, 2005, pp.134 ss.

Tale valutazione va compiuta d'ufficio, sia al fine di verificare se la clausola determini un significativo squilibrio a carico del consumatore dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, ex art. 33, comma 1, del Codice del Consumo, sia per il suo potenziale contrasto con l'art. 33, comma 2, lett.e), in base al quale si presume vessatoria la clausola che consente al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere.²⁸

La clausola contrattuale, che riconosce il diritto al compenso in via automatica, se svincolata dall'effettivo svolgimento dell'attività di ricerca dei terzi interessati all'affare e delle attività ad esse propedeutiche, conduce al risultato di costituire, a favore dell'agente immobiliare una rendita di posizione, andando ad incidere negativamente sull'equilibrio contrattuale nel rapporto tra professionista e consumatore espressamente previsto dall'art. 33 del Codice del Consumo.

È evidente che l'operazione ermeneutica tiene conto della causa concreta del contratto, al fine di evitare che l'assenza della prestazione da parte del professionista determini non tanto uno squilibrio nella prestazioni ma addirittura l'assenza della prestazione.

Tale penetrante controllo è previsto in via officiosa proprio al fine di ovviare allo squilibrio che esiste tra il consumatore ed il professionista,²⁹ ed è stato esteso anche alle ipotesi di procedimento contumaciale.³⁰

²⁸ 3.25. Il giudice di merito aveva reputato non squilibrata in favore del professionista la clausola citata sia perché l'indennità dell'1% per il diritto di recesso era stabilito anche a carico dell'agenzia sia perché oggetto di trattativa tra le parti. Non aveva però tenuto conto che il compenso andava parametrato all'attività concretamente svolta dal mediatore nel breve lasso temporale intercorrente dal conferimento dell'incarico. intercorrente tra la conclusione del contratto e l'esercizio del diritto di recesso, meritava di attenta valutazione da parte del giudice di merito.

²⁹ come affermato nella sentenza dell'11 marzo 2020, Lintner, C511/17, EU:C:2020:188, in materia di credito al consumo. Nella citata decisione, la corte di Lussemburgo domanda al giudice, anche in caso di mancata comparizione del consumatore, il compito di adottare i mezzi istruttori necessari per verificare il carattere potenzialmente abusivo delle clausole rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13, per garantire al consumatore la tutela dei diritti che gli sono conferiti dalla direttiva stessa.

³⁰ La Corte di Giustizia, con la sentenza del 4.6.2020, nella causa C-495/19, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale Regionale di Poznan, Polonia, concernente l'acquisizione d'ufficio, da parte del giudice, dei mezzi istruttori per accertare la natura abusiva delle clausole, in caso di procedimento contumaciale, ha affermato che tale indagine deve essere effettuata, qualora sussistano dubbi sul carattere abusivo delle clausole.

Infine, la Corte di Giustizia UE, con la recente sentenza del 17.5.2022, nelle cause riunite C-693/19 e C-831/19) ha esteso il dovere officioso di rilevare la nullità del contratto al procedimento esecutivo basato su un decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore, ovvero nelle ipotesi di “consumatore inerte”.

4. Conclusioni

Il giudice nazionale non crea il contratto e non lo integra ma lo interpreta alla luce dell'asimmetria delle posizioni delle parti in modo da bilanciare gli interessi perseguiti dai contraenti.

Nell'interpretare il contratto in cui è parte un consumatore, la disciplina speciale costituisce il punto di partenza ma nell'operazione ermeneutica concorrono le clausole generali in un'interazione costante tra istituti generali e normativa consumeristica.

L'interprete è guidato dalla copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia, che in subiecta materia, ha delineato forme di tutela in favore del consumatore che vanno oltre le più ottimistiche previsioni degli studiosi che avevano colto l'aspetto più innovatore della riforma.

La tutela del consumatore ha travolto istituti processuali radicati nella cultura giuridica, a cominciare dalla rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione fino alla crisi della *res iudicata*.

Un interrogativo che il giurista dovrà porsi negli anni a venire riguarderà la ricadute di una tutela così ampia sul sistema sostanziale e processuale.

Il giudice dovrà bilanciare i diritti del consumatore con altri principi e valori del nostro ordinamento, primo tra tutti la certezza dei rapporti giuridici.

Una sfida per il giurista dei tempi moderni.

Divagazioni su «Il contratto o i contratti?» e i mercati finanziari¹

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Dialettica fra posizione del contratto e fonti delle obbligazioni. – 3. Prospettive collettive v. relazioni intersoggettive. – 4. Ordini di borsa e accordo. – 5. Le ragioni delle dottrine. – 6. Il momento esecutivo.

1. Premessa

L'intitolazione dell'iniziativa cui si partecipa con il presente intervento chiaramente invita a interrogarsi sulla dialettica fra unità e pluralità della materia contrattuale: un interrogativo il quale, al di là degli elementi di novità che sicuramente caratterizzano il dibattito contemporaneo, costituisce parte ineliminabile della sua stessa storia. Come banalmente dimostrato dalla constatazione che la stessa idea di una possibile unità della materia, della possibilità cioè di intenderla sulla base del presupposto di una figura unitaria di «contratto» è il risultato di un'evoluzione plurisecolare e, superato lo stadio di una rivendicazione fondamentalmente politica, si è affermata nel diritto scritto solo con le prime codificazioni ottocentesche: quelle di ispirazione giusnaturalistica, non essendo peraltro un caso che momento decisivo di tale evoluzione sia stato l'intervento di pensatori come Grozio e Pufendorf.

E sono anche evidenti, se non m'inganno, le ragioni per cui i temi concernenti il mercato finanziario possono comunque svolgere un ruolo nel dibattito attuale: se non altro in quanto, essendo l'emersione di un diritto dei contratti dei consumatori fra i fattori primi del processo di frammentazione e disarticolazione della disciplina della materia contrattuale, non si può dimenticare che proprio l'area del mercato finanziario è stata quella che ha rappresentato la prima occasione per tale emersione; come notoriamente avvenuto con la legislazione nordamericana del *new deal*.

¹ Intervento al seminario tenuto in Roma, 29 novembre-1 dicembre 2021, su «*Il contratto o i contratti?*», organizzato dalla Scuola Superiore della magistratura presso l'Accademia nazionale dei Lincei, integrato con le indicazioni bibliografiche per i riferimenti nel testo.

Osserverei peraltro che questo tema, della unità (della disciplina e poi della figura sistematica) ovvero pluralità, implica anche quello dei *confini* ed è con esso inevitabilmente connesso: di modo che non si può affrontare l'uno senza considerare anche l'altro. Il che del resto consegue al principio logico per cui estensione e intensione di un concetto sono inversamente proporzionali: con la conseguenza, per quanto qui potrebbe immediatamente interessare, che quanto più si estendono i confini di una figura sistematica tanto più emergono le differenze (se non addirittura contraddizioni) al suo interno e possono allora divenire giustificati dubbi sulla sua reale utilità e portata.

Si potrebbe parlare di una sorta di ciclo per cui l'affermazione storica (e sottolineo storica, in quanto funzionale all'esigenze politiche del momento) di un concetto giuridico induce ad avvalersene sempre più estendendo la sua area di utilizzazione, fino al punto nel quale questo processo di espansione lo rende talmente generico da privarlo in buona parte di una concreta utilità conoscitiva e/o operativa. Un ciclo che qui si discute con riferimento al «contratto», ma che può trovare esempi altrettanto illustri nella proprietà, nel diritto soggettivo e nella persona giuridica.

Spero perciò di poter essere giustificato se con il mio intervento accennerò ai temi del mercato finanziario chiedendomi soprattutto se e in che modo essi pongono interrogativi in punto di *confini del contratto*: la domanda cioè, che mi sono già posto in altra sede, se lo svolgimento di tale mercato non si caratterizzi per vicende le quali, pur senza dubbio di autonomia privata, meritano di essere collocate all'*esterno della figura contrattuale*. Il che, immediatamente si comprende, presuppone il convincimento di vertice che con tale figura non si esauriscano le forme di rilevanza nell'ordinamento dell'autonomia dei privati.

2. Dialettica fra posizione del contratto e fonti delle obbligazioni

A tale prospettazione del tema m'induce del resto, e ciò potrebbe ulteriormente giustificarmi, l'evocazione nella presentazione di questa iniziativa del notissimo saggio di Gilmore sulla "morte del contratto". Un saggio per il quale la forza suggestiva del titolo ha talmente prevalso sugli effettivi contenuti (un po' come avvenuto con la "fine della storia" di Fukuyama) da far dimenticare che esso, pur muovendo da una constatazione dei modi in cui nella cultura giuridica statunitense si è elaborata la figura generale del contratto, riguarda non tanto la sua unità, quanto i suoi confini e, soprattutto, i suoi rapporti con la figura (che in molti ordinamenti aspira, ma non sempre riesce a essere ugualmente generale) dell'illecito.

Il che è certamente naturale in un ambiente di *common law*: ove le due figure generali sono largamente interdipendenti, come testimoniato dal rilievo che all'origine storica delle azioni contrattuali si pone un'utilizzazione delle formule elaborate per (quello che noi chiameremmo) l'illecito aquiliano.

E neppure è un caso, del resto, che in tale ambiente, specie nella sua versione statunitense, un ruolo a volte decisivo sia stato riconosciuto al modo in cui si disciplinano e conteggiano i danni per l'inadempimento: come avviene con il famoso saggio di Fuller e con la discussione che ne è seguita. Il che apre inoltre la strada per un'evoluzione che pure consente di discorrere dell'eventualità di un «inadempimento efficiente».

Ma sul punto, quello relativo alla centralità dei rapporti nel sistema fra il contratto e l'illecito, che sia esso quello decisivo per la precisazione dei confini del primo, non credo vi sia veramente bisogno di insistere.

Per convincersi di ciò basta in effetti ricordare che esso è ugualmente presente pur in ordinamenti costruiti in termini ben diversi rispetto alla *common law*: come notoriamente avviene nell'ordinamento tedesco ove è soprattutto la rigidità delle *drei kleine Generalklauseln* che improntano la disciplina dell'illecito a spiegare il ricorso agli schemi contrattuali (che la nostra tradizione, pur non senza contestazioni, invece rifiuta) per la comprensione di vicende (che ci siamo abituati a chiamare) di «contatto sociale», a partire da quella classica della *culpa in contrabendo*.

E del resto, ai fini di questo confronto, può essere forse sufficiente considerare da un lato la prospettazione nel nuovo § 311 del *Bürgerliches Gesetzbuch* e dall'altro quanto già Gilmore osservava in merito ai rapporti fra § 75 e § 90 del *Restatement (Second) of Contracts*.

Più in generale, e sono consapevole della banalità del rilievo, il tema dei confini del contratto come figura dogmatica non può non essere collegato con il modo in cui si costruisce il sistema delle fonti delle obbligazioni, in particolare per quanto concerne la dialettica per esse e all'interno delle singole figure fra tipicità e atipicità (dialettica che notoriamente ha caratterizzato, svolgendo un ruolo centrale, la storia sia del contratto sia dell'illecito).

Perciò, volendosi limitare al ricordo di temi notissimi, sia la discussione in materia di *faktischen Vertragsverhältnissen* sia quella più recente sull'ipotesi di *scambi senza accordo*, ove il tema dei confini del contratto emerge con particolare evidenza, hanno indotto a evocare prospettive come quella del «quasi contratto» o delle *variae causarum figurae*; e hanno indotto uno storico come Mayer-Maly a riconoscere in tali discussioni ipotesi di *Wiederkehr von Rechtsfiguren*.

3. Prospettive collettive v. relazioni intersoggettive

Ma non è certo il caso di proseguire in questi rilievi generali, per un verso a tutti noti e per un altro meritevoli di ben altro approfondimento. Il loro richiamo serviva qui soltanto a segnalare lo sfondo in cui a mio parere deve essere collocato il tema del «contratto» nel mercato finanziario, e l'aspetto in particolare che vorrei qui brevemente segnalare: quello relativo alle operazioni che si compiono nel luogo virtuale che chiamerei il mercato in senso stretto, in definitiva i luoghi che il diritto europeo vuole chiamare «mercati regolamentati», *in primis* la borsa.

La questione di cui vorrei brevemente discorrere riguarda cioè le operazioni compiute in tali luoghi, isolandole e in certo modo prescindendo dalla catena di rapporti e di intermediazioni che le precedono e se si vuol dire le preparano (oltre poi a seguirle): operazioni, quelle che qui interessano, che sono effettuate necessariamente da intermediari o in ogni caso, nell'ipotesi del c.d. «accesso sponsorizzato», sotto il loro controllo e responsabilità.

Mi sentirei anche di dire, pur in termini qui soltanto apodittici, che tale «isolamento» serve pure, se non soprattutto, a salvaguardare la stabilità del mercato, rendendo le singole vicende che in esso si svolgono in certo modo indipendenti rispetto a quanto avviene e all'esigenze di tutela individuale che possono porsi nelle relazioni fra gli intermediari e quelli che potrebbero definirsi gli «utilizzatori finali»; esigenze la cui soddisfazione è invece ricercata nella disciplina di tali relazioni.

Come del resto confermato dal semplice rilievo che questo è il senso della (invero poca) casistica giurisprudenziale che sfiora gli argomenti cui sto accennando: quando in particolare la tutela dell'investitore è appunto ricercata sul piano dei rapporti con l'intermediario cui si è affidato; mentre l'operazione compiuta nella borsa rimane impregiudicata, salvo naturalmente anomalie che incidono negativamente sulla funzione oggettiva del mercato, in primo luogo la formazione del prezzo.

In effetti penso almeno giustificato interrogarsi se tali operazioni, quelle cioè compiute nel mercato e non le altre che le precedono o seguono, per le loro caratteristiche concrete come in particolare definite dai regolamenti dei mercati che le disciplinano, meritano di essere collocate al di qua o al di là dei confini del contratto: il contributo in ogni caso che la loro considerazione può fornire per la definizione di tali confini.

Potrebbero del resto essere evidenti le ragioni per cui questo tipo di interrogativo merita almeno di essere posto, che cioè tali operazioni presentano caratteristiche effettuali e regolamentari comunque eterogenee rispetto al modello cui storicamente si è ispirata la costruzione moderna della categoria del contratto.

Non potendo e non volendo richiamare i risultati di una mia recente ricerca, mi limito a segnalare due aspetti di contesto che almeno in termini impressionistici potrebbero essere significativi nel senso indicato.

Il primo riguarda quello che potremmo chiamare l'oggetto della vicenda finanziaria: che è il *danaro*, con cui la vicenda inizia e con cui è destinata a concludersi; e che per un verso pare resistere a descrizioni nei termini delle consuete situazioni giuridiche soggettive, a partire dalla stessa proprietà e dalla sua distinzione rispetto al possesso (e poi ancora detenzione), e per un altro verso si presenta (secondo quanto ci segnalava già Savigny) come un valore *astratto*, in grado allora di prescindere da una considerazione individuale del soggetto e dei suoi interessi.

E si tratta di un profilo che non credo possa essere trascurato anche ai nostri specifici fini: se non altro alla luce dei rapporti storici e sistematici fra il contratto e il diritto soggettivo (mentre per il danaro sembra più corretto, come ancora ci segnalava Savigny, discorrere di *potere*); e, in termini empirici, in base alla considerazione che sembra difficile discorrere di un contratto del tutto prescindendo dalla individualità e soggettività, ivi comprese le preferenze individuali, del contraente.

Ma questa caratteristica, che potremmo dire di oggettivizzazione e astrazione dalla posizione del singolo, concorre con un'altra forse ancora più rilevante e significativa ai nostri fini: che la vicenda si svolge e deve svolgersi nella *dimensione collettiva* del mercato e secondo le sue esigenze.

Vorrei sottolineare che questa formulazione, forse poco significativa nel suo significato generico, può assumere per le operazioni che qui sto considerando una portata particolarmente incisiva. Nel senso che esse non soltanto condividono con altre vicende il significato di momento per cui il mercato si svolge, ma tale significato pongono in una posizione assolutamente centrale e decisiva anche per la valutazione giuridica.

Sono tanti i dati tecnici che meriterebbero in proposito di essere ricordati e analizzati. Me ne limito a ricordare alcuni: quelli che vanno dalla sottolineatura dell'anonimato delle operazioni (cui concorrono anche strutture come le stanze di compensazione e le controparti centrali) al divieto di *pre-arranged trades* e ancora a una disciplina, come quella dei *mistrades*, che rifiuta la rilevanza delle anomalie riferite alla situazione individuale di una parte e la riconosce soltanto a quelle riguardanti la funzione principale del mercato, la formazione del prezzo.

Risulta da ciò, e su questo profilo vorrei brevemente soffermarmi, che all'operazione è estraneo quello che mi pare il momento centrale e ineliminabile della figura del «contratto», trattarsi di una vicenda in qualche modo *intersoggettiva*, che pone cioè in relazione (quelle che allora possono considerarsi) le parti.

4. Ordini di borsa e accordo

Penso così, per quanto riguarda il momento che potremmo chiamare della formazione, che al di là di definizioni a volte proposte nei regolamenti gli *ordini di borsa*, quelli cioè che l'intermediario abilitato immette nel mercato, non possono giuridicamente intendersi come *proposte* in senso tecnico.

Ciò mi sembra risultare già dalla constatazione che a essi non corrisponde e non può corrispondere un qualcosa che possa essere definito come loro accettazione.

L'ordine di acquisto può in effetti essere eseguito non se gli corrisponde un simmetrico ordine di vendita, ma sulla base di un meccanismo sensibilmente diverso: quando cioè, considerate le masse degli ordini di acquisto e di vendita, che allora assumono il significato propriamente economico di domanda e offerta, fra esse si determina un prezzo di equilibrio (che, a seconda della concreta microstruttura di mercato, corrisponde significativamente ai due modelli di Walras e Marshall), un ordine trova *capienza* nella massa di quelli di segno opposto; capienza la quale, in caso di esubero da parte di uno dei due lati del mercato, viene verificata sulla base di criteri di priorità oggettivamente stabiliti dalle regole di mercato.

Non si ha quindi un incontro fra proposta e accettazione, bensì fra la massa della domanda e quella dell'offerta. Sicché il singolo ordine non può essere inteso come diretto alla ricerca di un ordine di segno contrario (e simmetrico), ma come volto a inserirsi nella massa di quelli che si pongono nello stesso lato del mercato, contribuire insieme a essi a determinarne l'equilibrio (evidentemente in primo luogo e soprattutto per quanto concerne il prezzo), per essere poi soddisfatto qualora con esso compatibile e, se necessario, nel rispetto di predefiniti criteri di priorità.

Il che penso sia di assoluta evidenza nel sistema «latino», quello delle aste: quando l'esecuzione degli ordini si realizza in un momento unitario e la loro funzione è in primo luogo, durante lo svolgimento dell'asta, quella di contribuire al prezzo di equilibrio; quello che consentirà, al momento in cui l'asta si conclude e il prezzo medesimo diviene definitivo, non potendosi più introdurre nel sistema nuovi ordini o modificare e cancellare quelli già immessi, di selezionare gli ordini con esso compatibili e perciò idonei a essere eseguiti.

Ma credo sia ugualmente innegabile nell'altro sistema «anglosassone», quello della negoziazione continua: in cui comunque il problema non è la presenza singola di ordini compatibili di segno opposto, ma come prima accennato la capienza della loro massa.

Intendo in definitiva dire che, pur senza approfondire gli aspetti tecnici in cui si realizzano concretamente le microstrutture del mercato, già una loro prima e

sommatoria considerazione può giustificare la sensazione di una qualche estraneità rispetto al paradigma su cui si è fondata storicamente la categoria del «contratto».

Si va infatti ben oltre il rilievo, sul quale si basa la prospettiva degli «scambi senza accordo», della mancanza di un «dialogo» fra le parti. Manca anche, in realtà, una relazione interindividuale, persino quella che comunque si realizza con tali scambi.

Non vi sono nemmeno *dichiarazioni* che possano ritenersi indirizzate a una, almeno *a posteriori* definibile, controparte. E si potrebbe dire, in termini di cui non mi nascondo il carattere essenzialmente impressionistico, che la vicenda non conosce parti di una relazione interindividuale, quella che comunque sembra presupporre il n. 1 del nostro art. 1325 cod. civ., ma si esaurisce nella partecipazione agli esiti collettivi del mercato.

Osserverei del resto, in estrema sintesi e in modo che riconosco assiomatico, che questi miei rilievi potrebbero trovare ulteriore conferma nel carattere evidentemente artificioso delle proposte costruttive che vogliono invece salvaguardare il significato interindividuale della vicenda e così quello suo contrattuale.

Così mi pare senza dubbio doversi qualificare l'orientamento, che si manifesta soprattutto nella cultura giuridica francese e nella sua storica utilizzazione della figura della *personalité morale*, che vuole individuare una controparte dell'ordine nel mercato inteso appunto come *personne morale*. Una costruzione che può trovare una qualche base tecnica nel ruolo delle stanze di compensazione e dell'eventuale controparte centrale, ma che non tiene evidentemente conto della loro estraneità al significato economico della vicenda. Sicché a volte se ne parla come parti in senso solo formale, non materiale, e se ne riconosce in definitiva il solo ruolo di salvaguardarne il senso bilaterale, la possibilità di conservarne l'inquadramento dogmatico nel «contratto».

Ma non diversamente penso debba dirsi riguardo a un orientamento, presente soprattutto nella dottrina tedesca, che per salvaguardare quella bilateralità, e quindi il contratto, vuole costruire una lunga catena di poteri rappresentativi, fino al punto di giungere, quando come consueto opera una controparte centrale, alla conclusione trattarsi infine di un contratto con se stesso (poiché, se ogni operatore interviene come «rappresentante» di chi lo precede nella catena, e se la controparte centrale è l'anello nel quale convergono sia la catena che muove dal venditore sia quella che parte dal compratore, essa opererebbe appunto in «rappresentanza» degli uni e degli altri).

E aggiungerei, ancora su questo aspetto, che neppure potrebbe essere soddisfacente, a mio parere, riferirsi alla discussa teorica che ipotizza la formazione di un contratto a seguito non del confronto fra una proposta e un'accettazione, ma dell'incrocio fra due proposte. A parte infatti i dubbi che da lungo tempo si nutrono in merito alla plausibilità generale di tale teorica, dubbi che possono farsi risalire di ben oltre un secolo, resta in ogni caso decisiva la considerazione

che la possibile efficacia per la conclusione contrattuale di *Kreuzofferten* non può almeno non presupporre che esse sia *indirizzate* a un soggetto destinato ad essere controparte del rapporto che si vuole instaurare: il che nel nostro caso certamente non è ed è anzi vietato dalle regole di borsa.

5. Le ragioni delle dottrine

Vorrei anche fare un rilievo di ordine ancora più generale, che presuntuosamente definirei di storia contemporanea e che la mia età mi consente forse di ritenere giustificato o almeno perdonabile.

Si sarà notato che la discussione sui temi cui da ultimo ho fatto cenno sostanzialmente si esaurisce nel richiamo di posizioni dottrinarie rinvenibili nella lettura francese e in quella tedesca, nella cultura giuridica europea continentale cioè con esclusione di quella sola sua terza componente (che, spero non soltanto per motivi nazionalistici, ritengo pur essa importante) rappresentata dalla dottrina italiana.

Quest'ultima assenza credo sia spiegabile per ragioni contingenti legate agli assetti attuali della ricerca giuridica in Italia: che per quanto concerne quella universitaria sempre più si caratterizza per la ricerca di specialismi, spesso estranei a esigenze di ordine generale, direi francamente dogmatico, come quelle per cui si discute dei temi cui sto accennando; e che, per quanto riguarda quella professionale, degli avvocati cioè e dei magistrati, evidentemente presuppone il verificarsi di una casistica giudiziaria, casistica che notoriamente è del tutto assente nel nostro caso (ove, come accennato, i problemi in grado di emergere con riferimento all'ordine immesso nel mercato possono riguardare i soli intermediari che li emettono e sono risolti con strumenti di giustizia domestica del mercato quasi sempre inconoscibili all'esterno).

Interessante è però che il tema sia sostanzialmente estraneo anche alla cultura giuridica anglosassone, cui certo non può riferirsi un atteggiamento di disinteresse nei confronti del mercato e delle sue caratteristiche.

Esprimo allora una sensazione: che ciò dipenda da un atteggiamento culturale nella costruzione della figura del «contratto».

Osserverei cioè che nella cultura anglosassone, e in specie quella statunitense ora dominante, prevale per un verso la prospettiva del *bargain*, poi intesa con l'analisi economica del diritto in termini di *transaction*, una prospettiva ben più generica e vaga di quella risultante per esempio dai nostri artt. 1321 e 1325 cod. civ.; mentre per un altro verso presente e ancora centrale è la dimensione della *promessa*, in certo modo collegandosi all'approccio giusnaturalistico, e in particolare di Grozio, quando costruisce il contratto come attribuzione unilaterale ad altri di un proprio diritto di cui l'accettazione del promissario costituisce una condizione di efficacia.

Forse non è totalmente azzardato pensare che in queste prospettive sia meno «scandaloso» porre il dubbio concernente la riconoscibilità nelle vicende qui considerate di un significato propriamente intersoggettivo e bilaterale.

Il che potrebbe per converso spiegare l'interesse che il tema ha assunto nella dottrina francese e tedesca e, se non m'inganno, potrebbe assumere nella nostra: poiché si tratta di cultura giuridiche nelle quali si è affermato l'orientamento che una diffusa storiografia riconduce alla pandettistica, quello appunto che discorre di un «accordo» come momento ulteriore che in certo modo si aggiunge e sovrappone, ovviamente in termini valutativi e non empirici, alle dichiarazioni individuali e in definitiva unilaterali delle parti.

A ben guardare, in effetti, è del tutto comprensibile che muovendo da tale prospettiva sia urgente interrogarsi sul senso bilaterale e intersoggettivo di vicende come quelle considerate; e che, si ponga l'alternativa se ricostruirlo giuridicamente al di là dei suoi connotati empirici oppure in certo modo rassegnarsi e inquadrare la fenomenologia all'esterno del «contratto».

6. Il momento esecutivo

Vorrei permettermi un'ultima e ancora più assiomatica considerazione: che la difficoltà a riconoscere un momento bilaterale e intersoggettivo si manifesta nel nostro caso non solo nella fase che potremmo chiamare di conclusione dell'operazione, in certo modo parallela a quella della formazione del contratto e certamente centrale per la sua dogmatica, ma anche in quella dell'esecuzione, diremmo del contratto come rapporto; quale per esempio si evocava con la formula dei *faktischen Vertragsverhältnissen*.

Deve infatti notarsi, e qui veramente neppure posso accennare agli aspetti tecnici in grado di giustificare questa mia affermazione, che le modalità con cui operativamente avviene l'esecuzione dello scambio, se si vuol dire l'acquisto e la vendita dei titoli negoziati, sono anch'esse decisamente caratterizzate dalla dimensione collettiva del mercato: che predispone delle strutture *post-trade*, in conseguenza delle quali non è individuabile un trasferimento fra due operatori, bensì da un lato l'attribuzione dei titoli a una massa e dall'altro il loro prelievo da parte di chi ha attribuito a un'altra massa il danaro necessario.

Il che, per un aspetto applicativo che anche da noi la dottrina più attenta ha da tempo segnalato (penso per esempio a autori come Chiomenti, Libertini, Oppo e di recente Martorano), impedisce anche solo di pensare all'utilizzazione di regole come quella posta nel nostro art. 1153 cod. civ.: se non altro in quanto il requisito soggettivo che esso richiede per la tutela dell'acquisto presuppone il riferimento individuale a un alienante. E impone allora la ricerca

di tecniche diverse per una tutela volta a salvaguardare il funzionamento del mercato.

Essendo allora significativo che, potendosi verificare anomalie del tipo di quelle considerate nell'art. 1153 cod. civ. solo in caso di colpa degli intermediari che operano nel mercato e in particolare re di disfunzioni dei sistemi di controllo che essi debbono utilizzare nella propria attività, la soluzione tenda a essere fondamentalmente nel senso di una loro responsabilità (poi da realizzare con mezzi specifici o per equivalente), salva restando l'efficacia dell'operazione compiuta nel mercato.

Il che, penso, ulteriormente conferma come a essa specificamente guardando si colgono caratteri nei quali la dimensione collettiva del mercato e le sue esigenze, come *in primis* quelle della corretta formazione del prezzo e della sua stabilità, rivelano un ruolo assolutamente centrale, tale da assorbire quello che nella materia contrattuale assumono le parti e i loro interessi individuali.

Da ciò l'esigenza che ho inteso segnalare di interrogarsi se prospettive del genere siano ancora compatibili con una categoria come quella del «contratto», se non risulti una sua estensione al di là del limite che la rende talmente evanescente da doverla considerare inutilizzabile.

RIFERIMENTI: Per un riferimento al ruolo dei giusnaturalisti nella costruzione del contratto come figura sistematica, e soprattutto *Grozio e Pufendorf*, ancora importanti mi sembrano i classici saggi di M. DIESELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Köln-Graz, 1959, spec. p. 34 ss. e p. 106 ss.; *Zum Vermögenssystem Samuel Pufendorfs*, Göttingen, 1976, p. 53 ss.; e K. – P. NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16.-bis 18. Jahrhundert*, München, 1985, cui aggiungerei almeno quelli di U. PETRONIO, *Spunti su consenso e contratto nei giuristi culti*, in *Legge, giudici, giuristi*, Milano, 1982, p. 203 ss.; *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti all'origine del sistema contrattuale moderno*, in *Towards a General Law of Contract*, ed. by J. BARTON, Bellin, 1990, p. 215 ss.; e J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford-New York, 1991; più di recente, anche per ulteriori riferimenti, D. GIANTI, *La legge dei privati. Genealogia dei paradigmi continentali del contratto*, Milano, 2017.

Notissimo è anche il saggio di *Gilmore* cui si accenna nel testo: G. GILMORE, *The Death of Contract*, Ann Arbor, 1974; così come è ugualmente noto il ruolo di L.L. FULLER-W.R. PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages: 1*, in *Yale Law Journal*, 46 (1936), 52, e in 46 (1937), 372, per la costruzione teorica del contratto nei sistemi di *common law*. Per un primo approfondimento di questi temi possono consultarsi, oltre naturalmente a C. FRIED, *Contract as Promise*, Cambridge, Ma, 1981, le due raccolte *The Theory of Contract Law. New Essays*, ed. by P. BENSON, Cambridge, 2001, e *Philosophical Foundations of Contract Law*, ed. by G. KLASS, G. LETSAS e P. SAPRAI, Oxford, 2014.

Per una prima informazione sulla vicenda dei *faktischen Vertragsverhältnisse* rinvio alla mia voce *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enciclopedia giur. Treccani*, vol. 25, 1992; la non del tutto dissimile discussione cui si allude è quella avviata con il saggio di N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347; mentre quello segnalato di T. MAYER-MALY, *Die Wiederkehr von Rechtsfiguren*, è pubblicato in *JZ*, 1971, 1.

I risultati della mia ricerca in tema di operazioni in borsa sono nel volume *Sul «contratto» di borsa*, Milano, 2021. Ancora fondamentali, per la comprensione delle tecniche operative di borsa, sono i classici M. O'HARA, *Market Microstructure Theory*, Oxford, 1995; L. HARRIS, *Trading & Exchanges*, Oxford, 2003; e J. HASBROUCH, *Empirical Market Microstructure*, Oxford, 2007. Il riferimento all'astrattezza del danaro è a F.K. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1851, p. 403 ss.; cui bisogna aggiungere almeno S. SIMITIS, *Bermerkungen zur rechtlichen Sonderstellung des Geldes*, in *Arch. civ. Praxis*, 159 (1960), 406.

Riguardo al ruolo che svolse una considerazione delle modalità operative della borsa di Parigi e di quella di Londra per l'elaborazione dei due modelli di equilibrio rispettivamente di *Walras* e *Marshall*, possono consultarsi fra gli altri H. BOUTHINON-DUMAS, *Le droit des sociétés cotées et le marché boursier*, Paris, 2007, p. 22 s.; J.A. KREGEL, *Neoclassical Price Theory. Institutions and the Evolution of Securities Market Organisation*, in *The Economic Journal*, 105 (1995), 459; e M. BUCHNER, *Die Spielregeln der Börse*, Tübingen, 2019, p. 6.

Per una prima informazione e le necessarie indicazioni bibliografiche riguardo ai tentativi ricostruttivi delle operazioni in borsa nella dottrina francese e tedesca mi permetto rinviare al mio *Sul «contratto» di borsa*, cit., p. 85 ss., cui ugualmente rinvio, per quanto riguarda il tema specifico dei *mistrades*, in particolare p. 156 ss.

Sul tema cui si allude dei rapporti fra una costruzione del contratto in termini di «promessa» ovvero di «accordo» cfr. in particolare B. SCHMIDLIN, *Die beide Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts: das naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung und das pandektischen Modell der vereinigten Willenserklärungen*, in *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, hrsg. von R. ZIMMERMANN, Heidelberg, 1999, p. 187 ss.; e fra gli altri T. BREMKAMP, *Causa. Der Zweck als Grundpfeiler des Privatrechts*, Berlin, 2008, p. 91 ss.; e G. BUSSEUIL, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, Paris, 2009, p. 84 ss.; v. pure, per una critica del significato storico dell'alternativa, H. EHMANN, *Die Entwicklung des Versprechensvertrags – gegen die Mystik des Willensvereinigungsmodells*, in *Festschrift für Stathopoulos*, Athen, 2010, p. 585 ss.

I lavori cui si fa cenno in materia di vicende acquisitive sono: F. CHIOMENTI, *Il titolo di credito*, Milano, 1977, spec. p. 448 ss.; M. LIBERTINI, *Profili tipologici e pro-*

fili normativi nella teoria dei titoli di credito, ed. provv., Milano, 1971, spec. p. 85; G. OPPO, *Una svolta dei titoli di massa (il progetto Monte Titoli)*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 15; *Tramonto dei titoli di massa ed esplosione dei titoli di legittimazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 645; e F. MARTORANO, *Titoli di credito dematerializzati*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 2020, p. 167 v. pure, segnalando a questi propositi le caratteristiche dei mercati finanziari e della necessaria intermediazione delle loro operazioni, G. GUIZZI, *Il titolo azionario come strumento di legittimazione*, Milano, 2000, p. 60 ss.; e R. MESSINETTI, *Acquisto a non domino*, in *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento III*, Milano 1999, p. 24 ss., a p. 56 ss.

La Cassazione e i contratti del mercato finanziario, tra disciplina speciale e codice civile

SOMMARIO: 1. Dal contratto ai contratti. – 2. Contratti del consumatore, asimmetria, contratti finanziari. – 3. Contratti finanziari e disciplina speciale sull'informazione dell'investitore. – 4. Contratti finanziari e disciplina generale del contratto. – 5. Conclusioni.

1. Dal contratto ai contratti

La regolamentazione dei contratti del mercato finanziario è coerente con una precisa linea evolutiva del nostro ordinamento: in tal senso, è impossibile guardare ad essi rinunciando al prospetto di un orizzonte ben più ampio, che abbraccia l'area del contratto in generale.

Da un tale punto di osservazione non sfugge, anzitutto, il significato che è venuta ad assumere quella che è stata suggestivamente denominata «età della decodificazione»¹; un'età che ha segnato il passaggio dal monosistema al polisistema, con l'emersione di nuovi tipi contrattuali e il profilarsi del conseguente problema circa il difficile coordinamento delle regole generali e speciali contenute nel codice civile con quelle presenti nelle leggi speciali².

La decodificazione del diritto privato cui alludeva Natalino Irti aveva come riferimento discipline speciali di contratti che avevano ricevuto un'attenzione particolare da parte del legislatore per gli interessi sociali che vi erano implicati (basti pensare alla legge sull'equo canone); ma di lì a poco il processo coinvolgerà leggi di matrice comunitaria e cioè, dal punto di vista della finalità, leggi di regolazione del mercato, o meglio, come è stato efficacemente precisato, «leggi volte a correggere i 'fallimenti del mercato'»³.

¹ Il riferimento è, ovviamente, al noto saggio di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1978; IV ed., Milano, 1999.

² Si veda G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna 2012, 95 ss..

³ V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 671.

In tale quadro – è risaputo – ha assunto un preminente rilievo la disciplina di tutela del consumatore, che ha ricevuto attenzione, da parte del legislatore comunitario fin dagli anni 80 del secolo scorso (basti pensare alle direttive in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (84/450/CEE), di responsabilità per danni da prodotti difettosi (85/374/CEE) e in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali (85/577/CEE).

È da rimarcare, in proposito, che questi interventi del legislatore comunitario, al pari di altri di poco successivi, e di particolare importanza (come la direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive), hanno visto la luce prima che il Trattato dell'Unione europea elevasse la tutela dei consumatori a politica comunitaria (ciò che è avvenuto con la riscrittura dell'art. 153 del Trattato di Lisbona, che coincide con l'art. 169 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea). Infatti, le direttive in questione sono state emanate facendo leva sulle norme all'epoca esistenti che erano volte ad assicurare il funzionamento del mercato comune e della concorrenza, oltre che il riavvicinamento delle diverse legislazioni degli Stati membri. Questa circostanza assume un particolare rilievo perché indica l'indissolubile intreccio che si è determinato, da subito, tra la tutela del consumatore finale, inteso come parte debole di un rapporto contrattuale, e la tutela del mercato. E spiega, pure, l'affermazione della più accreditata dottrina, la quale ha da tempo evidenziato come la disciplina dei contratti del consumatore vada valutata avendo riguardo alla regolamentazione dell'atto di consumo, dovendosi intendere diretta alla strutturazione di un mercato unico interno all'Unione, attraverso la rimozione o la riduzione degli ostacoli che si frappongono al funzionamento delle regole concorrenziali sui mercati finali⁴.

In tal senso, la disciplina consumeristica è stata, ed è tuttora, uno strumento di politica economica: aspetto, questo, che è condiviso, in linea generale, dai vari codici di settore e che pare ancora contrapporre questi ultimi al codice civile, il quale certamente ha visto col tempo accrescere la sua dimensione funzionale, ma nel senso di strumento, più che di politiche economiche, di politiche sociali. Tale processo ha potuto svilupparsi attraverso l'accrescimento, nelle applicazioni giurisprudenziali, del ruolo delle clausole generali e al mutamento di approccio dell'interprete, orientato oggi più a finalità (l'equità, la funzionalità, la protezione di dati interessi) che al classico processo di sussunzione nella fattispecie⁵. Il discorso presenta, in realtà, un grado più elevato di complessità, giacché, come è stato spiegato, il mondo del diritto è dinamico e non può negarsi che anche nelle

⁴ Si vedano E. GABRIELLI e A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, in *Digesto civ.* (ed. on line), 2000, § 1, e dottrina ivi citata.

⁵ A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1492.

discipline speciali di derivazione comunitaria, o eurounitaria, siano presenti chiare tracce di una politica sociale: infatti i Trattati dell'Unione sono testi normativi cui è immanente l'affermazione di principi costituzionali condivisi dalle singole esperienze nazionali e i diritti fondamentali di natura non economica sono sempre più visibili nel diritto dei contratti di matrice europea grazie all'intervento delle corti europee⁶.

2. Contratti del consumatore, asimmetria, contratti finanziari

È innegabile che il modello contrattuale che per primo ha marcato una discontinuità col contratto di diritto comune sia rappresentato dal contratto del consumatore⁷. Il contratto del consumatore, nella disciplina dalle direttive comunitarie e dal loro recepimento, costituisce, storicamente, il punto di iniziale emersione di una politica economica di regolamentazione del mercato che si dirige verso l'accordo e il rapporto contrattuale in quanto tali. L'intervento del legislatore si spiega, come è evidente, con l'obiettivo di elidere le distorsioni del mercato che discendono da quella che è una connotazione propria del contratto del consumatore: quella di essere un contratto asimmetrico, e cioè un contratto che nasce dall'incontro di volontà di soggetti dotati di diversa forza economica e, quindi, di differente potere contrattuale: in essi l'asimmetria è, per così dire, «fisiologica», dipendente cioè dalle posizioni di mercato, e non «patologica», tale cioè da assumere rilevanza nel momento in cui determinati fattori (come, ad esempio, i vizi della volontà) incidono sulla sfera soggettiva del contraente⁸; di qui la fitta trama di interventi normativi diretti a correggere l'asimmetria negoziale in modo da assicurare il risultato di un possibile riequilibrio dei ruoli su diversi versanti: reale parità nelle trattative; effettività del diritto all'informazione; non vincolatività delle clausole abusive inserite dalla parte economicamente prevalente, e cioè del professionista; attribuzione, al consumatore, della facoltà di liberarsi, in ipotesi di successivo, ponderato ripensamento, dal contratto già concluso.

⁶ A. GENTILI, *op. cit.*, 1497 s., il quale rammenta che nell'attuale diritto dei contratti, quelli civili, quelli di impresa e quelli del consumatore, vadano penetrando opzioni politiche intese contemporaneamente all'efficienza e alla giustizia del negozio.

⁷ Nota M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contratto e impresa*, 2013, 72, che la regolamentazione del contratto concluso tra professionista e consumatore segna una importante inversione rispetto alla tendenza, seguita dal nostro legislatore dopo la codificazione del 1942, di spostare l'attenzione dal soggetto parte contrattuale all'atto perfezionato, e cioè al contratto.

⁸ V. ROPPO, *op. cit.*, 683

Ma l'elemento dell'asimmetria, proprio del contratto del consumatore, ha rivelato col tempo, una inarrestabile forza espansiva, nel senso di rappresentare una connotazione tipica di contratti diversi, non qualificati, o non qualificati necessariamente, dalla contrapposizione delle figure del professionista e del consumatore.

Viene, qui, anzitutto in considerazione il contratto asimmetrico tra professionisti, categoria che è comunemente definita come «terzo contratto», in continuità con una classificazione che designa come «secondo contratto» il vero e proprio contratto del consumatore. Il «terzo contratto» nasce, come è noto, dall'individuazione dei tratti comuni che presentano gli interventi legislativi volti a colmare l'asimmetria tra imprese (come esemplarmente, accade in tema di subfornitura: l. n. 192/1998): tale figura, peraltro, non è connotata da una linea di intervento dettata dalla necessità di rimediare, prima di tutto, all'asimmetria informativa (tratto, questo, che distingue la normativa dei contratti del consumatore), quanto, piuttosto, dall'esigenza di sovvenire a uno squilibrio che deriva dall'essere il regolamento contrattuale negoziato tra parti informate «rispetto alle quali acquista rilievo la collocazione del contratto nel quadro delle reciproche relazioni economiche e delle dinamiche di mercato»⁹; in altri termini, quello che rileva, per il «terzo contratto» è non tanto il fatto che una delle parti possa non essere adeguatamente informata sui contenuti del regolamento contrattuale, quanto, l'incidenza che assume, sul piano del rapporto tra imprenditori, il potere di mercato che uno di essi è in grado di esercitare nei confronti dell'altro.

La necessità di correggere situazioni di asimmetria ha poi finito per coinvolgere anche quelle che sono state definite discipline «neutre», riferite sia a contratti tra professionista e consumatore, sia a contratti tra professionisti, che vedono però contrapposti un professionista *insider* di un dato mercato e un cliente *outsider* dello stesso¹⁰. Tali contratti esibiscono forme di tutela proprie dei contratti del consumatore in quanto tali; ed è significativo, al riguardo, che il legislatore non si sia fatto scrupolo di ricondurre alla tutela del consumatore interventi normativi aventi ad oggetto rapporti di questo tipo¹¹.

⁹ A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 537.

¹⁰ V. ROPPO, *op. cit.*, 696.

¹¹ Così, nel primo decreto Bersani (d.l. n. 223/2006) a la disciplina che riformava l'art. 118 TUB con riguardo all'informativa che la banca doveva dare al cliente nel caso in cui questa intendesse modificare i tassi o le altre condizioni contrattuali, era inserita nel titolo I, recante la rubrica «Misure urgenti per lo sviluppo, la crescita e la promozione della concorrenza e della competitività, per la tutela dei consumatori e per la liberalizzazione di settori produttivi».

Gli elementi di «apparentamento» della disciplina dei contratti finanziari con i contratti del consumatore sono diversi e costituiscono altrettante espressioni della divaricazione di queste due tipologie di contratto dalla disciplina di diritto comune. Pensiamo al momento della negoziazione, con la previsione di una densa schiera di obblighi informativi ad appannaggio dell'investitore e del consumatore, con cui è neutralizzato il principio *caveat emptor*; alla disciplina dell'invalidità, connotata dalle sovrapponibili prescrizioni rispettivamente contenute nell'art. 23 TUF e nell'art. 36 cod. cons. circa la nullità di protezione, così diversa dalla nullità assoluta del paradigma codicistico; alla dissolubilità del vincolo attraverso la configurazione del recesso (contemplato per i contratti finanziari in caso di offerta fuori sede dall'art. 30 TUF e, parallelamente, dall'art. 52 del cod. cons. per il caso di contratti negoziati a distanza ovvero fuori dai locali commerciali).

Queste discipline speciali sono dunque accomunate dall'esigenza di assicurare il superamento dell'asimmetria informativa: risultato che viene principalmente raggiunto attraverso la somministrazione di un corredo di ragguagli che riguarda la componente economica dell'affare (garantendo, quindi, in materia finanziaria, che gli investitori «*siano sempre adeguatamente informati*», come si esprime l'art. 21 TUF); ma che è attinto anche attraverso altri strumenti tipici ed esclusivi dell'una o dell'altra disciplina, come la previsione, nell'ambito dei contratti finanziari, di una forma «informativa» (caratterizzata dalla presenza di un documento scritto e trasparente recante un contenuto informativo minimo e autosufficiente, tale da escludere il rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo e degli altri oneri posti a carico del cliente)¹².

E proprio la centralità che assumono – in chiave di rimozione dell'asimmetria – gli obblighi informativi nella disciplina dei servizi di investimento aiuta a spiegare come la giurisprudenza della Corte di cassazione sia gravida di affermazioni che riguardano tale aspetto del contratto e del rapporto di intermediazione finanziaria. Infatti, la massima parte delle questioni di cui si è occupata la Corte trae origine da controversie in cui si dibatte del corretto adempimento, da parte dell'intermediario, degli obblighi informativi che gli fanno carico; i temi trattati sono noti: l'individuazione dei contenuti (talora espressi nella forma di «decalo-

¹² In tema, E. Tosi, *Il contratto asimmetrico bancario di investimento monofirma: la forma informativa e il problema della sottoscrizione unilaterale alla luce della lettura funzionale delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 2019, 201; come ricorda l'A., l'espressione «forma informativa» è da attribuire a G. DE NOVA, *Tipico e atipico nei contratti della navigazione, dei trasporti e del turismo*, in *Dir. trasporti*, 1995, 720.

go») delle informazioni da elargire¹³, il grado di specificità di queste¹⁴, il rilievo che possano assumere, sul piano di un ipotetico (e negato) concorso di colpa del cliente, la propensione al rischio di questo o la sua conoscenza del mercato¹⁵, l'eventuale incidenza, nel quadro dei diversi servizi offerti, di un'informativa sul titolo per il periodo successivo al suo acquisto¹⁶, i criteri di imputazione del danno dipendente da un'operazione non consapevole¹⁷, la stessa possibilità di ergere gli obblighi informativi a elementi costitutivi di un inadempimento che giustifichi la risoluzione del singolo «ordine» di investimento, inteso come contratto sinallagmatico¹⁸.

3. Contratti finanziari e disciplina speciale sull'informazione dell'investitore

Una precisa linea di indirizzo sul rilievo giuridico che assume, nell'ambito del rapporto tra l'intermediario e l'investitore, la mancata prestazione dell'attività informativa, lo hanno dettato, tre lustri or sono, le Sezioni Unite della Corte di cassazione. Si allude al principio affermato con le sentenze nn. 26724 e 26725 del 2007¹⁹, per cui la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario può dar luogo a respon-

¹³ Ad esempio: Cass. 16 gennaio 2016, n. 1376.

¹⁴ Sempre a livello esemplificativo: Cass. 29 ottobre 2010, n. 22147.

¹⁵ Cass. 4 aprile 2018, n. 8333; Cass. 27 aprile 2016, n. 8394, in *Contratti*, 2017, 145, con nota di A. BELOTTI, *Valutazione del rischio e risoluzione del contratto*.

¹⁶ Per tutte: Cass. 27 agosto 2020, n. 17949.

¹⁷ Cass. 17 aprile 2020, n. 7905, in *Contr.*, 2021, 195, con nota di S. FORTI, *La presunzione legale come tecnica di allocazione della prova del nesso di causalità nel sistema dell'intermediazione finanziaria*; cfr. *infra* nel testo.

¹⁸ Cass. 27 aprile 2016, n. 8394 cit. e pronunce successive.

¹⁹ Cass. 19 dicembre 2007, n. 26724 è stata tra gli altri annotata da G. NAPPI, *Le Sezioni Unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 1175; da V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S.U.*, in *Soc.*, 2008, 449; da E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni Unite*, in *Foro. it.*, 2008, I, 784; da U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. comm.*, 2008, 432; da V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf, Danno e resp.*, 2008, 525; Cass. 19 dicembre 2007, n. 26725 da G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite: cause, considerazioni, e un elogio dei giudici*, in *Giur. it.*, 2008, I, 347; da G. GOBBO, *Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 344.

sabilità precontrattuale o contrattuale – a seconda che le violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione, o «contratto quadro», o riguardino le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione di quel contratto –, escludendosi, così, che, in assenza di una esplicita previsione normativa, la violazione dei detti doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c., la nullità riguardante le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione dello stesso «contratto quadro» o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso.

Una volta che la nullità per il deficit dell'attività informativa è stata «tagliata fuori», per usare una terminologia cestistica, la discussione, in giurisprudenza, si è incentrata sui nodi problematici che, sul piano applicativo, si correlano alla responsabilità (non tanto precontrattuale ma) contrattuale dell'intermediario. E questo lascia comprendere come i rimedi cui hanno fatto ricorso gli investitori, e che trovano riscontro nelle applicazioni della giurisprudenza, risultino essere essenzialmente due: quello risarcitorio e quello consistente nella risoluzione dell'ordine di investimento. Un discorso a parte merita la materia dei derivati, su cui si tornerà più avanti.

Nella prospettiva fin qui indicata merita allora di dar conto dell'evoluzione della giurisprudenza di legittimità sul tema dell'onere probatorio circa il nesso causale tra inadempimento agli obblighi informativi e danno. Si è passati, infatti, da affermazioni, sostanzialmente allineate ai principi generali (affermazioni secondo cui l'investitore, nel giudizio di danno, ha l'onere, oltre che di allegare l'inadempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto di negoziazione da parte dell'intermediario e di fornire la prova del danno, di dimostrare il nesso di causalità fra questo e l'inadempimento, anche sulla base di presunzioni)²⁰ a un vero e proprio ribaltamento di tale regola, con l'enunciazione della massima per cui al riscontro dell'inadempimento degli obblighi di corretta informazione consegue l'accertamento in via presuntiva del nesso di causalità tra il detto inadempimento e il danno patito dall'investitore: accertamento che compete poi all'intermediario superare, dimostrando che il pregiudizio si sarebbe comunque concretizzato quand'anche l'investitore avesse ricevuto le informazioni omesse²¹. Si è venuta delineando, in tal modo, una vera e propria presunzione legale, ma relativa, quanto al nesso causale: una presunzione che scaturisce, secondo la Corte, dalla funzione assegnata dal sistema normativo all'obbligo informativo gravante sull'intermediario, che è preordinato al riequilibrio dell'asimmetria strut-

²⁰ Così, recente Cass. 24 maggio 2019, n. 14335.

²¹ Cass. 28 luglio 2020, n. 16126, cit..

turale del patrimonio conoscitivo-informativo delle parti in favore dell'investitore, al fine di consentirgli una scelta di investimento realmente consapevole.

Non si intende esaminare il punto giuridico della ricostruzione della presunzione come presunzione legale, piuttosto che come presunzione semplice. Va però osservato che la valorizzazione dell'elemento presuntivo presenta, qui, una sua coerenza sul piano sistematico, dal momento che l'adozione di presunzioni nella materia dei contratti finanziari è, per così dire, moneta corrente.

Già nel 2011 la Cassazione, occupandosi dell'inadempimento degli obblighi informativi gravanti sull'intermediario nel caso di acquisto di strumenti finanziari per conto del cliente, ebbe ad affermare che l'inadempimento dell'intermediario che dia corso all'acquisto di titoli ad alto rischio senza adempiere ai propri obblighi informativi nei confronti del cliente, è tenuto a risarcire un danno che consiste «nell'essere stato posto a carico di detto cliente un rischio, che presumibilmente egli non si sarebbe accollato»: danno che può essere poi liquidato in misura pari alla differenza tra il valore dei titoli al momento dell'acquisto e quello degli stessi al momento della domanda risarcitoria, sempre se non risulti che, dopo l'acquisto, ma già prima della proposizione di detta domanda, il cliente, avendo avuto la possibilità con l'uso dell'ordinaria diligenza di rendersi autonomamente conto della rischiosità dei titoli acquistati, e non sussistendo impedimenti giuridici o di fatto al disinvestimento, li abbia, tuttavia, conservati nel proprio patrimonio²². La presunzione viene giustificata avendo riguardo a un dato di precisa evidenza: quello per cui lo stesso legislatore, nel dettare una normativa incentrata sull'attività informativa dell'intermediario, muove dal presupposto che dette informazioni siano necessarie all'effettuazione di scelte d'investimento oculate.

Ma è significativo che nella circostanza la Corte abbia evocato pure la giurisprudenza da essa elaborata in materia di responsabilità da prospetto con riferimento a titoli oggetto di offerta pubblica di acquisto. La fattispecie presa in considerazione da quest'ultima pronuncia²³ concerneva la sottoscrizione di azioni offerte in borsa sulla scorta di un prospetto recante una rappresentazione della situazione patrimoniale della società rivelatasi poi non veritiera: nella circostanza la Corte aveva osservato che «la non veridicità del prospetto non può non generare la presunzione di rilevanza della distorsione informativa sulle scelte

²² Cass. 29 dicembre 2011, n. 29864, edita in *Foro it.*, 2013, I, 320, con nota di G. LA ROCCA, *L'obbligo di servire al meglio gli interessi dei clienti*.

²³ Cass. 11 giugno 2010, n. 14056, presente, tra l'altro, in *Corriere giur.*, 2011, 359, con nota di V. SANGIOVANNI, *Prospetto informativo e responsabilità civile secondo la Cassazione*, e in *Danno e resp.*, 2011, 621, con nota di G. AFFERNI, *Responsabilità da prospetto: natura, danno risarcibile e nesso di causalità*.

dell'investitore», sicché a costui non può essere «imposto l'ulteriore onere della prova negativa di eventuali diversi fattori dai quali dette scelte sarebbero state determinate». Queste affermazioni – si ripete – sono state rese con riferimento a un caso di responsabilità da prospetto (che è comunemente ritenuta²⁴ una responsabilità di natura extracontrattuale, non precontrattuale, sul presupposto che con riferimento alle offerte pubbliche di acquisto, vendita o scambio di strumenti finanziari non è concepibile una trattativa).

In questa giurisprudenza sulla responsabilità da prospetto si coglie (ed è stato così²⁵) un richiamo indiretto alla teoria *Fraud on the market*, fatta propria dalla Corte suprema degli Stati Uniti con la sentenza *Basic* contro *Levinson* del 1988.

Quest'ultima sentenza aveva riguardo a una vicenda in cui si faceva questione del danno sofferto da alcuni azionisti danneggiati dalla vendita delle loro azioni a prezzi artificialmente depressi da dichiarazioni che negavano che fossero in corso negoziati per una fusione societaria (che era poi stata posta in essere): nell'occasione la Corte suprema ha affermato, a chiare lettere, che in una tale ipotesi era operante una presunzione di affidamento, precisando, tuttavia che l'affidamento, per un investitore che negozia azioni al prezzo fissato da un mercato impersonale, riguarda l'integrità di quel prezzo. Come è stato precisato da autorevole dottrina, la disinformazione proviene in questo caso all'operatore non in via diretta, ma in quanto incorporata nel prezzo con cui si attuano le negoziazioni²⁶. In tal senso, è stato precisato che esiste una differenza tra la violazione dei doveri di informazione che si attua sul mercato primario con la diffusione di un prospetto falso (fattispecie in cui ricorre una relazione immediata tra danneggiante e danneggiato) e la responsabilità, presa in considerazione dalla sentenza *Basic*, che ha riguardo a operazioni poste in essere sul mercato secondario, in cui – come è stato efficacemente scritto – l'interlocutore del singolo operatore è «il mercato stesso nel suo significato collettivo e unitario» e l'interlocuzione «avviene essenzialmente tramite il prezzo che in esso, come risultato dei suoi processi collettivi, si forma»²⁷.

Quel che pare rilevante è che il danno, nelle tre ipotesi che vengono in questione (danno da *Fraud on the market*, danno da responsabilità da prospetto, danno da inadempimento dell'intermediario nella prestazione dei servizi di investimento), discende da una disinformazione (che può essere, a seconda dei casi, incorporata nel prezzo di borsa del titolo, veicolata da un prospetto non

²⁴ Così, da ultimo, Cass. 14 giugno 2018, n. 15707.

²⁵ Da G. AFFERNI, *op. cit.*, 627 ss..

²⁶ C. ANGELICI, *Sul «contratto» di borsa*, Milano, 2021, 61.

²⁷ C. ANGELICI, *op. cit.*, 75.

veridico in caso di offerta pubblica, determinata dal mancato adempimento, da parte dell'intermediario, degli obblighi informativi che gli fanno carico) e che, in conseguenza, il differenziale tra il prezzo alterato dalla disinformazione e il prezzo reale del titolo entri in gioco, in ognuna delle tre ipotesi, come danno presunto (ancorché suscettibile di prova contraria).

4. Contratti finanziari e disciplina generale del contratto

Si è parlato, fin qui, di applicazioni della giurisprudenza, in tema di contratti finanziari, che nascono da una ricognizione della normativa di settore, quale è la disciplina normativa (legislativa, ma anche regolamentare, proveniente dalla Consob) in tema di obblighi informativi. In proposito merita ricordare che la stessa sentenza n. 16126 del 2020, sulla presunzione legale di nesso causale tra inadempimento (dell'intermediario) e danno (dell'investitore) assume che detta presunzione sarebbe nella sostanza desumibile da un complesso sistematico di disposizioni (appunto in tema di intermediazione finanziaria), che la implicherebbero in modo logicamente e giuridicamente necessario.

Nella materia che interessa esiste, tuttavia, un'altra traiettoria della nomofilia, che segna l'esigenza di riempire ambiti di tutela che si teme la disciplina speciale del contratto finanziario, quale contratto asimmetrico, lasci scoperti. In dottrina si è ben spiegato come l'asimmetria del potere contrattuale abbia generato due fenomeni distinti: il tentativo di «recuperare» le problematiche relative ad essa attraverso gli istituti consueti del diritto dei contratti e quello di elaborare categorie e concetti deliberatamente nuovi, quali il contratto «giusto» e il «solidarismo contrattuale»²⁸. Non è questo il contesto per approfondire la tematica²⁹: è evidente tuttavia che la Cassazione sia divenuta, negli ultimi anni, il laboratorio di operazioni ricostruttive tese a integrare la disciplina del contratto finanziario usando l'armamentario del diritto generale dei contratti.

Paiono illuminanti, al riguardo, due arresti delle Sezioni Unite di questi ultimi anni.

La prima pronuncia ha riguardato la cosiddetta nullità selettiva. È legata, come la seconda, al tema dell'informazione del cliente, anche se in questo caso il detto profilo (veicolato dalla «forma informativa» del contratto di investimento) resta sullo sfondo. La questione è ben nota e ha portato le Sezioni

²⁸ A. ZOPPINI, op. cit., 519 ss..

²⁹ Un'ampia riflessione sulla categoria generale del contratto e sullo spazio applicativo da riservare agli strumenti di tutela tradizionali è svolta da U. BRECCIA, *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *Contr.*, 2018, 5.

Unite³⁰ a rispondere al seguente interrogativo: in presenza di una nullità per vizio di forma del contratto quadro, nullità che può essere fatta valere dal solo investitore, questi può agire per ottenere la ripetizione degli importi versati per le sole operazioni «in perdita», senza restare esposto alle pretese restitutorie dell'intermediario che concernano le operazioni rivelatesi per lo stesso cliente vantaggiose? Oppure, quest'ultimo, una volta spesa la sua iniziativa, risente del venir meno dell'intero rapporto e deve rassegnarsi a veder travolti anche quegli ordini di investimento che gli hanno recato profitto? Il problema non avrebbe ovviamente ragion d'essere se applicassimo le regole della ripetizione di indebito: caduto il contratto quadro, e cadute, a cascata, tutte le operazioni in investimento (che da quel contratto dipendono) il diritto a ripetere dovrebbe spettare ad entrambe le parti e riguardare indistintamente tutti i pagamenti eseguiti in esecuzione del contratto.

La soluzione data al problema, altrettanto nota, è stata quella di ritenere, invece, che l'investitore possa far valere la nullità solo per le operazioni sconvenienti, salva, però, in questa ipotesi, la facoltà, da parte dell'intermediario, di opporre l'eccezione di buona fede se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico in danno dello stesso.

Non ci si vuole soffermare su alcuni aspetti della pronuncia che hanno pure animato il dibattito della dottrina: primo tra tutti quello per cui la sentenza finisce per ipotizzare che il carattere relativo della nullità di protezione operi non solo sul piano della legittimazione ad agire, ma anche sul piano sostanziale: il che, come è stato annotato, avrebbe potuto suggerire una qualche cautela «in assenza di segnali sufficientemente univoci da parte del legislatore»³¹, pena il rischio di «spostare i criteri della decisione giudiziaria al di sopra della legge»³²; accettare, infatti, che la nullità operi con intermittenza, con riferimento solo ad alcuni ordini di acquisto, rischia di conferire alla nullità protettiva una funzione esorbitante,

³⁰ Cass. Sez. U. 3 novembre 2019, n. 28314, edita, tra l'altro, in *Foro it.*, 2020, I, 948, con nota di S. PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integralità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace?*, in *Soc.*, 2020, 844, con nota di M. COSTANZA, *Nullità selettiva. Metamorfosi della nullità*; in *Danno e resp.*, 2020, 709, con nota di F. RUGGERO, *Nullità selettive o regime restitutorio unilaterale? Le Sezioni Unite fanno chiarezza e delincono uno statuto normativo unitario per le nullità di protezione.*

³¹ R. RORDORF, *La pronuncia delle Sezioni Unite in tema di nullità selettiva*, in *www.questionegiustizia.it*.

³² Così G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e «le nullità selettive» nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in *www.dirittobancario.it*.

incidente sugli effetti restitutori³³, che sono invece disciplinati dalle regole del diritto comune: regole le cui eccezioni, proprio perché tali, risultano insuscettibili di applicazione analogica³⁴.

È invece da sottolineare come il richiamo alla buona fede, come clausola generale esprima proprio la tendenza, sopra accennata, a far leva su istituti di diritto comune, per risolvere, o tentare di risolvere, problemi che sono propri dei contratti asimmetrici e dei contratti finanziari in particolare. In tal senso possono però richiamarsi le considerazioni critiche di chi vede, in questo uso della buona fede, una sorta di *passepourtout* cui ci si affida «per trarsi d'impaccio da nodi interpretativi assai intricati, evitando così scelte troppo nette»³⁵. La buona fede finisce qui per assolvere a una funzione correttiva di possibili squilibri prodotti dalla nullità selettiva, per come ricostruita dalle Sezioni Unite, e concorre a comporre un ragionamento che, è stato osservato, obbedisce più che alle logiche ripristinatorie della situazione preesistente al contratto (che sono proprie della ripetizione dell'indebitato) a quelle (tipicamente risarcitorie) del ristoro dei pregiudizi effettivamente subiti della parte danneggiata³⁶. Si tratta, in sintesi, di un'operazione ricostruttiva che, oltre ad apparire assai costosa in termini di coerenza coi principi, è sembrata anche ingiustificata, sul piano teorico: perché — si è detto — se si riconosce la conformità al diritto dell'uso selettivo della nullità di protezione, resta difficile comprendere la ragione per cui quell'uso debba poi soffrire limitazioni³⁷.

Veniamo al secondo degli arresti di cui si diceva.

³³ Scrive S. PAGLIANTINI, op. cit., 950, che il parcellizzare gli effetti della declaratoria di nullità equivale a foggiare una disciplina *ad hoc* per l'indebitato allorché la nullità incida su di un contratto eseguito.

³⁴ Si veda E. CICATELLI, *Contratti di investimento, nullità protettive e tutela restitutoria*, in *Contr.*, 2018, 555, che tra tali eccezioni menziona l'art. 125 *bis*, comma 9, t.u.b., in materia di credito al consumo, che, in caso di nullità del contratto, delimita l'obbligazione restitutoria del cliente alle somme da questi utilizzate, con facoltà di pagare quanto dovuto secondo la stessa rateizzazione prevista nel contratto o, in mancanza, in trentasei rate mensili); altre eccezioni alla regola generale dell'art. 2033 c.c. possono rinvenirsi nell'art. 2, comma 1, n. 192/1998, in tema di subfornitura, nell'art. 67 *septiesdecies*, comma 5, del codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005), nell'art. 167, comma 2, del codice delle assicurazioni private (d.lgs. n. 209/2005).

³⁵ Parole di R. RORDORF, op. cit.

³⁶ M. COSTANZA, op. cit., 855.

³⁷ R. RORDORF, op. cit.. In questa visione prospettica A. IULIANI, *Le Sezioni Unite e la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione*, in *Giur. it.*, 2020, 279, ammonisce sulla necessità di tener conto della «forza espansiva della disciplina generale, di cui si dovrebbe dimostrare l'inadeguatezza prima di affermare un passaggio per così dire diretto della disciplina di un altro diritto secondo».

Con la sentenza n. 8770 del 12 maggio 2020 le Sezioni Unite³⁸ si sono occupate di derivati negoziati dagli enti locali e hanno colto l'occasione per chiarire come la dimensione informativa relativa ai rischi dell'investimento possa incidere sulla validità del contratto. L'approdo delle Sezioni Unite è che il contratto avente ad oggetto quel derivato che è lo *swap* (nella fattispecie *l'interest rate swap*, o IRS) in tanto è valido, in quanto si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi (accordo che, si spiega, non si può limitare al *mark to market*, ossia al costo al quale una parte può anticipatamente chiudere tale contratto od un terzo estraneo all'operazione è disposto a subentrarvi, ma deve investire, altresì, gli scenari probabilistici e concernere la misura qualitativa e quantitativa della stessa alea e dei costi, pur se impliciti). Si transita, anche qui, nell'area della disciplina generale del contratto e si finisce, in sostanza, per correlare il deficit informativo dell'investitore (non ragguagliato circa la misura dell'alea), al tema della mancata determinazione dell'oggetto del contratto (punto 9.1 della sentenza).

Non pare che la soluzione adottata collida col principio evocato delle Sezioni Unite del 2007, sopra richiamato, secondo cui la violazione dei doveri di comportamento non può determinare, in mancanza di indicazioni normative in tal senso, la nullità riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento³⁹. L'approccio seguito in materia di derivati non sconfessa infatti l'impianto ricostruttivo delle sentenze del 2007, giacché allo *swap* non viene associata una nullità «virtuale» per inosservanza di norme imperative — quale è quella contemplata dall'art. 1418, comma 1, c.c. — ma una nullità per mancanza di uno dei requisiti di validità del contratto, secondo la previsione del comma 2 dello stesso articolo.

L'itinerario seguito non è tuttavia privo di insidie.

³⁸ Edita, tra l'altro: in *Resp. civ e prev.*, 2020, II, 1516, con nota di D. BONACCORSI DI PATTI, *La legittimazione a stipulare un contratto di swap e le regole di finanza locale: un'occasione (o un pretesto) per un'indagine nel mondo dei contratti derivati*; in *Giur. it.*, 2020, 2397, con nota di A. TUCCI, *I contratti derivati degli enti locali dopo le Sezioni Unite*; in *Soc.*, 2020, 1116, con nota di A. BARTALENA, *Patologie da derivati: la causa concreta come strumento di tutela dell'investitore «tradito»*.

³⁹ Una perplessità circa l'inquadramento della problematica relativa agli IRS sul piano della validità, avendo proprio riguardo alle sentenze nn. 27624 e 27625 del 2007 è espressa da A. BARTALENA, op. cit., 1125; lo stesso A. sottolinea pure come in uno scenario particolarmente sensibile quale quello dei mercati finanziari, in cui l'esigenza di salvaguardare le posizioni del contraente «debole» devono essere coniugate con quelle della platea dei potenziali investitori ma anche con quelle degli stessi intermediari finanziari, non possa essere trascurato che la sanzione della nullità, con riguardo al contratto-quadro, sia stata disposta per un profilo di contenuto del contratto (in ideale prosecuzione della tutela consumeristica), ma non per una regola di condotta (op. cit., 1130).

Il punto è se la mancata informazione di cui parla la sentenza n. 8770 del 2020 ridondi effettivamente quale indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto contrattuale.

L'oggetto del contratto si identifica con le prestazioni contrattuali e lo *swap* programma dei pagamenti: le parti dello *swap* convengono di scambiarsi flussi di pagamento che sono quantificati sulla base del sottostante, sottostante che nel caso dell'IRS è il tasso di interesse. Ne discende che il contratto di *interest rate swap* ha ad oggetto pagamenti, o se si vuole, flussi di pagamento parametrati al tasso di interesse⁴⁰. Ebbene, la condizione di determinabilità dell'oggetto del contratto è soddisfatta quando sia indicato il parametro di riferimento⁴¹: c'è allora da domandarsi se nel caso dell'IRS la determinabilità dell'oggetto non possa ritenersi integrata dal riferimento, operato dalle parti, a un tasso di interesse mutevole secondo variabili predeterminate (non diversamente — verrebbe da aggiungere — da quanto accade nel contratto di mutuo a tasso variabile).

E tuttavia, una ipotetica esclusione della nullità per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto non dissiperebbe i dubbi sulla validità del contratto. Con riguardo allo *swap* parrebbe infatti cruciale il tema (su cui la sentenza pure si sofferma) della causa: quello della meritevolezza degli interessi sotesi a un contratto carente dell'apporto informativo dell'intermediario, e proprio per questo diverso dal gioco e dalla scommessa non autorizzati, la cui disciplina (art. 1933 c.c.) è inapplicabile, come è noto, alla prestazione dei servizi e attività di investimento, giusta l'art. 23, comma 5, t.u.f.. Tale profilo parrebbe effettivamente in grado di spiegare la ragione per la quale l'IRS non possa non essere corredato di un'adeguata informativa⁴². È solo da aggiungere, in proposito, che quello del-

⁴⁰ Si veda R. NATOLI, *Ancora incertezze su Mark-to-Market e oggetto del contratto di interest rate swap*, in *Soc.*, 2019, 465, secondo cui «poiché le prestazioni che trovano fonte nel contratto di *swap* sono, qual che sia il sottostante, nient'altro che pagamenti, la conseguenza dovrebbe essere che il rischio, indubbiamente congenito al tipo 'contratto derivato', resti fuori dall'oggetto contrattuale: e da qui anche l'irrelevanza, almeno sotto il profilo della (nullità per) indeterminabilità dell'oggetto, della trasparente ovvero opaca indicazione dei criteri per stabilirlo *ex ante*».

⁴¹ Sul punto A. BARTALENA, op. cit., 1128

⁴² Poche battute per chiarire il significato che potrebbe assumere in tale diversa prospettiva il deficit informativo. Sul piano causale il contratto di IRS assolve alla funzione propria della gestione di un rischio finanziario. Se si ritiene che tale gestione del rischio finanziario debba essere informata — e che lo debba essere in quanto il legislatore ha inteso differenziare i derivati dal gioco e dalla scommessa proprio in quanto i primi sono prodotti finanziari negoziati dagli intermediari, tenuti ad agire in modo che il clienti siano «sempre informati» come si esprime l'art. 21, comma 1, lett. b), t.u.f. — può ipotizzarsi che la causa dello *swap* sia necessariamente implementata dal complesso di informazioni che l'intermediario deve procurare: elemento, questo che è invece estraneo a gioco e scommessa; in tal senso, lo *swap*, contratto atipico, in tanto rifletterebbe un interesse meritevole

la meritevolezza dell'interesse è divenuto, nel campo del diritto finanziario, un criterio di centrale rilievo, come testimoniano gli arresti succedutisi negli ultimi anni con riguardo ai prodotti finanziari *4 You*⁴³ e *My Way*⁴⁴, oltre che in tema di derivati con funzione di copertura⁴⁵.

Dunque, pure in materia di *swap* il riferimento a categorie generali evidenzia aspetti problematici e sollecita riflessioni, sebbene si debba dare atto che la diversità degli itinerari ricostruttivi (basati, rispettivamente, sulla indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto e sulla non meritevolezza degli interessi implicati) non si traduca, qui, in una divaricazione degli esiti sul piano pratico.

5. Conclusioni

Sembra, in definitiva, che nella giurisprudenza della Corte di cassazione il tema dell'informazione dell'investitore, che è fondamentale, come si è visto, nell'intermediazione finanziaria, si declini in questioni che nella maggior parte dei casi trovano la loro risposta all'interno del sistema settoriale descritto dal testo unico e dai regolamenti Consob e, in un numero più ristretto di ipotesi, sul piano del diritto generale dei contratti, e quindi su quello descritto delle regole fissate da codice civile. Gli elementi di maggiore incertezza si annidano proprio sui percorsi che coinvolgono quest'ultimo ambito di regolamentazione. Tale risultato è, a ben vedere, del tutto comprensibile. È vero, infatti, che, a rigore, il dubbio giuridico non è propriamente un dubbio, in quanto non avrebbe nemmeno il tempo di nascere in un sistema, quale il nostro, che offre all'interprete metodi auto-integrativi⁴⁶; ma il faticoso lavoro dell'interprete è proprio quello di scandagliare i fondali dell'ordinamento per dar ragione della completezza, dell'autosufficienza dell'ordinamento stesso. In ciò si svela la centralità che ancora oggi riveste la disciplina del codice civile. Il quale, pur mantenendo immutato

di tutela, a norma dell'art. 1322, comma 2, c.c., in quanto esibisca quella dimensione informativa che vale per l'appunto a distinguerlo dal gioco e dalla scommessa (i quali non producono obbligazioni civili, ma il solo effetto della *soluti retentio*, qui però escluso in forza della riserva stabilita dal comma 5 dell'art. 23 t.u.f. i contratti su strumenti finanziari derivati conclusi nell'ambito della prestazione dei servizi e delle attività di investimento).

⁴³ Cass. 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca borsa*, 2016, II, 137, con nota di A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*.

⁴⁴ Cass. 10 novembre 2015, n. 22950.

⁴⁵ Cass. 31 luglio 2017, n. 19103, in *Giur. comm.*, 2018, II, 965, con nota di F. CAPUTO NASSETTI, *Interest rate swap a copertura dell'indebitamento complessivo*.

⁴⁶ N. IRTI, *Dubbio e decisione*, in *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 125.

il suo vigore a dispetto degli ottanta anni di vita, non può essere un dispensatore di certezze assolute: forse perché, come è stato scritto, le disposizioni del codice, formulate in termini generali e trasformate in principi, costituiscono semplicemente una trama di cui l'interprete tesse l'ordito⁴⁷.

⁴⁷ G. ALPA, op. cit., 15.

Mutuo, infedeltà precontrattuale e clausole di c.d. decadenza dal termine

SOMMARIO: 1. I misteri di un recesso per infedeltà del mutuatario nelle trattative ed una pagina di Renato Scognamiglio. – 2. *Idem.* – 3. Le coordinate del problema tra *culpa in contrabendo* (artt. 1112-1 *code civil* e 1337 c.c.), dolo e *MCD*. – 4. Gli enigmi dell'art. 120-*undecies*, comma 3, T.U.B, all'ombra dell'art. 18, § 4, *MCD*, stante il disposto dell'art. 124-*bis.*, con vista sulla *première chambre*. – 5. Specialità e *vis expansiva* di un tipo. – 6. Intermezzo: *lata culpa dolo aequiparatur?*. – 7. Primo movimento: dolo del consumatore ed il problema di una sua tutela contenutistica. – 8. Secondo movimento: reticenza del mutuatario ed il *rebus* di una clausola risolutiva espressa in deroga al diritto (comune) della risoluzione. – 9. Il recesso per dolo quale epifania di una regola generale di un tipo contrattuale orfano (*ex uno latere*) di una *culpa in contrabendo?* – 10. Il recesso per un giusto motivo all'ombra dell'art. 4, § 1 dir. 93/13. – 11. Epilogo: la diversa regola estraibile dal combinato disposto degli artt. 1892, commi 1 e 2 e 1893, comma 1, c.c. – 12. A mo' di postilla.

1. I misteri di un recesso per infedeltà del mutuatario nelle trattative ed una pagina di Renato Scognamiglio

Quaestio: è da reputarsi vessatoria la clausola che, in un contratto di mutuo *b2c*, contempra la decadenza dal termine nel caso di false informazioni, rese *in contrabendo*, dal mutuatario e determinanti per il consenso di un mutuante che, se avesse conosciuto la vera situazione patrimoniale della controparte, non avrebbe concesso il finanziamento oppure non lo avrebbe accordato alle medesime condizioni? Non è un esercizio teorico pensato per aguzzare la mente del giurista: una fattispecie siffatta sta invero monopolizzando l'attenzione degli interpreti francesi a seguito di una recente sentenza, resa dalla *première chambre* della *Cour de cassation*¹, che ha reputato valida la clausola di recesso in tronco dal contratto per reti-

¹ Cass. 1 civ., 20 gennaio 2021, n. 18-24297, in *RDC*, 2021, 86 ss., con nota di CATTALANO, *La clause prévoyant la déchéance du terme sans préavis pour fausses déclarations de l'emprunteur n'est pas*

cenza o falsità informativa del mutuatario. La vicenda, sunteggiando al massimo la narrativa del fatto, ha del paradigmatico: una coppia ottiene un mutuo immobiliare e, sebbene provveda al *regolare pagamento* delle rate, riceve la comunicazione che il contratto era da intendersi come risolto a causa dei *falsi dati* di contabilità patrimoniale che la stessa, in sede di stipula, aveva scientemente fornito alla banca. La pretesa alla restituzione immediata del finanziamento era motivata su di una clausola del contratto, contemplante l'esigibilità anticipata dell'obbligazione restitutoria se si fosse dato il caso di "*renseignements inexacts sur la situation de l'emprunteur*" tali per cui "*ces renseignements étaient nécessaires à la prise de décision du prêteur*". Difesi senza successo nei due gradi di merito, la coppia aveva fatto ricorso in Cassazione eccependo l'abusività di una clausola che la Corte rigetta motivando dalla circostanza che, sebbene la risoluzione fosse avvenuta *senza preavviso* e per una *ragione diversa* da un inadempimento grave *in executivis*, non si davano i presupposti di un significativo squilibrio normativo. Leggiamo, in motivazione, che la clausola, confezionata in maniera chiara e comprensibile, conferiva una legittima facoltà di *résilier* dal contratto posto che non risultava che lo stesso fosse stato sottoscritto *de bonne foi*.

Ora, non si è mai prestata troppa attenzione al contributo di Renato Scognamiglio alla *culpa in contrahendo* vista in rapporto ai vizi del consenso: eppure la sua prosa, asciutta e tersa, è chirurgica. Leggiamo, nella pagina dello Scialoja e Branca, che «non è concepibile una trasgressione a quel dovere [di buona fede] che non si risolva nella causazione di un danno ... [nonché] nella relativa assunzione di responsabilità (nei confronti dell'altro trattante)»². E poi, in nota, la chiosa nitida a spiegare che «questa sola è la sanzione della violazione del dovere precontrattuale di buona fede» *salvo* che la legge, e qui sta il punto, non provveda però a *disporre diversamente*. L'elenco, che in forma parentetica il Maestro svolge, è di un'evidenza autoespressiva: la «validità del contratto di cui all'art. 1426, l'annullamento e il potere di recesso di cui agli artt. 1892 e 1893, la risolubilità della vendita di cosa altrui ai sensi dell'art. 1479 ecc.»³. L'avverbio qui, chiosiamo a nostra volta, non serve soltanto ad abbreviare un'enumerazione, semmai introduce scopertamente ad un problema che, si converrà, è in perfetta sintonia con la *quaestio* posta.

nécessairement une clause abusive. La sentenza si legge in *D.*, 2021, 132. Una disamina critica, al tempo stesso pungente e stimolante, è in H. BARBIER, *Le point sur les sanctions du devoir de bonne foi de l'article 1104 du code civil*, in *RTDCiv.*, 2021, 394 ss., mentre più di maniera sono le notazioni che si incontrano in LEGEAIS, *Obs.*, in *RTD com.*, 2021, 170.

² *Contratti in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1970, 211.

³ *Op. loc. ult. cit.*

2. *Idem*

Sic stantibus rebus, premesso che, in sede di commento alla *première chambre*, si è ampiamente dibattuto sul modo in cui la *Cour de cassation* ha provveduto ad articolare il sindacato di accertamento della vessatorietà⁴, non è mancato chi ha salutato questo arresto come una *novitas* in quanto, leggendo in filigrana la decisione, trasparirebbe il tentativo della Cassazione di imbastire, in seno al controllo contenutistico, uno statuto differenziato per le c.d. *clauses de sanction*. Stando a questa impostazione, l'idea sarebbe quella che, quando si faccia questione di un rimedio che intende punire una condotta illegale del consumatore, siccome la clausola qui vestirà sempre i panni di una *riposte*, l'abusività sarebbe principalmente da parametrare «à l'aune du comportement qu'elle entend sanctionner»⁵. In breve, la *bona fides in contrabendo*, quale regola di condotta comune alle parti del rapporto, senz'altro impone al professionista di confezionare la clausola in modo tale da non creare un *laisser-croire*, cioè l'apparenza di un'insindacabilità giudiziale dei motivi fondanti la decadenza dal termine: neanche però può impedirsi al professionista di congegnare un dispositivo di tutela che meglio neutralizzi il danno causato da una condotta mentitoria.

Sullo sfondo si intravede così il disposto dell'art. 1304-5 del *code civil*, cioè una norma pressoché gemella del nostro art. 1186 c.c., se rammentiamo che l'esigibilità anticipata è, in entrambi i luoghi, l'effetto di un debitore che abbia diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva dato o che non abbia prestato le garanzie promesse. Ebbene, pur se è esatto che una clausola espressa di decadenza intende reagire ad uno squilibrio patrimoniale in danno del creditore, tecnicamente passa una *netta differenza* tra il caso del debitore che abbia mentito e quello che le due disposizioni citate eleggono a presupposto perché il creditore possa subito richiedere il pagamento dell'intera somma che residua. Non a caso, pure nella prassi bancaria italiana, la rilevazione di una documentazione falsa o contraffatta, presentata dal mutuatario al fine di ottenere la concessione del prestito, figura, quale trasgressione al dovere di lealtà, come una causa autonoma di

⁴ Calandolo nel contesto di un dibattito, largamente sperimentato nell'esperienza francese, sul grado di gravità del comportamento innescante la risoluzione: quel che, secondo una formula invalsa nell'uso, si chiama *l'intensité du comportement reproché*. V., da ultimo, a commento di due decisioni di segno contrapposto della *chambre comm.* della *Cour de cassation*, DOURNAUX, *L'appréciation due bien-fondé de la résolution unilatérale*, in *RDC*, 2021, 8 ss. Per altro, i due classici che si leggono profittevolmente sono da un lato STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Paris, 2000, spec. n. 252 ss. e, dall'altro, GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, 2007, 206 ss.

⁵ Così CATTALANO, *La clause prévoyant la déchéance*, cit. 86.

recesso. Che non sia allora il caso, continuando a meditare insieme al Maestro, di riflettere più distesamente sull'*an* ed il *quomodo* di un'incursione pattizia, in un'area normativamente presidiata da una tutela risarcitoria, che tangenzialmente intercetterebbe pure l'art. 1, comma 1, lett. *f*), del D.d.l. S. 1151/2019⁶ Come si sa, nel luogo citato, era stato delegato al Governo, sul modello dell'art. 1112-1 del *Code civil*, una riscrittura dell'art. 1337 c.c. contemplante il prevedere, nel corso delle trattative, "che la parte che sia a conoscenza di una informazione di *rilievo determinante* per il consenso" fosse "inderogabilmente tenuta a comunicarla all'altra parte quando questa la ignori ..."⁷. Se non fosse che tutta la *vexata quaestio*, sull'utilità di una previsione testuale dedicata alla reticenza prenegoziale, a noi qui interessa di sbieco per la ragione che ci preme in realtà piuttosto chiarire *se*, quando si dia un caso di responsabilità della parte reticente, sia ammissibile, in sostituzione di una monetizzazione del danno, servirsi di una rimedialità in forma specifica⁸.

3. Le coordinate del problema tra *culpa in contrahendo* (artt. 1112-1 *code civil* e 1337 c.c.), dolo e *MCD*

Visto come la pagina di Renato Scognamiglio srotola il trattamento di un'infedeltà precontrattuale che può mostrarsi corredata di uno *statuto plurimo*, il dire della *Cour de cassation* è alquanto stimolante per l'interprete italiano. Statuendo infatti che questo recesso *non* è abusivo, la Corte legittima un *inasprimento* contrattuale della *sanzione* contro il contraente disonesto, resosi responsabile di una violazione fraudolenta dell'obbligo di buona fede. Tecnicamente, e lo vedremo, non c'è soltanto una Corte che legalizza il recesso quale *rimedio* contro una stipula del contratto in malafede: se si dà per esperibile un recesso in autotutela, il mutuante è esonerato da un'azione di annullamento e da una *culpa in contrahendo* che, in un sistema nel quale è stato introdotto l'art. 1112-1 del *code civil*, bascula tra una natura aquiliana ed una c.d. contrattuale in ragione dei doveri speciali di informazione gravanti sul banchiere quale operatore qualificato.

⁶ Sul quale v., in luogo di tanti, C. SCOGNAMIGLIO, *Vizi del consenso*, in *Enc. dir. I. tematici. I, Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, 2021, 1180 ss.

⁷ V., per un primo commento, v. M. DE POLI, *La reticenza prenegoziale*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, a cura di V. Cuffaro e A. Gentili, Milano, 2021, 582.

⁸ Pur se non decisivo, di quella bozza di articolato può tornare semmai utile il passo della Relazione ove viene ricordato che la "delimitazione dell'oggetto della reticenza alle "informazioni di rilievo" è un criterio direttivo "dettato per il legislatore delegato onde evitare che possa reputarsi fonte di responsabilità l'omissione di *qualsiasi* informazione" (c. vo aggiunto).

La clausola di decadenza dal termine profila così un itinerario che va dritto al cuore di un ragionare per concetti o categorie sistematizzanti: ridotta all'essenziale, la disputa francese pone infatti l'interrogativo, condiviso in realtà dall'interprete italiano⁹, se possa sciogliersi un contratto, a causa della malafede *in contrabendo* della controparte, senza invocare un vizio del consenso. Le belle pagine della Fabre-Magnan sono, a tal riguardo¹⁰, istruttive di come la malafede, se non si dà una *fattispecie di legge*, non può venire travestita, se non in certi contratti, da causa di inadempimento di un obbligo di lealtà nelle trattative. Fedele ad un metodo tipizzante, proviamo a dirlo così, si avverte nitidamente in quelle pagine la tensione per il tracciare un distinguo netto tra una reticenza che, ai sensi del nuovo art. 1137 del *Code civil*, invaliderebbe, e la violazione, secondo la lettera dell'art. 1112-1, di un dovere generale di informazione precontrattuale: soltanto una *dissimulation intentionnelle*, cioè fraudolenta, di un'informazione determinante integra, leggiamo, il *dolo*. L'inesattezza dell'informazione, si prosegue, senza un'intenzionalità decettiva, importa, per contro, soltanto una «*allocation de dommages-intérêts*»¹¹. È, alle corte e detto diversamente, la consacrazione di quella distinzione funzionale tra regole di validità e di responsabilità alla quale è sottesa la deduzione che, laddove non siano applicabili le prime, scatta il soccorso delle altre.

Orbene, se si volge lo sguardo al *côté* italiano, in quella che è la sua ricapitolazione odierna più attenta¹², il dato costruttivo emergente non batte, nelle sue premesse basiche, delle coordinate così distanti o divergenti. Sul presupposto di un obbligo di buona fede, che antecede ed è indipendente dal fascio di quegli obblighi che involgeranno le prestazioni contrattuali¹³, la violazione (dell'obbligo) e la sua decettività vengono infatti pur sempre rappresentate, nell'economia dell'art. 1337 c.c., come due vicende distinte che *possono* incrociarsi ma senza che la prima implichi *necessariamente* la seconda. Tra le due vicende passa una *separatezza* che, com'è intuitivo, non rampolla soltanto dalla (ovvia) constatazione per cui l'omissione o l'inesattezza informativa possono venire occasionate da una negligenza: vero piuttosto è che una dissimulazione informativa rileva pure quando, sebbene non sia stata pre-costruita dal legislatore, quell'informazione

⁹ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011², 730.

¹⁰ V. DROIT DES OBLIGATIONS, 2019⁵, I, PUF, n. 512.

¹¹ COSÌ FABRE-MAGNAN, *op. ult. cit.* 393.

¹² V. A. ALBANESE, *Responsabilità precontrattuale*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, Napoli, 2018, III, 1695 ss.

¹³ Il rinvio, va da sé, è alla fondamentale pagina di C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, II, 329 ss.

abbia a risultare *determinante* per il consenso della controparte. Il che, operativamente, comporta che una dissimulazione informativa può darsi senza dover provare l'esistenza di uno (specifico) obbligo legale, che sia stato disatteso, per il coevo sussistere di un dovere (non tipizzato) di informazione scaturente da quell'obbligo di lealtà tra due soggetti che l'art. 1337 c.c. pone¹⁴. Il combinato disposto del primo e secondo comma dell'art. 120-*undecies* T.U.B. codifica, è esatto, un obbligo legale di *disclosure*: ma, non a caso, anziché l'oggetto sul quale l'informazione deve cadere, il legislatore derivato ha tipizzato gli *attributi* che le informazioni, sulla situazione economica e finanziaria del consumatore, hanno da mettere in mostra ("necessarie e sufficienti, proporzionate e opportunamente verificate"). Quel che si tratta di appurare è perciò quanto l'art. 18 della MCD, cioè l'antecedente del 120-*undecies*, impatti su quell'art. 1337 c.c. che, in luogo di una *regola di responsabilità*, formalizza un obbligo vicendevole di buona fede, «la cui violazione», se da un lato «non può che ricadere nella disciplina generale in tema di inadempimento»¹⁵, è dall'altro tutto invece da appurare se contempli un rimedio di *self enforcement* del finanziatore. Quando, con più di un costrutto, si scrive che l'art. 18 unionale codifica una regola immunizzante da responsabilità il mutuante «esclusivamente» nel caso di un comportamento decettivo del consumatore, che sia idoneo va da sé a sviare la discrezionalità tecnica dalla sua funzione¹⁶, non ci sembra che venga estratta dalla norma tutta la cifra strategica che le è consustanziale. Il mutuatario *deceptor*, che l'art. 18, comma 4, stilizza tanto come autore di un *comportamento attivo* che di una *reticenza*¹⁷, ruota in-

¹⁴ C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 72 ss.

¹⁵ Così A. ALBANESE, *Responsabilità precontrattuale*, cit. 1710 e 1709 (ove il rilievo che, nella trama dell'art. 1337 c.c., è decisivo «non l'oggetto dell'obbligo, ma la sua preesistenza rispetto al danno»).

¹⁶ Così R. DI RAIMO, *Accesso al credito e valutazione del merito creditizio*, in G. CONTE (a cura di), *Arbitro bancario e finanziario*, Milano, 2021, 218.

¹⁷ E, da questo punto di vista, l'art. 120-*undecies*, comma 3, T.U.B., come vedremo è univoco: una delle forme di dolo è l'aver "intenzionalmente omesso". Dopo di che, e qui si aprirebbe una via di fuga corposa, è vero che l'art. 120-*undecies*, comma 3, non si giova dell'apporto sistematico che assiste l'art. L. 313-17 *cod. consum.* il cui tenore, "des informations essentielles à la conclusion du contrat ont été *sciemment dissimulées* ou *falsifiées* par l'emprunteur", è in simbiosi con un art. 1137 *code civil* che, se al primo comma, riproduce l'equiparazione tra dolo e *manouvres* o *mensonges*, al comma 2 recita che "*constitue également un dol* la condotta reticente (*dissimulation intentionnelle*). Detto diversamente, mentre l'articolato francese, nel suo complesso, legalizza una *nozione ancipite* di dolo, il nostro art. 120-*undecies*, comma 3, è, e ci torneremo nell'ultimo paragrafo, tutt'altro che in asse con il disposto di quell'art. 1439 c.c. pur sempre tarato su dei *raggiri* implicanti l'evocazione di una condotta positiva che, secondo la formula stereotipata ormai di comune uso, sia tale da modificare la percezione della realtà nutrita dalla controparte.

vero attorno ad una simulazione del falso senza la quale un affidamento frustrato sulla veridicità e completezza dell'informazione è asfissiato. Nella tela intrecciata del credito consumeristico è infatti discacciata l'idea, albergante invece nell'area del rapporto assicurativo (artt. 1892-1893 c.c.), che il finanziatore *non risponde* per situazioni sottoposte alla sfera di dominio *seu* di controllo del mutuatario.

4. Gli enigmi dell'art. 120-*undecies*, comma 3, T.U.B, all'ombra dell'art. 18, § 4, *MCD*, stante il disposto dell'art. 124-*bis.*, con vista sulla *première chambre*

Chi, per tranciare di netto il discorso, volesse obbiettare che una situazione simile non è prospettabile *tel quel* nel nostro ordinamento, cadrebbe tosto preda di un'illusione ottica. Vero, infatti, è che l'art. 120 *undecies*, comma 3, t.u.b., se da un lato vieta al finanziatore di risolvere il contratto o di modificarlo unilateralmente, ai sensi dell'art. 118, quando la valutazione del merito creditizio sia stata condotta scorrettamente, dall'altro fa salvo il caso in cui il consumatore abbia *intenzionalmente* omesso di rendere informazioni complete oppure abbia fornito delle informazioni false: se non fosse che, in un panorama nel quale si è soliti eleggere a *norma generale* l'art. 124-*bis*, rimane aperta la questione se l'art. 120 *undecies*, comma 3, configuri una norma *a fattispecie esclusiva*, di talché sarebbe di tassativa pertinenza dei mutui immobiliari *b2c*; una norma *soggettivamente speciale*, con il risultato che includerebbe però nel suo perimetro tutta l'area dei mutui *b2c*, oppure una norma *propria* del tipo contrattuale, diventando così una regola *transtipica* che, in quanto legata al *tipo* di operazione economica, non differenzia in ragione dello *status* soggettivo del mutuatario¹⁸. Al netto di chi sagacemente nota che il rapporto *regola ec-*

¹⁸ Abbiamo affrontato la questione in S. PAGLIANTINI, *I nuovi luoghi di una parte generale del contratto e la Cattedrale dei contratti bancari*, in *Contratti*, 2018, 253. Dopo di che, nel dibattito dottrinale che si è nel frattempo formato, non è mancato chi ha evidenziato come la disposizione «importante sul piano della struttura rimediabile, ... resta tuttavia a metà strada» (così DOLMETTA, *Merito del credito e procedure di sovraindebitamento*, in *Fall.*, 2021, 1208, nt. 7), mentre L. ALBANESE, *La valutazione sul merito creditizio e l'inadempimento del consumatore nei contratti di credito immobiliare. Profili di responsabilità e cortocircuiti normativi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 2010 ha preferito mettere in risalto come la sanzione indiretta dell'irrisolvibilità «non è orientata ad evitare al debitore le conseguenze pregiudizievoli di una concessione di credito irresponsabile, quanto piuttosto ad evitare che l'intermediario tragga ulteriore vantaggio dalla sua erronea valutazione sul consumatore». Per un quadro ricognitivo v. R. GRASSO, *sub art. 120-undecies*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, Tomo III, Milano, 2018³, 2017 ss., spec. 2040.

cezione «appare [qui] decisamente scolorito»¹⁹, la dottrina che maneggia questo terzo comma, dopo aver evidenziato che riproduce giust'appunto il comma 4 dell'art. 18 della MCD²⁰, per lo più sottolinea come, al cospetto di un mutuante infedele, la regola europea ha privilegiato strumenti di tutela conservativa in luogo di rimedi demolitori²¹: il che, pur se esatto, esprime però un punto di vista concentrato sulla situazione di *vantaggio* riservata al consumatore che non si vede mutate le condizioni contrattuali o revocato il finanziamento per un fatto imputabile al finanziatore. Anche il distinguo marcato da chi evidenzia che l'art. 120-*undecies*, comma 3, è stato pensato non per il caso del prestito irresponsabile quanto e piuttosto rispetto alla fattispecie del mutuante negligente che poi scopre l'errore nel quale sia incorso, se per verso suggerisce una lettura minimalista della disposizione²², per l'altro pur sempre enfatizza il momento di un'*autoresponsabilità* imputante il rischio della sconvenienza a chi ne sia l'artefice: è sempre infatti dalle parti di un consumatore, che merita tutela, che si rimane sul presupposto che l'irrisolvibilità postuli l'esistenza di un contratto (immodificabile) comunque *valido*²³. Dopo di che, pure a ritenere plausibile l'idea di una disposizione a fattispecie esclusiva, propria perciò soltanto della *sottoclasse* dei finanziamenti *b2c* garantiti da ipoteca (art. 120-*quinquies*)²⁴, non è che il ventaglio degli interrogativi suscitati dall'art. 120-*undecies*, comma 3, svaporerebbe d'incanto, potendosene censire almeno altri *due*. Premesso infatti

¹⁹ Così R. DI RAIMO, *Accesso al credito e valutazione del merito creditizio*, cit. 217.

²⁰ E, prima ancora, il recitativo di quel considerando 58 della direttiva 2014/17/UE statuente che gli Stati membri “dovrebbero assicurare che i creditori non possano risolvere un contratto di credito a motivo del fatto che, dopo la firma del contratto stesso, si sono resi conto che la valutazione del merito di credito era stata condotta scorrettamente a causa di informazioni incomplete all'epoca della valutazione. Ciò non dovrebbe comunque pregiudicare la possibilità per gli Stati membri di consentire ai creditori di risolvere il contratto di credito laddove si accerti che il consumatore ha fornito *deliberatamente informazioni imprecise o false* all'epoca della valutazione ovvero non ha intenzionalmente fornito informazioni che avrebbero portato a una *valutazione negativa* o laddove sussistano altre ragioni valide compatibili con il diritto dell'Unione”.

²¹ V. E. PELLECCIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla contrattazione con l'insolvente*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2014, p. 1112 e, nel suo solco, M. FRANCHI, *Il ruolo del merito creditizio nella rinnovata disciplina in tema di composizione della crisi da sovraindebitamento: la chiusura di un cerchio?* in *Riv. dir. banc.*, 2021, 519.

²² V. T. RUSSO, *Valutazione ingannevole del merito creditizio e intervento perequativo del giudice nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Contr. impr.*, 2020, 1508, nt. 40.

²³ V. G. FALCONE, *'Prestito responsabile' e valutazione del merito creditizio*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 164.

²⁴ Il che, pur se esplicitiamo l'ovvio, implica ritenere che l'art. 124-*bis* è da catalogare come la *norma* reggente la *classe generale* dei contratti di credito *b2c*.

che, rispetto al disposto dell'art. 124-*bis*, l'art. 20-*undecies*, comma 3, formalizza un trattamento di *maggior rigore*, occorre domandarsi

- *primo*, la fattispecie del consumatore reticente introduce ai soli rimedi ivi citati o legittima pure l'istituto di credito ad un annullamento ai sensi dell'art. 1439 c.c.? Potrebbe infatti sostenersi che, ad imitazione di quanto vale per gli artt. 1482, 1483 e 1489 c.c., la reticenza ingannevole del mutuatario assicura al finanziatore *deceptus* una protezione *ad hoc* munita di un rapporto di specialità rispetto allo statuto generale del dolo omissivo. Tecnicamente, e qui sta il punto, potremmo perciò sostenere che siamo dalle parti della violazione di un obbligo informativo che beneficia, in questo caso, di una *tutela speciale* che non si affianca quanto e piuttosto è sostitutiva, *subentrando* tanto all'art. 1337 che all'art. 1439 c.c.²⁵;
- *secondo*, l'irrisolubilità del mutuo che vira in una risolvibilità, allorché la sconvenienza economica del mutuo rampolli da un'infedeltà decettiva del consumatore, a quale forma di risoluzione dà titolo?

Come può notarsi, non si tratta perciò soltanto di appurare se il modello sia quello di una giurisdizionalità retta dall'art. 1453 c.c. ovvero di una stragiudizialità quanto e piuttosto di verificare, *se* una *stragiudizialità* fosse quella che il legislatore ha qui contemplato, a quale *species* (di questa) la disparità di potere contrattuale dia ingresso. Con il che, però, il quesito dal quale si è preso le mosse, si può risolvere un contratto per dolo?, mostra tutta la sua pregnanza in quanto la *Cour de cassation* si è trovata a sbrogliare una matassa punteggiata da troppi nodi, *molti* dei quali, *anche* nel nostro contesto ordinamentale, risultano di incerta decifrazione. Nell'ordine, quando non possa contarsi sull'usbergo della *MCD*, ha da chiarirsi subito,

- *primo*, un recesso dal contratto per una *mala fides in contrabendo* è fattispecie ben diversa da una risoluzione «*pour un manquement à la bonne foi*» che si consuma *in executivis*. A darlo per ammissibile, è innegabile che questo recesso bypasserà, torniamo a ripeterlo, tanto le regole sui vizi del consenso che quelle sull'obbligo di informazione;
- *secondo*, una clausola risolutiva, per una infedeltà nelle trattative, è congegnata scartando una messa in mora del debitore e senza preavviso. Ebbene, vero

²⁵ Come, *assorbendola*, subentra alla disciplina sulla *culpa in contrabendo*, l'art. 1490, comma 2, c.c., ai sensi del quale il patto di esonera dalla garanzia per vizi materiali è colpito dalla *nullità* quando il venditore li abbia in malafede taciuti. Posto che, nell'economia di questa disposizione, vuole sanzionarsi la condotta reticente del venditore, che a sua volta vorrebbe trarre delle utilità dalla clausola di affrancamento nonostante sia ben consapevole dell'imperfezione della *res* compravenduta, ci parrebbe plausibile sostenere che la sanzione della nullità, in quanto messa a presidio dell'interesse del compratore a ricevere un bene conforme a quanto convenuto, *fa da sé* monopolizzando il piano della tutela.

- è che qui non c'è ragione di ammettere ad un adempimento tardivo perché la causa dell'esigibilità anticipata non consiste in un *ritardo* nel pagamento delle rate. E tuttavia, nella misura in cui il precedente di *Banco Primus* subordina l'abusività di siffatte clausole all'inesistenza di "mezzi adeguati" perché il consumatore possa ovviare ad un'immediata esigibilità dell'obbligazione restitutoria²⁶, potrebbe reputarsi opportuno il medio di un preavviso che metta il debitore nella condizione di organizzarsi per fare fronte alla pretesa del mutuante;
- *terzo*, se il recesso qui opera in tronco, in quanto non c'è motivo di garantire al mutuatario un'ultima *chance* per ovviare alla sanzione, è pure vero che le infedeltà informative *non* sono tutte *eguali*. All'argomento che un preavviso sia scartabile perché il mutuante sospetta che, se il mutuatario ha mentito una volta, potrebbe mentire *di nuovo* al deliberato scopo di meglio «*organiser son insolvabilité*»²⁷, può replicarsi che l'omissione informativa, anziché decettiva, potrebbe risultare *colposa*, di talché un preavviso potrebbe qui rivelarsi utile in vista di un ravvedimento operoso. Al netto di quanto recita l'art. 120 *undecies*, comma 3, se il mutuatario ha infatti reso dei dati inesatti senza l'intenzione di frodare il finanziatore, una decadenza dal termine senza preavviso ha tutta l'aria d'essere un rimedio *sproporzionato* che spoglia il debitore di quei mezzi adeguati che *Banco Primus* ha pur sempre legalizzato, dicevamo, quali strumenti controbilanciati una slealtà nella potestà risolutoria del professionista;
 - *quarto*, la legittimità del recesso qui ha ben poco a che spartire con la trasparenza della clausola che venga a contemplarlo. Vero, infatti, è che un'opacità della pattuizione potrebbe chiamare in causa un difetto del consenso all'atto della sottoscrizione. E tuttavia non è che una *clausola trasparente* renda di per sé intangibile la facoltà che il professionista si è *autoconferito*. Quel che infatti si tratta nella specie di appurare è se, nel potere di predisposizione unilaterale del contratto, può ricomprendersi pure una facoltà del professionista di sanzionare la malafede precontrattuale del mutuatario con un recesso;
 - *quinto*, dopo di che, formalmente l'art. 1226 del *Code civil* legittima il creditore a risolvere il contratto a «*à ses risques et périls*», con un processo qui trasformato in una subordinata eventuale legata ad una contestazione sulla fondatezza della pretesa risolutoria opposta stragiudizialmente. Il che, ove

²⁶ C. giust. Ue, 26 gennaio 2017, causa C-421/14. Per chi lo volesse, abbiamo esaminato il decalogo di *Banco Primus* in S. PAGLIANTINI, *Blue pencil test, vessatorietà e contratti b2c: cronache parigine sulla stragiudizialità risolutoria (e dintorni)*, in *Scritti in onore di Bruno Sassani*, in corso di stampa.

²⁷ COSÌ CATTALANO, *La clause prévoyant la déchéance*, cit. 91.

il recesso dovesse rivelarsi infondato, suppone una sentenza contenente l'accertamento dell'inesistenza dei presupposti legittimanti l'effetto risolutivo. Ora, nell'idea di un giudice chiamato a *constater* che i presupposti per una risoluzione unilaterale "*sont bien réunies*", non si fa largo il dubbio che una tutela *a valle* smorzi o diminuisca il livello di tutela del consumatore.

5. Specialità e *vis expansiva* di un tipo

Tanti, dunque, se si riannodano le fila del discorso, i dubbi, con uno però che non si fa largo: almeno nel perimetro presidiato dall'art. 120 *undecies*, comma 3, se il consumatore, in pendenza del procedimento di verifica del merito creditizio, recede *ad nutum* dalla trattativa, non incorre in una *culpa in contrahendo*. Il considerando 58 è, al riguardo, stentoreo: "non sarebbe opportuno applicare sanzioni a un consumatore che ... decidesse di interrompere la procedura di ottenimento di un credito". Che allora, applicando il principio per cui *specialia generalibus derogant*, debba pensarsi ad un diritto dei rapporti bancari asimmetrici che, se da un lato fa *eccezione* tanto al diritto comune dei vizi del consenso quanto a quello della risoluzione, mostra lo stigma di una *regola generale* imposta dal principio cardinale di una sana e prudente gestione dell'attività creditizia? Sunteggiando al massimo il discorso, è pur sempre infatti ad una *specialità settoriale* che si pensa quando viene evidenziato che l'*adattamento contrattuale* della sanzione per una malafede precontrattuale non può *essaimer*, letteralmente sciamare²⁸, fuori dal perimetro dei rapporti bancari. La questione conserva, per altro, un che di ascoso: facendone infatti una questione di *limiti* alla settorialità, potrebbe sostenersi, come pure si è fatto, che la specialità non può derogare al diritto comune fino al punto di tradire la «*nature même d'un mécanisme déterminé par ce dernier*»²⁹. È un rilievo, questo, al quale verrebbe tuttavia facile replicare che, nell'ambito di taluni tipi contrattuali, nei quali sia dominante l'elemento fiduciario e della lealtà, la malafede può ergersi, al cospetto di un determinato contesto circostanziale, a causa di una *stragiudizialità risolutoria*. La carica decessiva della malafede altera invero il rispetto dei criteri prudenziali governanti l'attribuzione della classe di rischio del mutuatario. Il parallelismo con l'art. 1723 c.c., cioè con una revocabilità del mandato per *giusta causa*, ci sembra allora che potrebbe restituire un'immagine archetipica provvista di una sua potenza unitiva in quanto espressiva del modo in cui ha da essere una tecnica reagente

²⁸ È così che ragiona H. BARBIER, *Le point sur les sanctions du devoir de bonne foi*, cit. 397.

²⁹ Così H. BARBIER, *op. ult. cit.* 397.

al darsi di comportamenti frodatori *atipici*. È vero che, pur quando sussistono i presupposti per promuovere l'azione di annullamento, niente osta a che, pur al di fuori del caso di un dolo incidente, il *deceptus* faccia valere la lesione della propria volontà negoziale: ma non si riesce a comprendere quale *convenienza*, in un contesto di macchinazione, il finanziatore avrebbe ad esperire soltanto un'azione risarcitoria che non rimuoverebbe la perdita patrimoniale subita. Anche l'argomento che volesse trarsi dalla circostanza che una contraffazione delle risultanze bancarie introduce ad una falsità documentale corrispondente sul piano civilistico alla fattispecie penale della truffa sarebbe spuntato: il dolo costitutivo del delitto di truffa non è diverso, osserva la Cassazione, da quello che vizia il consenso. *Ergo*, con un mutuo che rimarrebbe annullabile, il finanziatore pur sempre si troverebbe a dover battere la via di una domanda costitutiva nonostante sia invece di un altro tipo la situazione potestativa anelata³⁰.

6. Intermezzo: *lata culpa dolo aequiparatur?*

C'è, in realtà, una trama, punteggiata da diverse evidenze normative, che si sta facendo largo nel contesto ordinamentale italiano: una valutazione alla stregua dell'art. 120-*undecies* la troviamo infatti inoculata, con riguardo al piano del consumatore, in quell'art. 7, comma 2, lett. d-*ter*, della l. 3/2012, come riformato dalla l. 176/2020, che lo reputa *inammissibile* quando il debitore “ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode” e, con riferimento all'accordo, quando risulta che il debitore abbia commesso “atti diretti a frodare le ragioni dei creditori”³¹. Dopo di che, per un art. 12 recitante di un giudi-

³⁰ Non c'è infatti qui un finanziatore che abbia interesse ad una sentenza il cui oggetto sia il rapporto «così come modificato (se ... di accoglimento), o come “non modificato né modificabile (se ... di rigetto nel merito)»: così C. CONSOLO, *Contratto e processo*, in *Enc. dir. I. tematici. I, Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, 2021, 400.

³¹ A sua volta, se l'art. 69 CCII prevede che “il consumatore non può accedere alla procedura disciplinata in questa sezione se ... ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode”, il successivo art. 77 CCII, rubricato “inammissibilità della domanda di concordato minore”, prevede quale causa ostativa all'accesso alla ristrutturazione concordataria del sovraindebitato la circostanza che “risultano commessi atti diretti a frodare le ragioni dei creditori”. L'antecedente eponimo di queste norme è, risaputamente, l'art. 173 l. fall., ai sensi del quale, in sede di concordato preventivo, è punita la condotta del debitore che abbia occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode”. Nel disposto (riformato) dell'art. 282, comma 2, CCII è d'altro canto statuito che “l'esdebitazione non opera nelle ipotesi previste dall'articolo 280 nonché nelle ipotesi in cui il debitore ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode”.

ce che, nel fissare l'udienza per la omologazione del piano del consumatore, deve verificare "l'assenza di atti in frode ai creditori", c'è un art. 14 *quinquies* che, per l'ammissione alla liquidazione dei beni, continua testualmente a prevedere che tale provvedimento ammissivo possa adottarsi solo una volta verificata "l'assenza di atti in frode ai creditori negli ultimi cinque anni". C'è insomma, nell'impianto riformato della l. 3/2012, una verifica in ordine alla *frode del debitore* che, con tutta probabilità, si è voluto sottolineare essere una *condizione di inammissibilità* rilevabile in qualunque stato del procedimento, non solo quindi in sede di omologazione del piano. Se rammentiamo che al comma 2 l'art. 69 del CCII codifica, nei riguardi del creditore che abbia violato i principi dell'art. 124-*bis* T.U.B., tanto una preclusione (ancorché sia dissenziente) che un divieto³², si intravede quale sia la sagoma di una responsabilità che il legislatore mette in forma dilatandola nuovamente fino a cause di inammissibilità "che non derivino da comportamenti dolosi del debitore".

Qui, per altro, già si verrebbe ad affacciare una questione, non di piccolo cabotaggio, che tornerà verso la fine di questo studio: nel corpo dell'art. 7, comma 2, lett. d-*ter*, colpa grave, malafede o frode del debitore pari sono, all'insegna di un'assimilazione che testualmente non ritorna in un art. 120-*undecies*, comma 3, impostato su di un'intenzionalità che non parrebbe istituire alcuna correlazione tra le figure del dolo e della colpa grave. È evidente quale sia il problema: se infatti dovessimo muovere dall'idea che l'esistenza di singole disposizioni istituenti un'identità di trattamento tra dolo e colpa grave non implica l'esistenza di un *principio di equiparazione* tra le due, *nulla quaestio*: una contingente assimilazione non comporta che, se il dolo è assoggettato ad una disciplina, debba esserlo pure la colpa grave. Tutt'al contrario se fosse vero l'assunto di un'equiparazione: l'art. 120-*undecies*, comma 3, sarebbe da intendersi viceversa come una norma affetta da una *lacuna* in senso tecnico, da colmarsi con il ricorso al suddetto principio perché un completamento andrebbe esattamente ad emendare una lacunosità che sarebbe propria di tutte le norme che recitano soltanto di dolo.

Dal particolare, così stando le cose, si sta perciò risalendo, diremmo, al generale.

7 Primo movimento: dolo del consumatore ed il problema di una sua tutela contenutistica

Dopo di che, tornando in terra di Francia, di passata notiamo che, nella strategia difensiva della coppia, compare pure l'argomento che la malafede del

³² L'una, come si sa, a presentare opposizione o reclamo in sede di omologa al piano del consumatore e l'altro a far valere, come osserviamo nel testo, cause di inammissibilità.

consumatore non sarebbe comunque ostativa all'operare della direttiva 93/13. Ora, siccome la Corte ha reputato valida la clausola, a cascata è caduto pure il presupposto per appurare se davvero la violazione del dovere di buona fede non privi il consumatore, che abbia agito con dolo, del diritto a beneficiare della protezione contro le clausole abusive. Vien facile comprendere però quanto il quesito avrebbe meritato un supplemento di riflessione considerando che il dispositivo di *X Bank SA*³³, se lo si passa al setaccio, non rischiarla la questione. In effetti, il principio di diritto reso dalla Corte è, a tutta prima, sparigliante: l'obbligo del giudice di rilevare officiosamente l'abusività di una clausola non dipende dalla precondizione di un'ignoranza scusabile del consumatore perché opera quantunque sia stata accertata la di lui negligenza durante la stipula del contratto. Nella specie, di quattro mutuatari, soltanto uno aveva sottoscritto il contratto senza tuttavia prima leggerlo, un altro l'aveva letto successivamente ma senza comprenderlo ed i due rimanenti non lo avevano mai scorso. Appurato, perciò, che nessuno dei mutuatari meritava la qualifica di consumatore medio, colpisce il fatto che tutto il dire della Corte si sostanzia, leggiamo, nell'evidenziare come la 93/13 rappresenti un luogo normativo nel quale è protetto ogni consumatore e non soltanto colui che possa etichettarsi a guisa di un "*consommateur... normalement informé et raisonnablement attentif et avisé*" (§ 33). Decisione additiva di segno marcatamente espansivo, *X Bank S.A.* soltanto in apparenza, lo si sarà intuito, è un arresto che può tornarci utile: anziché di un errore inescusabile qui stiamo infatti facendo questione di un *dolo*. Ora, pur ad ammettere che una vesatorietà sia prospettabile anche nel caso di una negligenza grave, pensare che la tutela si ramifichi persino al caso di una reticenza oppure di una falsificazione potrebbe, ci sembra, suonare distonico. Nel combinato disposto del primo e del secondo comma dell'art. 120-*undecies* non campeggia infatti soltanto l'obbligo del professionista di valutare il merito creditizio sulla scorta di informazioni, sulla solvibilità del consumatore, ad un tempo, secondo l'etichetta normativa, *necessarie e sufficienti*, dicevamo, nonché *proporzionate ed opportunamente verificate*. Un obbligo informativo *di legge*, se si scorre contemporaneamente quell'art. 120 *novies* recitante di un contenuto minimo del PIES inclusivo *sub a)* delle informazioni ed evidenze documentali che il finanziato "deve" fornire ai sensi del primo comma dell'art. 120 *undecies* t.u.b., è pure a carico del consumatore, con semmai il concomitante onere per il finanziatore di domandargli ulteriori chiarimenti sulle informazioni trasmesse. Non è un caso se l'immagine più accreditata, che già l'art. 124-*bis* T.U.B. ci restituisce, consta di un consumatore che, se non può essere ritenuto in colpa per aver fatto affidamento sulla (errata) capacità

³³ C. giust. Ue, 10 giugno 2021, causa C-198/20 (disponibile, allo stato, soltanto in lingua francese).

valutativa dell'ente creditizio, ha un ruolo *endoprocedimentale* attivo proprio in virtù di un simmetrico obbligo di fornire informazioni veritiere. Già *Schyms*³⁴, del resto, pur calcando sulla circostanza che la *MCD* responsabilizza il finanziatore più di quanto non faccia la direttiva 2008/48 CE, evidenzia come l'art. 5, § 6, della direttiva 2008/48 non osti a che un diritto nazionale imponga ai creditori l'obbligo di ricercare, nell'ambito dei contratti offerti abitualmente, il tipo di credito patrimonialmente *più adatto* per il consumatore (§ 33): il tutto nella prospettiva di una curvatura dell'obbligo che è stata poi *OPR-Finance s.r.o.* a rappresentare come una situazione il cui adempimento va soggetto ad una valutazione giudiziale involgente tanto l'*an* quanto il *quomodo*³⁵. In un contesto siffatto, la *slealtà* del consumatore, se da un lato altera così il pacchetto delle informazioni *necessarie* e *sufficienti* a registrare un'esatta percezione della sua solvibilità prospettica³⁶, fa dall'altro addivenire ad una valutazione erronea che la clausola di decadenza a sua volta *scherma*, neutralizzando in pari tempo il pericolo di una scorretta esecuzione di quell'obbligazione restitutoria pur sempre essenziale, come ha sentenziato Cass. com., 3 marzo 2021, n. 19-22574³⁷, in un contratto di finanziamento. Certo, la constatazione che un abuso si darebbe quando un recesso è contemplato per delle informazioni inesatte *non essenziali* oppure se si lasci credere che il *bien-fondé* della decadenza non sia contestabile in giudizio, con l'annesso (va da sé) effetto speculare che uno squilibrio normativo invece non ci sarebbe se la violazione all'*obligation de loyauté* è di stampo essenziale, potrebbe suonare come l'esercizio integrante di un *commodus discessus* evitante ai tribunali di pronunciarsi *funditus* sulla coesistenza tra *dolo* e *tutela contenutistica*. Il punto è che, in seno alla giurisprudenza della Corte di giustizia, allo stato è pacifico, nell'ordine:

- che il professionista è *responsabile oggettivamente* per l'esistenza di una clausola abusiva;
- che una responsabilità siffatta esclude che la dir. 93/13 formalizzi una *presunzione di dolo* del professionista predisponente;

³⁴ C. giust. Ue, 6 giugno 2019, causa C.58/18.

³⁵ C. giust. Ue, 5 marzo 2020, causa C-679/18.

³⁶ Tanto è vero che ormai si scrive, riproducendo una notazione che può dirsi acquisita, che la verifica del merito creditizio, lungi dal consistere in una fedele ricognizione dell'attività patrimoniale pregressa del consumatore, impone «la formulazione di ipotesi su quelle future e sui fattori che possono influenzarle»: così R. GRASSO, *sub* art. 120-*undecies*, cit. 2025.

³⁷ Nella nostra letteratura sembra incarnare questo dibattito E. DEL PRATO, *Ai confini della risoluzione per inadempimento*, in *Contratti*, 2013, 653 ss., spec. 657, laddove si legge che non sussisterebbero ostacoli «a considerare l'inadempimento di uno specifico obbligo precontrattuale in vista della risoluzione».

– che, a cascata, non si dà un art. 6 adombrante una colpevolezza del professionista abilitandolo in pari tempo a confutare la presunzione di una sua condotta decettiva. Il dolo del professionista ha statuito da ultimo *LH c. Profi Credit Slovakia s.r.o.*³⁸, “è irrilevante rispetto ai diritti che i consumatori traggono dalle disposizioni della direttiva 93/13 e lo stesso vale per quanto riguarda l’art. 10, § 2, della Direttiva 2008/48”. Ebbene, su queste premesse, pure al lettore non sofisticato apparirà chiaro come sia inconfutabile che il confezionare uno squilibrio contrattuale è vicenda che, a giudizio della Corte, rileva *di per sé*. Non esiste, in seno alla “dottrina” della Corte, una *mauvaise foi* del mutuatario che *scacci* l’abuso del professionista. Ed allora, la strategia argomentativa di spostare il discorso su di un controllo giudiziale, che immunizzi quelle clausole di decadenza reagenti su di una buona fede collassata, rappresenta (più che una falsa partenza) un percorso a senso unico. Se infatti il dolo non gioca né da fatto costitutivo né da fatto impeditivo, la *liceità* della clausola diventa il presupposto necessario a che il professionista possa *résilier*. L’inconveniente dogmatico è semmai che, così stando le cose, il rimedio *de dolo* si sbriciola, diventando una tecnica di tutela *sussidiaria* ed *eventuale*.

8. Secondo movimento: reticenza del mutuatario ed il *rebus* di una clausola risolutiva espressa in deroga al diritto (comune) della risoluzione

Ci sono due interrogativi che sparigliano più di altri: a) in quale situazione verserebbero le parti laddove la clausola difettesse ovvero la si dovesse etichettare come abusiva e, b), se un recesso in tronco sia ammissibile fondandolo sulla perdita di una fiducia stante il grave comportamento nel quale sia incorsa la controparte. Se ambedue sono questioni complesse, è diverso il registro argomentativo che deve imbastirsi per affrontarle complice pure la circostanza che differente è l’arsenale dei diritti comuni la cui azionabilità potrebbe, all’occorrenza, tornare utile.

Sub a), il discorso è così condensabile: in quanto vittima di false informazioni determinanti, il finanziatore potrebbe impugnare il contratto per dolo, chiedendone l’annullamento, a motivo di un consenso viziato. Diversamente dal recesso, però, qui la tutela vestirebbe i panni di un annientamento retroattivo del contratto, con il mutuante tenuto alla restituzione degli interessi riscossi pur se potrebbe contare su di una complementare tutela risarcitoria. È per altro intuitivo, se com-

³⁸ C. giust. Ue, 22 aprile 2021, causa C-485/19.

pariamo i due rimedi, per quale dei due possa inclinare un mutuante raggirato: diversamente da un annullamento retto dal monopolio della domanda giudiziale, il recesso consente infatti al mutuante creditore di risolvere il contratto, come adesso recita l'art. 1226 del *Code civil*, “*par voie de notification*”. Il carattere di *autotutela* di un rimedio che dischiude una *sanzione* è quindi, in quel sistema, *di legge*. Dopo di che, se è esatto, come notavamo, che il recesso avviene a rischio e pericolo del creditore, non è meno vero che una notifica della risoluzione ribalta sul mutuatario l'onere di dimostrare l'infondatezza della pretesa. Come si legge nelle pagine della migliore dottrina³⁹, il recesso istantaneo ha dalla sua di *anticipare* ciò che, se un giudice venisse investito della questione, qualificherebbe come un'ipotesi di «*inexécution résolutoire*».

C'è naturalmente da aspettarsi che qualcuno obietterà che un effetto simile può ottenersi con una frode dedotta come *condizione risolutiva*. Il che, pur se avesse un senso, non dovrebbe esimere però dall'evidenziare che, persino costruendola come una condizione unilaterale irretroattiva (art. 1359 c.c.), l'estinzione del contratto qui sarebbe un *effetto automatico*. Ora, non c'è dubbio che l'automatismo sarebbe in sintonia con quella *funzione punitiva* che fa da marcatore della clausola condizionale: epperò aleggia vividamente il dubbio che, per ovviare ad una condotta decettiva, in luogo dell'annullamento, si possa recedere, dubbio che naturalmente si insinua pure nella trama del sistema ordinamentale italiano nonostante questo non preveda, nell'economia dell'art. 1456 c.c., una clausola risolutiva espressa anteceduta da una costituzione in mora del contraente infedele.

Sub b), il ragionamento si fa più sofisticato perché l'art. 1226 del *Code civil*, quale luogo normativo che ha recepito il dispositivo del celeberrimo *arrêt Tocqueville*⁴⁰, offre una sponda che, nel contesto ordinamentale italiano, non trova invece un'evidenza normativa *espressa*. La *résolution par notification* è infatti figura *atipica* in un ordinamento italiano scontante la povertà normativa di un art. 1454 c.c. nel quale la rimessione in termini è un *essenziale* prima che abbia a prodursi l'effetto risolutorio. Già ci è capitato altrove di esaminare gli attributi che connotano una siffatta *résolution*⁴¹, fondata su di una grave violazione della *lex contractus*, quale figura di stragiudizialità che, se da un lato bypassa il rischio di una domanda giudiziale penalizzante, dall'altra anela ad una *istantaneità*,

³⁹ V., almeno, O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2018², 574.

⁴⁰ Consultabile in *Grand arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, 2015¹³, n. 181.

⁴¹ In *La risoluzione per inadempimento tra legge e giudizio*, in AA. VV., *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Bologna, 2018, 99 ss.

dell'effetto liberatorio e restitutorio, necessaria per ripristinare quella *valutazione negativa mancata* per una disinformazione intenzionale. I contrappunti però, pure nel contesto ordinamentale francese, non sono una minutaglia: il recesso dell'art. 1226 reagisce ad inadempimento *in executivis* e non ad un fatto risalente al momento della stipula del contratto. È vero che si potrebbe chiamare in causa l'idea insinuante di un recesso fondato su di una *perte de confiance* del creditore nei riguardi della controparte, secondo un modello che vanta un appiglio negli artt. 8:103, c) e 9: 301 dei PECL, luoghi questi due nei quali, se il recesso è abbinato testualmente ad un inadempimento grave, viene pure sancito che per *tale* è da reputarsi segnatamente il caso dell'inadempimento doloso e che dia al creditore ragione di ritenere di non potere più fare affidamento sui successivi adempimenti. Ora, è esatto che *Cass. com.*, 18 novembre 2020, n. 18-21708⁴², pur se in maniera un po' disinvolta, mostra di voler ammettere una rottura unilaterale del contratto quando si dia il caso di una *inexécution essentielle*: e tuttavia, almeno tendenzialmente, è un recesso che va pur sempre ad impingere in un *fatto* che si consuma in sede di esecuzione del contratto. Anche ammesso dunque che le Corti non lo escludano di netto, è un recesso dai contorni così *incertains* che la prassi bancaria preferisce, non a caso, rifugiarsi nella confezione di clausole condensate nell'acronimo DBT trasformando nel contempo in una clausola di stile quel *sauf urgence* al cui darsi la legge subordina testualmente l'esclusione di una messa in mora altrimenti necessaria.

Dopo di che, se il discorso si sposta sulla *clause résolutoire* dell'art. 1225 c.c., viene al pettine il nodo che una clausola risolutiva espressa è sì l'epifania di una libertà contrattuale *derogante di per sé* al diritto comune della risoluzione. Il fatto è che, pur se il suo *ubi consistam* risiede proprio nel fissare la soglia di gravità risolutoria, rimane incerto se il presupposto causativo del suo operare possa annoverare una *faute precontrattuale*. Potremmo chiederci se, in caso di una domanda di risoluzione giudiziale, una siffatta causa sarebbe reputata come ammissibile, dando così al discorso un maggior costrutto del ritenere che, se la clausola è stata redatta in maniera trasparente, il mutuatario ha *subito* avuto piena contezza del rischio al quale si espone *accettandola*. Chi così ragiona omette infatti di considerare che il riconoscere una reticenza quale causa di recesso del mutuante implica ammettere che, tanto l'art. 1225 quanto l'art. 1456, sono due evidenze normative legittimanti una *equipollenza* tra l'inadempimento (di una obbligazione) e la malafede *in contrahendo* del mutuatario. Siccome una *equivalenza ope interpretationis* davvero ci parrebbe audace, vien fatto di pensare che sia più persuasivo dare atto che una clausola DBT per *mauvaise foi* è, alle

⁴² La si può leggere riassunta in CATTALANO, *La clause prévoyant la déchéance*, cit. 86 (nt. 5).

corte, in deroga alla stragiudizialità orchestrata dal diritto comune non foss'altro (aggiungiamo) perché, salvo che non sia stata espressamente esclusa, pure la *clause résolutoire* postula una preventiva messa in mora. La DBT andrebbe così a designare *uno* di quei casi nei quali, siccome si è consumata un'infedeltà patrimoniale irrimediabile, il preavviso non ha alcun senso, la notificazione di avvalersi della clausola rappresentando una misura al tempo *necessaria* e *sufficiente*⁴³. Una siffatta concezione non è per altro sconosciuta al dibattito italiano: il sintagma *forza del fatto* funge invero da bussola al periodare di chi ritiene che una visione aggiornata della coppia giudizialità – stragiudizialità della risoluzione sia indissociabile da una rappresentazione del problema calibrata sulle coordinate della singola tipologia di *lex contractus* violata. Nei rapporti di durata, si fa notare, la cooperazione delle parti connota il rapporto: se viene meno, «perché una parte ... unilateralmente ritiene di non cooperare più», quel contratto, persa la sua sostanza, è «condannat[o] a morte»⁴⁴.

Piccola chiosa.

Per la verità, all'interprete italiano potrebbe pure venire in mente che il recesso sia ammissibile quando la reticenza sia stata determinante nella concessione del credito mentre, prendendo spunto dal disposto dell'art. 120-*undecies*, comma 3, diverso dovrebbe essere il dire da svolgersi nel caso in cui il finanziamento sarebbe stato sì accordato ma a *condizioni diverse*. Quindi il dolo incidente, pure in seno ad una norma speciale, sarebbe provvisto di una *disciplina diversa* da quella propria del dolo determinante. Qui, nell'ottica di una conservazione del rapporto, potrebbe invero pensarsi ad una *variatio in peius* corrispondente alle condizioni che sarebbero state praticate senza l'inganno⁴⁵, quale *rimedio esclusivo*. Dopo di che, e per connessione, tra tutte le notazioni, che sopra si sono svolte, una in particolare andrebbe ripresa e meglio distillata.

L'allusione è al fatto che, quando non sia in gioco una condotta fraudolenta del mutuatario, il disposto dell'art. 120 *undecies* comma 3, sembra intestare il rischio di un'informazione colpevolmente incompleta del consumatore *sul professionista*. Alla lettera il “salvo che” fa cadere il divieto di una risoluzione o di una modifica unilaterale soltanto invero al darsi di un'omissione compiuta “intenzio-

⁴³ V., per tutti, nel dibattito francese, O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, cit. 575.

⁴⁴ Così V. ROPPO, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto*, in *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, cit. 446.

⁴⁵ È solo con una siffatta contestualizzazione che può condividersi il rilievo di chi tende a privilegiare il rimedio di uno *ius variandi* nelle forme e nei modi di cui all'art. 118 T.U.B.: così G. BUCCIANTI LIBERATI, *Il merito creditizio del consumatore*, Milano, 2019, 144.

nalmente” o a seguito di “informazioni false”. Ora, *sic stantibus rebus*, potremmo imbastire l’idea che, se nel corpo di una *norma speciale* una negligenza informativa del consumatore è trattata a guisa di un’*alea* a carico del professionista, una clausola di DBT, la quale equipari la *frode alla colpa*, sarebbe sospettabile di vessatorietà non foss’altro perché un *recesso in autotutela*, producendo da sé l’effetto estintivo, realizzerebbe quell’*exit* dal contratto vanificante ogni rimediabilità conservativa imbastibile nel periodo di preavviso. L’informazione colpevolmente *inesatta* e quella *falsa* pari, in altri termini, non sono: l’ultima parte del Considerando 58 è limpido nell’evidenziare che, se una sanzione per il consumatore non si dà nel caso in cui non fosse “in grado di fornire determinate informazioni o valutazioni”, la *sanzione* è invece *pertinente* quando l’informazione incompleta o scorretta sia *intenzionale*. Senza un raggirò od una reticenza, detto diversamente, non può aversi un contratto «uccis[o] dalla forza del fatto»⁴⁶: la colpa del mutuuario giustifica infatti il *sacrificio* dell’interesse della banca stipulante che non può invocare l’argomento di un errore scusabile. Del resto, nell’approccio rigoroso di *OPR-Finance s.r.o.*, in nome del principio di effettività, il giudice è tenuto officiosamente a verificare il rispetto dell’obbligo sancito dall’art. 8 senza attendere, come si legge in motivazione, che il consumatore debba presentare “una domanda a tale scopo”.

Seconda piccola chiosa.

Se la nostra pagina, come si sarà notato, si snoda tutta in un andirivieni tra l’esperienza francese e quella italiana non è soltanto perché l’analisi del dibattito transalpino allarga profittevolmente i termini di un discorso che il cultore italiano non sempre pratica con solerte attenzione. C’è pure il rovescio della medaglia perché lo spoglio di quel dibattito serve anche al fine di segnalare ciò che era ragionevole attendersi che ci fosse quando invece manca. Per es., nella vicenda decisa da Cass. 20 gennaio 2021 è sì ben evidenziato che il recesso era stato comunicato dopo la scoperta che la coppia mutuataria aveva contraffatto gli estratti conto bancari, epperò resta in ombra il fatto che il regolare pagamento delle rate rampollava da una falsificazione senza la quale l’istituto di credito non avrebbe concesso un finanziamento. Se il merito creditizio è questione di cifre, i numeri vanno pur sempre tarati sulla specifica situazione economica del consumatore richiedente il finanziamento. Dove c’è inganno, in altre parole, il quadro che si profila è mutevole: e non sempre il recesso è il dispositivo introdotto dal mutuante per reagire ad una situazione nella quale il mutuuario, rimodulato il piano di ammortamento, verrebbe a versare nella condizione di *non* rispettare i termini del contratto. Continuando.

⁴⁶ Così V. ROPPO, *op. ult. cit.* 448.

Neanche si incontra, nell'esperienza transalpina, un qualche richiamo ad un concorso di colpa del finanziatore nel caso in cui, alla maniera del nostro art. 1227 c.c., si volesse sostenere che un *credit scoring* condotto *adeguatamente* avrebbe consentito di scoprire il carattere *non veritiero* delle informazioni fornite. È un argomento che aleggia nel periodare di chi scrive che «fuoriesce pertanto dalla gittata normativa ... la semplice disattenzione» del consumatore, posto che «l'elemento costitutivo della fattispecie è la coscienza dell'inerzia»⁴⁷: ma se, come poc'anzi evidenziato, la risoluzione è un dispositivo di tutela ritualizzabile soltanto nel caso di un *dolo* del consumatore, non ci sembra che una eventuale omissione colposa del mutuante, purché scusabile, potrebbe giocare da *fatto impeditivo* al recesso. L'impressione è che una siffatta tesi regga soltanto se si muove dal presupposto che, già ai sensi dell'art. 120-*undecies*, comma 3, debba distinguersi tra *colpa scusabile* ed *inescusabile* del consumatore, andando così ad ipotizzare che l'alea imputata al professionista involga il caso di un mutuatario che abbia fornito delle informazioni inesatte od incomplete in ragione di una sua inesperienza finanziaria presunta *iuris et de iure*. Se invece muoviamo dal presupposto che il finanziatore *sempre* risponda dell'errore di previsione, non si vede quale altra regola precauzionale sia prospettabile a tutela di un consumatore *deceptor*. Il precedente di *Consumer France SA c. Bakkaus*⁴⁸, che viene talora citato⁴⁹, tale in realtà *non è* perché affrontava la diversa questione se la valutazione del merito creditizio potesse condursi sulla scorta della *sola informativa* resa dal mutuatario *in pectore* senza un controllo incrociato a valle dei dati trasmessi. Ora, se da un lato l'interrogativo si riduceva nel chiedersi se le informazioni fornite potevano considerarsi *sufficienti e necessarie*, donde un'esenzione del professionista nonostante la sua qualifica di operatore qualificato, appariva dall'altro evidente, come non a caso la Corte sancisce, che tutto veniva a dipendere da due fattori: se l'informativa trasmessa fosse da reputarsi *adeguata* e se, a supporto, delle dichiarazioni, fossero stati allegati dei *documenti giustificativi*. Orbene, l'odierno art. 20, § 1, ultima alinea della 2014/17 è nitido nello statuire che le informazioni rese dal consumatore “sono opportunamente verificate, anche attingendo, se necessario, a documentazione indipendente verificabile”, una formula questa che mette ordine rispetto alla trama, fin troppo lasca, di una

⁴⁷ Così CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella Direttiva 2014/17/UE*, in *Corr. giur.*, 2015, 827 e, soprattutto, M.M. FRANCISSETTI BROLIN, *L'art. 124-bis del TUB e gli incerti riflessi civilistici del c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo: dalla culpa in contrabendo ai vizi del volere*, in *Contr. e imp./Europa*, 2014, 578 s.

⁴⁸ C. giust. CE, 18 dicembre 2014, causa C-449/13.

⁴⁹ Da G. BUCCIANTI LIBERATI, *Il merito creditizio del consumatore*, cit. 145 s.

direttiva 2008/48 che rimette viceversa al creditore, in virtù del singolo contesto circostanziale, il *potere discrezionale* di valutare se le informazioni ricevute siano *sufficienti* ad attestare la solvibilità del consumatore oppure se vadano verificate *aliunde*. Qualche perplessità, intendiamoci, la Corte la solleva specialmente laddove rimarca la *relatività* della nozione di adeguatezza, facendola dipendere da una concretizzazione casistica (§ 37) incentrata tanto sulla situazione personale del consumatore quanto sull'importo del finanziamento. E tuttavia non residuano dubbi sul fatto che un'adeguatezza *non si dà* se l'informazione non è corredata da documenti asseverativi: una circostanza, questa, che renderebbe, per quanto qui ci interessa, difficile per il professionista provare quel dolo, omissivo o commissivo, trasformato in *conditio sine qua non* della recedibilità dal contratto. Se proprio quindi le si vuole riconoscere un senso specifico, *Consumer France* lo restituisce laddove eleva i c.d. *pièces justificatives* a requisiti *essenziali* in difetto dei quali ad impadronirsi della scena è una forma di errore (non scusabile) posto che il mutuante non è un operatore sprovvisto di mezzi per informarsi.

Fraus omnia corrumpit si legge, per altro, nella recentissima Cass. com. 5 maggio 2021⁵⁰, relativa ad un caso nel quale il garante, anziché provvedere di proprio pugno al formalismo prescritto dalla legge a pena di nullità della fideiussione, l'aveva fatto redigere dalla propria segretaria. Invocando successivamente la nullità, il garante ha stornato scientemente, così in motivazione, il formalismo di protezione: e, nella parte in cui è rigettato l'argomento di un creditore che avrebbe mancato ad un dovere di vigilanza, l'attinenza con il dolo del mutuante diventa autoevidente. Tecnicamente, per altro, non c'è niente, in questo lessico, di spargliante: è una versione aggiornata dell'idea che una dissimulazione informativa fraudolenta rende scusabile un'eventuale negligenza (i.e. l'errore provocato) quanto meno nel senso che il dolo del mutuante non si compensa con la colpa scusabile del mutuante.

9. Il recesso per dolo quale epifania di una regola generale di un tipo contrattuale orfano (*ex uno latere*) di una *culpa in contrahendo*?

Il corrispondente francese del nostro art. 120-*undecies*, comma 3, cioè l'art. L. 313-17 *cod. consumm.*, è ben più pregnante: il divieto di recesso o di modifica unilaterale conosce l'eccezione di un *prêteur* che vi è ammesso quando delle *informations essentielles à la conclusion du contrat* sono state *sciemment dissimulées ou falsifiées par l'emprunteur*. Quindi, con un avverbio *sciemment*

⁵⁰ Un estratto della sentenza è consultabile in *RDC*, 2021, 36 s., con nota (parzialmente critica) di HOUTCIEFF, *Cautionnement: le formalisme corrompt tout (même la fraude)*.

che fa da perno, l'errore, scusabile o inescusabile, del consumatore è un rischio imputato al professionista⁵¹. Senza dubbio la norma derivata riproduce una regola autoctona che la giurisprudenza praticava già prima della direttiva *MCD*: ed all'interprete vien fatto di pensare che, fuori dal credito immobiliare, quanto era abusivo *prima*, continui ad esserlo *adesso*. Una DBT cade(va) se attribuiva al finanziatore il *potere discrezionale* di apprezzare l'importanza dell'informazione fallace oppure se rimetteva il recesso alla falsità di una *qualsiasi* informazione od ancora se inibiva al consumatore di contestare la falsità informativa oppostagli. È un trittico che l'art. L. 313-17 dà adesso per sottinteso: con il risultato che, quanto si presenta come *speciale*, in realtà pare più correttamente qualificabile, e non soltanto nell'esperienza francese, come una *regola generale*. Dopo di che, per chi, ciò nondimeno, continuasse a restare scettico, vale quanto di seguito.

Già di primo acchito è palese la parentela stretta dell'art. L. 313-17 con quell'art. 1137 del *Code civil* che, nel dettare la definizione di dolo, discorre emblematicamente di un consenso ottenuto tramite la *dissimulation intentionnelle* di un'informazione determinante. Ora, sulla scorta di questa premessa, non dovrebbe sfuggire all'interprete italiano il punto di caduta di un siffatto recitativo. Stante invero la circostanza che tanto l'art. L. 313-17 quanto una clausola DBT scaricano sul professionista quella *faute objective* che legittimerebbe, in virtù di quel dovere generale di informazione precontrattuale contenuto nel nuovo art. 1112-1 c.c., una tutela risarcitoria (*dommages-intérêts*)⁵², viene così a rinsaldarsi l'idea che il nesso dolo – recesso costituisca in realtà una regola tipologica settoriale che, se da un lato mutua la nozione di dolo dal diritto comune, dall'altro se ne affranca sul piano rimediale. Una *faute* del mutuatario consumatore, cioè di un soggetto che sarebbe tenuto all'obbligo di un'informazione corretta, non porta infatti con sé *una responsabilità*. Nell'economia dell'art. 120-*undecies*, comma 3, non va diversamente: con il risultato che a saltare, ricalcando così la sorte dell'art. 1112-1, è il disposto dell'art. 1337 c.c., una norma, questa, qualificativa di una responsabilità *in contrabendo*, che notoriamente *non* direziona soggetti-

⁵¹ Da questa specola, non ha pertanto senso scrivere che la normativa europea si iscrive ad una logica di non contemplare sanzioni «per il consumatore incolpevole, prevedendole invece per quello colpevole»: così G. BUCCIANI LIBERATI, *Il merito creditizio del consumatore*, cit. 144. Se così, infatti, negligenza e dolo pari sarebbero.

⁵² Da questo punto di vista, detto alla Mengoni del classico *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, ora in *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, a cura di Castronovo – Albanese – Nicolussi, Milano, 2011, 276 ss., spec. 279, la trattativa, quale contatto sociale in seno al quale la buona fede si ramifica in specifici obblighi *inter partes*, viene rimodulata per effetto del dettato contenuto nell'art. 18 della *MCD*.

vamente un obbligo, esistente «già a monte della lesione»⁵³, di corretto comportamento. Nell'economia dell'art. 120-*undecies*, comma 3, la trattativa come fonte dell'obbligo di buona fede è dunque *claudicante*: ed il tutto per l'impatto di una norma europea che, pur se di armonizzazione minima, non è va da sé suscettibile di una derogabilità *in peius*. Se è vero quindi, come recita la notissima Cass. 14188/2016, che la situazione creata da una trattativa spesso implica la doverosità di una verifica affidata «all'influenza ed alla professionalità di un'altra persona» (§ 12.1), nella rimodulazione europea dell'art. 18 è soltanto l'antigiuridicità della condotta dannosa che trasla il rischio sul mutuatario. Quindi se, com'è esatto, l'art. 1174 c.c. non osta al configurarsi di un'obbligazione quando si dia soltanto una *protezione*⁵⁴, è pur vero che quella estratta dalla sequenza dei primi tre commi dell'art. 120-*undecies* è una *relazionalità debole* visto che, rispetto al mutuate, è una protezione che si attiva soltanto in ragione della *modalità* della lesione. Lo scarto con l'art. 1337 è vistoso se, con le parole di un Maestro, rammentiamo che «gli obblighi reciproci di correttezza sorgono in funzione dello specifico interesse di protezione di ciascuna parte nei confronti dell'altra *in quanto tale*»⁵⁵.

10. Il recesso per un giusto motivo all'ombra dell'art. 4, § 1 dir. 93/13

A mo' di ricapitolazione citiamo pure il dispositivo di una Cass., 1re civ. del 2018⁵⁶: la clausola di DBT, per il caso di un'informazione falsa determinante o tale che possa compromettere il rimborso del credito, *non è abusiva* in quanto mira a prevenire un difetto di esecuzione del contratto. È vero, fuori dall'ambito custodito dall'art. 18, comma 4 della *MCD*, è una clausola *in deroga* al diritto dispositivo: e, come si sa, una siffatta deroga, se stiamo a quanto messo in forma dalla «dottrina» *Aziz*⁵⁷, rappresenta un indice qualificato di abusività della clausola. Non è meno risaputo però che, pur se la deroga unilaterale alla normalità

⁵³ Così C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera sé stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 1240 s.

⁵⁴ C. SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1518.

⁵⁵ Così MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. 272.

⁵⁶ *Per estenso*: Cass., 1re civ., 28 novembre 2018, n. 17-21625, in *AJ Contrat*, 2019, 84, Obs. LASSERRE CAPDEVILE. In dottrina, per molti spunti utili, v. FENOUILLET, *Prohibition des clauses abusives*, in ID., *Droit de la consommation 2021-2022, Dalloz Action*, n. 224.562 che richiama, sempre nel solco di una liceità della clausola, Cass., 1re civ., 10 ottobre 2018, n. 17-20.441, in *JCP E* 2019, 1070, commentata adesivamente da POISSONIER.

⁵⁷ C. giust. CE, 14 marzo 2013, causa C-415/11.

contrattuale è *condizionata* in quanto una *derogabilità incondizionata* si ha soltanto quando questa deroga sia *bilaterale*, deve procedersi ad un accertamento nei modi di cui all'art. 4, § 1 dir. 93/13: e qui, pur se la clausola è predisposta unilateralmente, al netto dei *caveat* rammentati, non ricorrono i presupposti perché sia configurabile un abuso *in contrabendo*. Nel canone della Corte di giustizia, è di nuovo vero, va svolta una comparazione tra la clausola predisposta ed il trattamento che quel contratto avrebbe ricevuto *se* questa *non* vi fosse stata: il che è facile a proclamarsi, assai meno a darne un'affidante declinazione operativa perché, come il dibattito francese puntualmente mostra⁵⁸, non è chiaro se la comparazione è da condursi con la situazione ipotizzata dal diritto comune reggente la clausola risolutiva espressa o da quello applicabile in difetto di questa. Qui, per altro, la DBT formalizza una deroga tanto rispetto all'uno che all'altro. Potrà apparire singolare che un *favor consumatoris*, spesso imperante, qui incappi in una battuta d'arresto: se non fosse che l'annullamento diventa cadetto al cospetto di un recesso che cumula due anime, punitiva la prima e di efficienza economica la seconda. Non c'è infatti un annullamento che, se da un lato spoglia del contratto il mutuatario per ciò che ha fatto, dall'altro libera *hic et nunc* il mutuante di un finanziamento che, se non rovinoso, non è in grado di garantirgli la satisfattività attesa.

Niente di stupefacente, diremmo: non è del resto vero che il diritto secondo dell'art. 120-*undecies*, comma 3, così come esclude la risoluzione, deve supporre che *a fortiori* precluda pure un'impugnativa per errore sulle qualità del mutuatario non infedele (art. 1429, n. 3, c.c.)? L'errore provocato, quale elemento costitutivo del dolo, può riespandersi quando la falsità si mostri intenzionale⁵⁹: e tuttavia non si vede quale incentivo dovrebbe avere il mutuante a servirsi di un diritto comune inefficiente non già (e non tanto) per l'onere della prova a carico del *deceptus*⁶⁰, quanto per la giudizialità del rimedio azionabile. Paradosso per paradosso, una utile sponda può trarsi pure dalla regola che esclude, ai sensi

⁵⁸ V. CATTALANO, *La clause prévoyant la déchéance*, cit. 88.

⁵⁹ È una delle prospettive che talora affiorano nel diritto vivente francese: v. Cass., 1re civ., 27 giugno 2018, n. 17-15.039, in *RDTCiv.*, 2018, 657 che ragiona in termini di un errore sulla *substance de la chose*. Il che, trasferendo il discorso nel diritto italiano, implicherebbe un errore sulla qualità dell'oggetto della prestazione (art. 1429, n. 2, c.c.).

⁶⁰ Se infatti, aderendo ad un'intuizione di V. ROPPO, *Il contratto*, cit. 761, muovessimo dall'assunto che, quando l'inganno determini un errore che sarebbe stato rilevante ai sensi dell'art. 1429 c.c., perché evidentemente iscrivibile in una delle ipotesi di *errore essenziale*, siccome qui l'efficienza determinante dell'inganno sul consenso prestato dovrebbe dirsi *in re ipsa*, allora potremmo dedurre che la questione della prova viene a presentare una rilevanza più mossa di quanto siamo abituati a credere.

dell'art. 1227, comma 2, c.c., il risarcimento dei danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare con l'ordinaria diligenza. Norma postulante che l'evento dannoso sia già accaduto, l'art. 1227, comma 2, si riferisce scopertamente ai danni conseguenza che, in virtù di una sequenza causale ormai suscettibile di interruzione soltanto ad opera del danneggiato, da quell'accadimento scaturiscano. Orbene, siccome la condotta del mutuante non è una causa concorrente dell'erogazione di un finanziamento sconveniente, il recesso viene a palesarsi come il solo rimedio che impedisce l'aggravarsi del danno.

Ai confini della risoluzione per inadempimento⁶¹: è così che recita un saggio di Enrico Del Prato nel quale ci si interroga se lo strumento della risoluzione possa fungere da succedano alla violazione di obblighi precontrattuali. È un interrogativo, non più di frontiera, del quale dovrebbero semmai però meglio stilizzarsi le coordinate operative. Per es., ci sembra plausibile sostenere che, al fine di integrare il dolo, non sia necessario il mezzo fraudolento bastando, almeno nella versione italiana dell'art. 18, comma 4, la coscienza e volontà di rendere una dichiarazione inesatta o reticente. Il punto di frizione, in un contesto siffatto, diventa quello della *grave negligenza*, se per tale dovessimo intendere il caso del mutuatario che abbia *coscienza* della inesattezza informativa unita alla *consapevolezza* dell'importanza dell'informazione taciuta o parzialmente veritiera. Il tritico colpa grave, malafede o frode campeggia, come si ricorderà⁶², a mo' di evidenza topica, nel disposto dell'art. 69 CCII: ed una condotta irresponsabile del mutuatario, pure ad escludere che il nostro ordinamento abbia trasformato in *principio* i casi che si danno di equiparazione tra dolo e colpa grave, lascia aperto un problema. Com'è stato scritto, «tra il non intellegere quod omnes intellegunt ed il dolo è difficile trovare il confine»⁶³: ed è soltanto supponendo che l'assimilazione abbia una funzione *completiva*, in quanto impedisce che si giovi cioè di un'immunità chi non lo merita⁶⁴, consentirebbe di leggere l'art. 120 *undecies*, comma 3, nel senso che il mutuatario risponde soltanto di una negligenza macroscopica, sintagma che meglio di altri ci sembra renderebbe l'idea del contegno di chi agisce «con straordinaria ed inescusabile imprudenza», omettendo di osservare «non solo la diligenza media della persona normale, ma persino

⁶¹ Così superando, come si legge, *op. ult. cit.* 657, «superando il ricorso alle complessità dell'annullamento per i vizi del consenso (dolo, errore) che normalmente sono disagiati da configurare».

⁶² V. *supra*, § 6, testo e note, *in fine*.

⁶³ Così M. BESSONE, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, 300.

⁶⁴ Con echi del discorso che si trovano già in G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1907, II, 37.

quel grado minimo ed elementare di diligenza che tutti osservano»⁶⁵. Tradotto in numeri di fattispecie, l'assimilazione in realtà non sarebbe così attrattiva di casi visto che, a *deresponsabilizzare* il mutuante, sarebbero soltanto le ipotesi di una conclamata e sconsiderata negligenza.

11. Epilogo: la diversa regola estraibile dal combinato disposto degli artt. 1892, commi 1 e 2 e 1893, comma 1, c.c.

Potrebbe obbietersi al nostro dire che non ha registrato, come doveva, la tensione tra norma e fatto nel contesto codicistico ove il problema di una frode informativa è già edittalmente sperimentato in maniera puntuale. Se non fosse che la postergazione espositiva riposa sulla circostanza, incontrovertibile si converrà, che il divario passante tra l'art. 120 *undecies*, comma 3 (ed una clausola di DBT) da un lato ed il combinato disposto degli artt. 1892 (commi 1 e 2) e 1893 (comma 1) c.c., dall'altro⁶⁶, è marchiano. In un luogo classico del dibattito civilistico⁶⁷, le dichiarazioni inesatte o le reticenze, dovute a dolo o colpa grave, dell'assicurato legittimano sì l'assicuratore, se determinanti del suo consenso, all'impugnativa per annullamento. Qui non vale soltanto la dissimulazione informativa e tuttavia il rimedio è quello di una domanda giudiziale⁶⁸. Ergo la differenza è *duplice*. Un recesso, è vero, si dà: ma lo si contempla, in alternativa ad un annullamento escluso *in toto*⁶⁹, per il caso di un'informazione inesatta o per una reticenza che, pur se non dovute a dolo o colpa grave, è da supporre cadano su di un oggetto determinante per la stipula del contratto. Quindi il recesso è ancorato ad una *soglia* di negligenza dell'assicurato, con una *graduazione rimediabile* che, se da un lato vede l'assicuratore spogliato di una facoltà di recesso nell'ipotesi più grave, dall'altro glielo rimette per il caso in cui difetti un vizio del consenso. E qui la differenza è vivida perché le maglie del recesso che, nel mutuo conoscono un perimetro angusto, sono ben più larghe. La giurisprudenza, tanto di legittimità che di

⁶⁵ Così CIAN, *Lata culpa dolo aequiparatur*, cit. 157.

⁶⁶ V., in luogo di tanti, R. CALVO, *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da Franzoni, Milano, 2012, 74.

⁶⁷ A partire dall'opera della G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione del contratto*, Padova, 1972 che, a vario titolo, ha tenuto a battesimo tutti scritti successivi in tema di dolo omissivo *in contrahendo*.

⁶⁸ V., per una panoramica d'insieme, A. BRACCIODIETA, *Il contratto di assicurazione. Disposizioni generali: artt. 1882 – 1903*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da Francesco D. Busnelli, Milano, 2012, 127 ss.

⁶⁹ Quindi pure nell'ipotesi di errore.

merito⁷⁰, è costante: sul presupposto di un vizio del consenso, l'annullamento qui si ramifica all'ipotesi del dolo *incidens*, motivando con l'argomento di una disparità informativa alla rovescia⁷¹. Le due norme, stando alla *vulgata* applicativa corrente⁷², plasmano una fattispecie di dolo colposo: e se, diversamente dall'art. 8 della 129/2004⁷³, l'informazione inesatta ha da essere *determinante*, resta il paradossale che un rimedio più efficiente, cioè il recesso, accede ad una violazione dell'obbligo informativo di rilevanza minore rispetto ai casi (più gravi) nei quali opera l'annullamento. Per inciso, siccome la fattispecie contemplata nell'art. 1892 ruota *unicamente* attorno al dolo ed alla colpa grave dell'assicurato, se ne dovrebbe dedurre che, laddove la descrizione del rischio dovesse risultare erronea per un *concorso colposo* dell'assicuratore, nessun annullamento dovrebbe avere luogo. Chi lo dovesse ammettere, si converrà, ometterebbe di considerare che il disposto dell'art. 1932 annovera gli artt. 1892 e 1893 c.c. tra le norme che non possono derogarsi se non in senso *più favorevole* all'assicurato: e se la negligenza dell'assicuratore non ostasse all'operare dell'annullabilità, il risultato sarebbe quello, in palese violazione dell'art. 1932 c.c., di uno statuto normativo meno favorevole all'assicurato. Quanto invece all'art. 1893 c.c., il recesso trova il suo *pendant* in una colpa semplice dell'assicurato oppure persino in mancanza di un qualsiasi addebito che gli si potesse rivolgere.

Sic stantibus rebus, ci potremmo allora congedare notando che un florilegio di differenze contrassegna delle operazioni economiche distanziate

⁷⁰ V. Cass. 19 giugno 2020, n. 11905; Cass. 10 giugno 2020, n. 11115, con l'ovvia statuizione che l'onere probatorio, quanto al ricorrere dei presupposti domandati dall'art. 1892, è a carico dell'assicuratore e Cass. 5 ottobre 2018, n. 24563 che rimarca come la falsità vada considerata al momento della stipula. In quella di merito, forse la motivazione più elaborata, per altro iterativa dei *dicta* della Cassazione, è Trib. Perugia, 10 giugno 2021, n. 868, con l'interessante arresto di App. Venezia, 30 gennaio 2020, n. 287, a ribadire che l'annullamento implica una *domanda*, in difetto della quale non può ricollegarsi, alla *culpa in contrabendo* dell'assicurato, l'effetto di un'inefficacia della polizza assicurativa visto che una siffatta vicenda "non è previst[a] dalla norma stessa". Utile è pure il dispositivo di Cass. 4 agosto 2017, n. 19520, puntuale nello statuire la *colpa grave* dell'assicurato che, pur non essendo consapevole di soffrire di una patologia tumorale, aveva sottoscritto una dichiarazione attestante la circostanza, non vera, di non essersi sottoposto ad interventi chirurgici nei cinque anni precedenti la stipula del contratto.

⁷¹ V., secondo quello che ormai è uno stereotipo, S. LANDINI, *Dell'assicurazione, sub artt. 1892-1932*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli. *Dei singoli contratti*, a cura di D. VALENTINO, Torino, 2011, 97 ss. (ove anche tutti i riferimenti bibliografici). Prima ancora SCALFI, *VOCE Assicurazione (contratto di)*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1995, I, 355 ss.

⁷² Perfettamente riprodotta in Cass. 4 agosto 2017, n. 19520 ed in Cass. 29 maggio 2018, n. 13399.

⁷³ Luogo, questo, che per l'appunto legittima, chi abbia ricevuto delle false informazioni, a domandare l'annullamento soltanto provando il loro carattere inveritiero.

quanto a presupposti ed effetti. Il che, al netto della circostanza che pure gli artt. 1892 e 1893 c.c. recano traccia di una qualche deroga al disposto dell'art. 1337 c.c., ci dovrebbe indurre ad un congedo di questo tenore: se da un lato lasciamo all'interprete il compito di censire le deduzioni che possono trarsi dalla disamina sinottica di due statuti normativi pur sempre agglutinabili intorno al fatto di un'infedeltà precontrattuale, dall'altro non può più ignorarsi che, *se specialia generalibus derogant*, un complanare sezionarsi in orizzontale delle discipline rappresenta forse la chiave di volta decrittante l'universo odierno dei contratti.

Non è, si obietterà con piglio sicuro, l'idea che attraversa l'opera di Renato Scognamiglio: e possiamo pure convenire. Resta il fatto, come scrive il Maestro a margine dell'art. 1426 c.c., che è arduo «contestare la fondatezza ed il valore decisivo [di un] argomento», quando riposa sulla «diversa volontà della legge»⁷⁴, qui innalzante l'infedeltà a requisito di una fattispecie più complessa di scioglimento del contratto. Lucidamente una dottrina più che provveduta ha fatto del resto notare come l'esistenza di una specifica sanzione «preclude ... l'applicazione di altre sanzioni, come la nullità del contratto»⁷⁵: che qui per altro, e lo notiamo incidentalmente, siccome la si dovrebbe configurare come *virtuale*, può costruttivamente supporre che non si dia⁷⁶.

12. A mo' di postilla

Ritorniamo, perché non si dia un equivoco, sul fatto che l'art. 120-*undecies*, comma 3 ci sembra istituire un trattamento differenziato a seconda che il dolo del mutuatario sia determinante o incidente. Salvo infatti pensare che le due forme siano assimilate, *in deroga al diritto comune*, quanto al regime degli effetti, l'altra variabile che potrebbe prospettarsi ci sembra che porrebbe più problemi di quanti ne verrebbe a risolvere. Alludiamo alla circostanza che, se la soglia di innesco della tutela si posizionasse sul grado di un'informazione che, se la si fosse invece prestata, avrebbe legittimato il finanziatore a recedere dalla trattativa, il risultato perverso, che si otterrebbe, sarebbe quello di privare irragionevolmente di una tutela chi avrebbe egualmente accordato il finanziamento ma a condizioni diverse. Orbene, il fatto che l'art. 120-*undecies*, comma 3, basculi tra una risoluzione ed uno *ius variandi*, ci sembra che scansi il problema, rampollante

⁷⁴ In *Contratti in generale*, cit. 221.

⁷⁵ Così A. MIRONE, *Profili evolutivi della trasparenza bancaria*, in *ODCC*, 2018, 52.

⁷⁶ Sulla buona fede quale regola di validità ai sensi dell'art. 1418, comma 3, c.c., v., da ultimo, A. ALBANESE, *Buona fede, contratto legge*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 31 ss., spec.

in realtà dal dettato dell'art. 1112-1 del *Code civil*, e ripreso nella formulazione dell'art. 1, comma 1, lett. *f*), del d.d.l. S. 1151/2019⁷⁷.

Semmai la riflessione, anticipata alla nota 16, che rimettiamo al lettore – congedandoci – è come sia armonizzabile con l'art. 120-*undecies*, comma 3, un dettato letterale dell'art. 1439 c.c. che continua a gravitare attorno ad una *machi-natio* implicante una condotta attiva del *decipiens*, integrante dei raggiri, tale da comportare l'annullamento del contratto. Salvo infatti ritenere che il celare intenzionalmente configuri un'attività del *decipiens*, i due dispositivi, non v'è chi non lo veda, non sono in asse: e, se così dovessero stare le cose, l'ombra di un dolo che, nell'area di un mutuo *b2c*, si fregia di un'altra definizione, davvero verrebbe ad allungarsi prepotentemente.

⁷⁷ V.M. DE POLI, *La reticenza prenegoziale*, cit. 576 e, *funditus*, C. SCOGNAMIGLIO, *Vizi del consenso*, cit. 1180.

“Nuovi marciari” e alienazioni commissorie (tra discipline di settore e sistema codicistico)

SOMMARIO: 1. Premessa: parte generale del contratto e discipline speciali di settore. – 2. Garanzie del credito e normativa settoriale. – 3. Patto marciano e patto commissorio: l'impostazione tradizionale. – 4. (*Segue*): Ragioni per una possibile revisione critica. – 5. I “nuovi marciari”. – 6. Marciani speciali e patto marciano di diritto comune. – 7. Patto marciano e patti commissori autonomi. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Premessa: parte generale del contratto e discipline speciali di settore

Il tema che forma oggetto del mio intervento si inserisce nel contesto di una riflessione – quella sui contratti del *mercato bancario* – che, a sua volta, trova collocazione (come già è a dirsi per tutti gli altri interventi svolti e ancora da svolgere) nella cornice di una più ampia analisi richiesta ai partecipanti all'incontro di studi: quella che si propone di interrogarsi sul rapporto tra “*parte generale del contratto*” e singole *discipline speciali di settore*¹, avuto particolar-

¹ Come rilevato da T. DALLA MASSARA, *La “maggior tutela” del consumatore: ovvero del coordinamento tra codice civile e codice del consumo dopo l'attuazione della direttiva 2011/83/UE*, in *Contr. impr.*, 2016, 775, «se non è in discussione che almeno i principi codicistici continuino a disegnare la fondamentale architettura del sistema, appare però sempre più urgente riflettere su quale relazione (di concorrenza, di esclusione per specialità, o di quale altra natura) si intenda instaurare tra le norme del codice civile e quelle dei codici settoriali».

La questione del rapporto tra disciplina di “parte generale” e regole di settore, e delle reciproche influenze e ricadute, è ormai da tempo centrale nella riflessione giuridica. In proposito v., *ex multis*: A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali: il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008; E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2008; G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 751 ss.; C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 397 ss.

Sui cc.dd. “codici di settore” (per i quali v., sul piano del diritto positivo, la L. 29 luglio 2003, n. 229, su cui N. LUPO, *Dai testi unici “misti” ai codici: un nuovo strumentario per le politiche di semplifica-*

mente riguardo a taluni mercati regolamentati².

Secondo la traccia offerta dagli stessi organizzatori dell’incontro di studi, nello svolgimento di questa riflessione non si potrà trascurare che³ «i diversi mercati si evolvono a seconda della *specificità* del bene o del servizio prestato e sembrano *necessitare di regole specifiche* loro proprie», dischiudendo così la prospettiva tanto di una possibile valutazione di inopportunità della *pervasività* della disciplina di parte generale in singoli settori⁴, quanto quella – correlata (o conseguente) alla prima – della praticabilità di una *estensione (anche) analogica* del c.d. diritto “speciale”, con sacrificio delle regole di parte generale⁵; fino alla possibilità di ricavare dalla regolamentazione di settore regole generali capaci di “erodere”, progressivamente, l’ambito di applicazione delle tradizioni previsioni codicistiche⁶.

2. Garanzie del credito e normativa settoriale

Un simile modello di riflessione – che muove dalla constatazione di una certa *frammentazione* della disciplina contrattuale⁷ – sembra particolarmente adatto a

zione. *Commento alla legge n. 229 del 2003*, in *Studium iuris*, 2004, 157 ss.; A. ZACCARIA, *Dall’“età della decodificazione” all’“età della ricodificazione”: a proposito della legge n. 229 del 2003*, *ivi*, 2005, 697 ss.; e la L. 28 novembre 2005, n. 246) v., ampiamente, G. SAVINI, *Esperienze di nuova codificazione: i codici di semplificazione di settore*, Padova 2007; e, in breve, N. IRTI, ‘*Codici di settore*’: *compimento della ‘decodificazione’*, in *Dir. e società*, 2005, 131 ss.

² Per una riflessione ampiamente indirizzata su questo interrogativo, con specifico riguardo alla disciplina consumeristica e al mercato delle comunicazioni elettroniche v., diffusamente, A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai “codici di settore” (muovendo dal confronto tra nuovo contratto e modificazione del regolamento contrattuale nel codice del consumo e nel codice delle comunicazioni elettroniche)*, in www.judicium.it.

³ Come si legge nella *brochure* di presentazione del Convegno, curata dagli organizzatori.

⁴ Per un riscontro specifico di tale prospettiva (in particolare, nel settore dei mercati finanziari) v., ad es., G. LA ROCCA, *Sezione Prima vs. Sezioni Unite: differenti visioni del diritto dei contratti del mercato finanziario in Cassazione*, in www.ilcaso.it.

⁵ In argomento v., ad es., ampiamente (anche per i necessari rinvii), M.L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, Milano, 2016, *passim*. Sul tema del contratto asimmetrico v., altresì, A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir. (Annali V)*, Milano, 2012, 370 ss.

⁶ Una questione di tal genere, ad es., si è proposta, ormai con insistenza, a proposito della c.d. “revisione del rapporto”, in relazione a quanto dettato dall’art. 1467 c.c. Sul tema v., ampiamente, anche per ulteriori riferimenti, F. GAMBINO, *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 41 ss.

⁷ In tema v., di recente (anche per ogni necessario rinvio), R. FORNASARI, *Crepuscolo degli idoli. Dalla frammentazione del soggetto alla frammentazione del contratto*, in *Juscivile*, 2019, 417 ss.

considerare determinate fenomenologie negoziali in settori specialistici del mercato, tra cui, appunto, quello bancario e finanziario⁸.

In questo contesto, una tematica che sembrerebbe muoversi lungo le direttrici segnalate – e sulla quale qui mi propongo di svolgere alcune riflessioni – è quella degli *strumenti di garanzia del credito*⁹, avuto particolarmente riguardo al tema delle alienazioni commissorie¹⁰ e al modello del c.d. *patto marciano*¹¹,

⁸ Su cui v. E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, in *Tratt. dei contratti dir.* da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2021; G. CRICENTI – F. GRECO (a cura di), *Il nuovo diritto bancario. Contratti, responsabilità e composizione dei conflitti*, Milano, 2020; A. ANTONUCCI, *I contratti di mercato finanziario*, Pisa, 2018; E. GABRIELLI – R. LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, in *Tratt. dei contratti dir.* da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2010.

⁹ Per tutti v.: A.G. DIANA, *Il sistema delle garanzie del credito*, Padova, 2018; A. CHIANALE – G. TERLIZZI – S. CAMPOLATTARO – M. MARTELLI, *Garanzie reali e personali*, Torino, 2018.

Per una trattazione casistica, F. FRATINI – R. GIOVAGNOLI, *Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010 (degli stessi AA., anche: *Garanzie reali e personali. Questioni processuali*, Milano, 2010).

¹⁰ In senso stretto, l'alienazione "commissoria" risulta idealmente collegata alla *lex commissoria* di origine romanistica, la quale legittimava il creditore «a trattenere in proprietà la cosa *data a pegno*, ove l'obbligazione non fosse adempiuta; in epoca classica, l'acquisto della proprietà della cosa data a pegno non era automatico, in quanto il creditore doveva manifestare la volontà di avvalersi della clausola» (così M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 482); si trattava, a ben considerare, di un'applicazione dell'istituto della *fiducia* (cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 4ª ed., Torino, 1993, 430 ss.; ma per la necessità di distinguere tra *lex commissoria* e *fiducia*, v. V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, 5, nt. 8).

In senso molto ampio, peraltro, si può qui intendere, (almeno) convenzionalmente, l'espressione – specialmente in quanto riferita a patti *commissori* "autonomi" (i.e., aventi ad oggetto beni non già vincolati in garanzia) – come esplicativa di patti di trasferimento della proprietà (o di altro diritto) dal debitore al creditore, *in connessione alle vicende* di un rapporto obbligatorio; e in questa prospettiva, il riferimento ad una generica figura di *patto commissorio autonomo* (e, più in generale, di "alienazioni commissorie") verrà di seguito inteso alla stregua di una pura *sintesi verbale*, idonea a raccogliere in un preciso contesto di riferimento (sia pure diversamente articolato al suo interno) il *mutevole contenuto concreto* di singoli accordi diversi, variamente diretti a "regolare" le sorti di un rapporto obbligatorio già esistente tra le parti del negozio, ovvero coevo al patto, e ad esso collegato. Il tutto con l'avvertenza che l'attribuzione condizionale del bene, a fronte della contestuale erogazione di una somma di denaro, potrà mirare, secondo i casi, a procurare *liquidità* al disponente (funzione creditizia), attraverso meccanismi sostanzialmente accostabili ad una clausola penale (attribuzione per il caso dell'inadempimento, tale da regolarne anche le conseguenze) o a una vendita con patto di riscatto (attribuzione risolutivamente condizionata); per contro, se un rapporto di debito-credito è già sussistente, la funzione dell'attribuzione sarà solitamente quella di ottenere una *dilazione* di pagamento, a mezzo di strumenti solutori o sanzionatori: perciò, riassuntivamente, l'alienazione "commissoria", intesa in questa lata accezione, potrà servire ad ottenere un finanziamento (funzione creditizia); a liberarsi dal vincolo (funzione solutoria); o a regolare le conseguenze dell'inadempimento (funzione sanzionatoria). Per chi, poi, ammetta anche un trasferimento immediato della proprietà diretto ad *assicurare* l'adempimento (con conseguente conservazione in vita di un rapporto obbligatorio tecnicamente inteso, nonostante il trasferimento provvisoriamente eseguito), la funzione dell'attribuzione dovrebbe intendersi (in tal caso soltanto) a titolo di garanzia.

¹¹ In tema v. ora l'ampia trattazione di A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marciiani*, in

il quale ultimo, in particolare, ha conosciuto – negli ultimi tre lustri, o poco più – una rapida e significativa evoluzione¹², che lo ha fatto transitare dal piano di una figura tradizionale¹³ – oggetto di costruzione teorica e sistematica, ricavata propria da considerazioni di parte generale, pur se in assenza di una specifica regolamentazione positiva¹⁴ – a quello di *modello di riferimento*¹⁵ di una alluvio-

Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo (già dir. da L. Mengoni e P. Schlesinger, cont. da V. Roppo e F. Anelli), Milano, 2021.

Sul patto marciano v., *ex multis*: N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità nelle garanzie*, Napoli, 2000; D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017; G. D'AMICO – S. PAGLIANTINI – F. PIRAINO – T. RUMI, *I nuovi marcianti*, Torino, 2017. V anche (per un lavoro dal taglio fortemente pragmatico, organizzato sulla formulazione di quesiti pratici e risposte operative) AA.VV., *Patto Marciano o “Marziano”? – alcuni spunti critici circa l'applicabilità pratica del nuovo strumento legislativo di garanzia*, a cura dell'Associazione Tavolo di Studio sulle Esecuzioni Italiane (T.S.E.I.), Milano, 2017. Per una trattazione di sintesi v. M. EBNER, *Patto marciano*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 2007, 1 ss.

¹² Sulla quale v., ad es., S. ROMEO, *Il patto marciano dal diritto romano al Decreto banche. Storia di una fortunata esegesi*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2017, 2275 ss.

¹³ La quale si fa risalire a un responso del giureconsulto Elio Marciano (riportato in D., I, 16, 9, de pign. 20, D): «*potest ita fieri pignoris datio hypothecae, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandum. hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio. Et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt*». Peraltro, si tratta – verosimilmente – di testo non genuino; infatti, al tempo del giurista Marciano (fine secondo, inizio terzo secolo d.C.: cfr. R. ORESTANO, *Marciano Elio*, in *Nss. Dig. it.*, X, Torino, 1964, 254; nonché, più diffusamente, L. DE GIOVANNI, *Giuristi severiani; Elio Marciano*, Napoli, 2014) la *lex commissoria* era ancora ammessa, onde il riferimento al *giusto prezzo* (e all'ipoteca) appare, piuttosto, il frutto di una interpolazione (cfr. M. EBNER, *Patto marciano*, cit., 1, secondo il quale (*ivi*) «si può quindi affermare che il patto marciano, conosciuto in diritto romano solo dopo l'introduzione del divieto del patto commissorio, fu a questo sempre legato e venne utilizzato proprio quale rimedio alla invalidità di quest'ultimo»)

¹⁴ Per tutti v., in proposito, L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto “comune” e “speciale”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1857 ss.; ID., *Clausola marciana*, in (a cura di) M. Confortini, *Clausole negoziali*. I, Torino, UTET, 2019, 1063 ss.

¹⁵ Discute convintamente di avvenuta «tipizzazione del patto marciano, sebbene in sottotipi inerenti al settore bancario», quale «importante novità nel sistema della garanzia reale creditizia», tale da confermare definitivamente l'ammissibilità dell'istituto C. SCAPINELLO, *Ammissibilità dei patti sulla garanzia patrimoniale con marciano atipico*, in *Giur. it.*, 2021, 54, secondo la quale (*ivi*) «le fattispecie legislative di patto marciano rivest[ono] un ruolo significativo per l'interprete. Difatti, non soltanto offrono una conferma circa l'ammissibilità espressa dalla giurisprudenza e dalla dottrina del patto marciano, ma soprattutto [...] offrono spunti per l'individuazione degli elementi necessari per integrare una generale convenzione marciana e per la determinazione delle regole ad essa applicabili».

Con maggiore consapevolezza, ritiene, invece – avuto riguardo al rapporto tra marciano di diritto comune (o marciano “primo”) e marcianti speciali (o “secondi”) – che «semberebbe modesto l'apporto che le nuove normative di legge possono offrire per la costruzione del marciano “primo”»,

nale, quanto disordinata, legislazione speciale¹⁶, diversificata per presupposti e contenuti specifici delle singole regolamentazioni, tanto da poter fare parlare – con riguardo ai cc.dd. nuovi marciari, o marciari speciali¹⁷ – di un vero e proprio “*ambaradan*” legislativo¹⁸.

3. Patto marciano e patto commissorio: l'impostazione tradizionale

Com'è noto, il tema del patto marciano è strettamente legato, nell'evoluzione del pensiero giuridico, a quello – di antica tradizione – del divieto di patto commissorio¹⁹, quale enunciato, in diritto italiano, dagli artt. 2744 e 1963 c.c.

Secondo tali disposizioni, è vietato a pena di nullità il patto con cui si conviene che il bene dato in pegno o ipotecato, o concesso a titolo anticretico, passi in proprietà del creditore in caso di mancato adempimento; è altrettanto noto, poi, che – nonostante l'esplicita delimitazione del divieto e la sua espressa ripetizione

pur senza «escludere che una discussione extralegislativa sull'”essenza del marciano utile” possa anche produrre un modulo ipoteticamente integrativo – per la via dell'interpretazione sistematica o anche, nel caso, analogica – degli schemi disciplinari dei [...] marciari “secondi”» A.A. DOLMETTA, *La ricerca del “marciano utile”*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 814.

¹⁶ Per la quale (in sintesi) v. *infra*, § 5.

¹⁷ Per una compiuta disamina dei quali v. già G. D'AMICO – S. PAGLIANTINI – F. PIRAINO – T. RUMI, *I nuovi marciari*, cit. *passim*; e ora, diffusamente, A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marciari*, cit., 351-457.

¹⁸ Così S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in D'AMICO – PAGLIANTINI – PIRAINO – RUMI, *I nuovi marciari*, cit., 100.

¹⁹ La letteratura sul tema è vastissima; limitandosi soltanto alle trattazioni monografiche o enciclopediche si segnalano (oltre ai lavori fin qui citati), *ex multis*: V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit.; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957; ID., *Patto commissorio*, in *Nss. Dig.*, UTET, 1965, vol. XII, 711 ss.; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. del Dir.*, XXXII, Milano, 1982, 502 ss.; M. IACUANIELLO BRUGGI, *Patto commissorio*, in *Enc. Treccani*, Roma, vol. XII, 1990; M. DI PAOLO, *Patto commissorio*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civile*, Torino, XIII, 1995, 309 ss.; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996; F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997; ID., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1999; A. SASSI, *Garanzie del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità nelle garanzie*, Napoli, 2000; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, Torino, 2000; G. BOZZI, *Alienazione in garanzia e tipologie commissorie*, Milano, 2000; G.F. MINNITI, *Garanzia e alienazione*, Torino, 2007; D. MARIANELLI – S. SABATINI, *Le alienazioni in garanzia*, Rimini, 2018.

Per una trattazione di sintesi v. P. GALLO, *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. al c.c. dir. da E. Gabrielli (artt. 2643-2783-ter)*, Torino, 2016, 959 ss.; A. BALTI, *Clausola di patto commissorio*, in (a cura di) M. Confortini, *Clausole negoziali. II*, Torino, 2019, 578 ss.

per il creditore anticretico²⁰ soltanto con riguardo a (patti che hanno ad oggetto) beni vincolati in garanzia – una diffusissima opinione, dottrinale e giurisprudenziale, reputa applicabile la proibizione anche agli *accordi commissori aventi ad oggetto cose libere*, cioè non preventivamente offerte in garanzia (c.d. patto commissorio autonomo).

A sostegno di una così ampia portata della regola sono state poste, tradizionalmente, ragioni – asseritamente fondative del divieto (di patto commissorio) – capaci di estendersi ben oltre l’ambito testuale e topografico della sua codificazione: ragioni che vengono usualmente ravvisate, soprattutto, in esigenze (pur se variamente articolate) di tutela del debitore²¹.

Dalla figura tipizzata come patto illecito (quella commissoria) viene però tradizionalmente tenuta separata, appunto, quella di un accordo (c.d. marziano) attraverso il quale debitore e creditore concordano che, in caso di mancato adempimento, il creditore acquisterà (o consoliderà) la proprietà del bene promesso, con l’obbligo di restituire l’eccedenza (rispetto all’importo del debito) del valore stimato della cosa, e con la precisazione che la *stima* sarà effettuata – *successivamente* all’inadempimento – *ad opera di un terzo*, che proceda con criteri oggettivi²².

4. (Segue): Ragioni per una possibile revisione critica

Lo spazio ristretto concesso al presente intervento non consente un’analitica esposizione delle ragioni in forza delle quali una simile, tradizionale, impostazione merita di essere sottoposta a *profonda revisione critica*.

²⁰ Sulle ragioni che danno conto della specifica utilità di una espressa ripetizione del divieto (art. 1963 c.c.) con riguardo al creditore anticretico – ripetizione che risulterebbe, invece, non agevolmente giustificabile a voler seguire l’idea, invero assai diffusa, che vede nell’art. 2744 c.c. una norma c.d. *materiale* – sia consentito rinviare al nostro *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, cit., 127 ss.

²¹ Il fondamento del divieto legislativo del patto commissorio è stato anche ricercato, per vero, in altre (concorrenti o addirittura esclusive) ragioni fondative (per una compiuta considerazione delle quali sia consentito rinviare ancora a F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, cit., 43 ss. e 87 ss.).

È tradizionale, tuttavia, il riferimento alla (esigenza di) protezione del debitore, che sembrerebbe emergere, tra l’altro, quale fondamento *prevalente* del divieto codificato. Per una diffusa valutazione critica di una simile ragione fondativa del divieto, peraltro, ci permettiamo di rinviare ancora a F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, cit., 49 ss., 89 ss. e 172 ss.

²² Una sintesi essenziale degli elementi caratteristici del patto marziano di diritto comune è tracciata da A. DIENER, *Introduzione al patto marziano*, nel citato volume AA.VV., *Patto Marziano o “Marziano”?*, cit., 13 ss.

In altra sede – alla quale necessariamente devo, qui, fare rinvio – ho provato diffusamente a dimostrare che una ragione specificamente fondativa del divieto di cui agli artt. 1963 e 2744 c.c. può e deve essere ricercata altrove, in *esigenze di salvaguardia proprie del sistema delle garanzie reali* e dell'istituto anticretico²³; così come, al contempo, ho sottolineato la necessità di evitare un fraintendimento (invece) usuale in relazione alle possibili funzioni di un patto commissorio c.d. autonomo, considerato che il sintagma appena evocato non comporta un *collegamento necessario* del patto con la *funzione di garanzia*; invero, accordi traslativi di un bene in relazione alle *vicende* di un rapporto obbligatorio (preesistente o contestuale al patto) è ben possibile che assolvano ad altra e diversa funzione²⁴ – creditizia, solutoria o sanzionatoria (secondo che la negoziazione del bene “libero” serve a procurare liquidità, ad estinguere una posta debitoria o a regolare le conseguenze dell'inadempimento) – la cui ammissibilità deve allora essere confrontata non già con le specifiche previsioni recate dagli artt. 2744 e 1963 c.c., ma con una più complessiva considerazione sistematica.

Se ci si colloca lungo questa prospettiva²⁵, però, dovrà anche riconoscersi che le funzioni concretamente perseguite attraverso gli accordi considerati – alternativamente: creditizia, solutoria o sanzionatoria – in quanto *ulteriori e diverse* rispetto a quella di garanzia, *non possono reputarsi egualmente contrassegnate dalla necessaria corrispondenza* tra importo del credito “garantito” e impiego del bene in funzione di garanzia, appunto perché il bene negoziato non serve (in quei casi), funzionalmente, a *far conseguire* al creditore *quanto dovuto*²⁶, ma a conseguire risultati diversi.

²³ Cfr. F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, cit., 110 ss. e 127 ss.

²⁴ Sono ancora costretto a rinviare, sul punto, a F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit., 156 ss. e 178 ss.; Id., *Il divieto del patto commissorio*, cit., 192 ss. e 231 ss. V., inoltre, *supra*, nt. 10.

²⁵ Come diffusamente esposta in altre sedi: F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, cit., 156 ss. e 178 ss.; Id., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1999, 132 ss. e 146 ss.; Id., *Sull'ammissibilità della cessione in securitatem (tra preclusioni tradizionali, nuove suggestioni normative e prospettive de iure condendo)*, in *Ordines*, 2015, 33 ss.; Id., *La cessione del credito a scopo di garanzia*, in L. Pellegrini (a cura di), *Studi in memoria di G. Gabrielli*, Napoli, 2018, 1059 ss.

²⁶ Diversamente da quanto dovrebbe dirsi con riguardo al patto marciano, la cui essenza, evidentemente, è proprio (e *soltanto*) quella di assicurare il soddisfacimento della pretesa creditoria. Si spiega, pertanto, come, con riguardo alla convenzione marciana possa correttamente asserirsi che «se il trasferimento del diritto è retto – nel titolo che le parti gli danno – da una funzione di garanzia, da tale causa lo stesso non può non risultare conformato: l'entità del credito garantito segna, cioè, i confini che di per sé stessi reggono il passaggio di proprietà e ne governano la disciplina. Così, una volta soddisfatto il credito garantito, l'eventuale residuo di valore – che il bene venga ancora a produrre (in via di liquidazione) ovvero a mantenere (a seguito della stima di cui è stato

Per chi ritenga di poter accedere al punto di vista esposto, evidentemente, il collegamento (altrimenti ritenuto) indissolubile tra patto commissorio (autonomo) e patto marciano diventa allora piuttosto scolorito, nella misura in cui possono venire in considerazione *profili funzionali non propriamente sovrapponibili*.

5. I “nuovi marcianti”

Sotto altro profilo, d'altra parte, i tempi assai ristretti concessi a questo intervento neppure consentono – non dico di intrattenersi in considerazione diffuse – ma neanche soltanto di attardarsi in una analitica descrizione dei singoli patti marcianti (come) affiorati nella legislazione speciale degli ultimi anni²⁷.

Si dovrà, dunque, necessariamente procedere attraverso una considerazione di sintesi, muovendo dal *semplice riferimento normativo alle figure dei nuovi marcianti* (quali) presenti nella legislazione speciale, confidando nella particolare qualificazione dell'uditorio per un più specifico apprezzamento delle premesse della trattazione.

A tal proposito, una prima considerazione dalla quale è possibile muovere è che già nella tradizionale ricostruzione del patto marciano – quale da ultimo esPLICITATA anche in una significativa pronuncia di legittimità²⁸ – emerge con sufficiente

fatto oggetto) – non ha più titolo, né giustificazione per permanere nel patrimonio del creditore. E dunque va in ogni caso “riportato” al patrimonio del debitore» (in tal senso, testualmente, A.A. DOLMETTA, *La ricerca del “marciano utile”*, cit., 815 s.).

²⁷ Ci si limiterà, perciò, nel prosieguo, per ciascuna figura, a rinviare a specifiche trattazioni (oltre al quadro d'insieme presente nei già richiamati lavori di G. D'AMICO – S. PAGLIANTINI – F. PIRAINO – T. RUMI, *I nuovi marcianti*, cit., *passim*; e di A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marcianti*, cit., 351-457).

²⁸ Il riferimento è a Cass., 17 gennaio 2020, n. 844, in *Giust. civ. Mass.*, 2020. La sentenza si può leggere per esteso *on line*, ad es., in www.altalex.com.

Secondo la richiamata decisione, la ragione per la quale la convenzione marciiana non impinge nel divieto del patto commissorio non deriverebbe dal confronto con il fondamento della proibizione codificata nell'art. 2744 c.c., ma riposerebbe, piuttosto, sull'analogia «con il pegno irregolare (art. 1851 c.c.), il quale consente al creditore che abbia ricevuto in pegno cose fungibili di appropriarsene all'inadempimento del debitore, restituendo però a quest'ultimo l'eccedenza di valore (tra le cose date in pegno e l'ammontare del debito)»: e ciò perché «il patto marciano, che come è noto non è figura tipica, persegue esattamente lo stesso scopo rispetto a beni non dati in pegno ma alienati in garanzia; ossia consente al creditore di appropriarsene restituendo al debitore la differenza di valore». Né – aggiunge la Corte – potrebbe obiettarsi che l'art. 1851 c.c. «è norma eccezionale, come tale insuscettibile di applicazione analogica, in quanto non è affatto eccezione rispetto al principio generale dell'art. 2744 c.c., ma rispettoso della medesima *ratio*, anzi conseguenza di quel principio, in quanto mira anche esso ad evitare approfittamenti del creditore ai danni del debitore.

chiarezza che esso consente di delineare uno strumento capace di funzionare come «il surrogato di un'esecuzione forzata sui beni del debitore»²⁹, sì che la vera ragione dell'interesse degli operatori economici verso tale tipologia di patti sembra proprio da ricercare nella loro idoneità alla «soddisfazione del credito senza ricorso alla procedura esecutiva; una sorta di auto-assegnazione senza l'intervento del giudice»³⁰, che, plausibilmente, dà anche conto della proliferazione, sul piano del diritto positivo, di marciari “speciali”, come risposta «all'esigenza di porre un rimedio alla vera e propria “crisi” delle procedure esecutive pubbliche, rivelatesi sempre più inefficienti sia per i tempi eccessivi del loro svolgimento, sia per i deludenti risultati in termini di realizzazione del valore dei beni sottoposti ad esecuzione coattiva»³¹.

Tuttavia, proprio in quanto il patto marciano può consentire di evitare approfittamenti del creditore ai danni del debitore, è necessario che le parti abbiano previsto criteri di stima del bene al momento della convenzione marciana».

In precedenza, già Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625 – che si legge, ad es., in: *Fall.*, 2015, 795 ss., con nota di M. SPADARO, *Sale and lease back, patto marciano e fallimento del venditore-utilizzatore*; *Foro nap.*, 2015, 819 ss. (con nota di A. NAPOLITANO, *Il patto marciano e il contratto di “leasing”: un'occasione mancata. Note a margine di Cass. 1625/2015*); *Giur. it.*, 2015, 2341 ss. (con nota di V. VITI, *Lease back, patto commissorio e clausola marciana*); *Riv. dir. civ.*, 2015, 1595 ss. (con nota di M. NATALE, *“Lease back” e strutture utili di patto marciano*); *Corr. giur.*, 2016, 489 ss. (con nota di F. SCARDINO, *Il contratto di sale and lease back tra causa in concreto e cautela marciana*) – aveva affrontato *funditus* il problema della liceità della convenzione marciana, giungendo alla conclusione che «il fondamento dell'effetto salvifico» della clausola *de qua* andrebbe ricercato nella sua idoneità «a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni», nonché nella «capacità di scongiurare che l'attuazione coattiva del credito avvenga senza alcun controllo dei valori patrimoniali in gioco» (punto 2.5 motivazione). E nel dettare una sorta di *statuto* della convenzione marciana, la stessa decisione aveva precisato la necessità che «sin dalla conclusione del contratto [...] siano stati previsti meccanismi oggettivi e procedimentalizzanti che [...] permettano la *verifica di congruenza* tra valore del bene oggetto della garanzia, che viene definitivamente acquisito al creditore, ed entità del credito», specificando, poi, che «per la stessa ragione, non avrebbe tale effetto la verifica del “giusto prezzo” al momento della conclusione del contratto», in quanto affinché la clausola marciana «possa conseguire il ricordato effetto legalizzante [...] occorre [...] che essa preveda, per il caso ed *al momento dell'inadempimento*, ossia quando si attuerà coattivamente la pretesa creditoria (cfr. articolo 1851 c.c.), un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una *valutazione imparziale*, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta la quale a detti parametri farà riferimento (cfr. articolo 1349 c.c.), al fine della corretta determinazione dell'*an* e del *quantum* della eventuale differenza da corrispondere all'utilizzatore» (così, in particolare, sempre ne punto 2.5 della motivazione).

²⁹ Così A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1407.

³⁰ Sono parole di L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto “comune” e “speciale”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1861

³¹ In tal senso G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in G. D'AMICO – S.PAGLIANTINI – A. PIRAINO – T. RUMI, *I nuovi marciari*, cit., 9.

In questa cornice, invero, sembrava potersi collocare già il primo intervento normativo in qualche modo ispirato al meccanismo marciano; e cioè:

- a) la previsione recata dall’art. 4 d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170³², che – nello specifico ambito dei contratti di garanzia finanziaria, ristretto a specifiche e determinate qualificazioni soggettive delle parti³³ – consente (peraltro, espressamente in deroga all’art. 2744 c.c.³⁴) l’*appropriazione diretta* delle *attività finanziarie* (diverse dal contante) concesse in garanzia, con obbligo di *restituzione dell’eccedenza* (pur senza l’esplicita previsione di una *aestimatio* successiva e da parte di un terzo imparziale).
- b) Un *meccanismo legale*³⁵ avente caratteristiche in qualche modo assimilabili (nel risultato) ad una convenzione marciana è stato poi previsto all’interno della disciplina del *prestito vitalizio ipotecario* (anch’esso accessibile solo a determinate parti contrattuali, aventi specifici requisiti soggettivi), dall’art. 11-*quaterdecies* d.l. n. 203/2005³⁶; anche in tal caso, tuttavia, la deviazione dal modello generale del patto marciano è abbastanza significativa, *non* essendo consentita l’*appropriazione diretta del bene*, ma solo la possibilità, per il finanziatore, di procedere stragiudizialmente alla vendita, «ad un *valore* pari a quello di mercato, determinato da un *perito* indipendente *incaricato dal finanziatore*» e con obbligo di restituzione dell’eccedenza di valore³⁷.

³² Il d.lgs. n. 170/04 è stato dettato in attuazione della Dir. 2002/47/CE, in tema di “contratti di garanzia finanziaria”, su cui v. A.V. GUCCIONE, *I contratti di garanzia finanziaria*, Milano 2008; V. AGNESE, *I contratti di garanzia finanziaria nel diritto civile*, Torino 2009. Il testo dell’art. 6 non è stato modificato dal d.lgs. 24 marzo 2011, n. 48, che ha recepito le modifiche apportate al testo comunitario dalla Dir. 2009/44/CE, su cui v. V. CANALINI, *La nuova disciplina dei contratti di garanzia finanziaria. Commento alle modifiche introdotte dal d.lgs. 24 marzo 2011, n. 48*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 443 ss.

³³ V. art. 1, comma 1, lett d); e art. 2, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 170/04.

³⁴ Cfr. art. 6, comma 2, d.lgs. n. 170/04.

³⁵ Invero, nel caso di specie la *legittimazione* del creditore a *disporre* del bene – per venderlo privatamente, a fini satisfattivi, sia pure con le cautele (per vero, non troppo rigide) previste dalla legge – non deriva da scelte di autonomia privata, ma fa parte, piuttosto, della *conformazione positiva* dell’istituto, quale direttamente disegnata dal legislatore.

³⁶ Sul prestito vitalizio ipotecario v.: C. DORE, *Il prestito vitalizio ipotecario. Nell’orizzonte della nuova tutela del credito*, Cagliari, 2019; M. LOBUONO (a cura di), *Il prestito vitalizio ipotecario*, Torino, 2017; G. O. MANNELLA – G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano, 2015; G. GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all’italiana?* in *Corr. mer.*, 2011, 677 ss.; P. BUZZONETTI – C. PACELLA, *Il prestito vitalizio*, Milano, 2010.

³⁷ Neppure è prevista, poi, una stima (del bene da porre in liquidazione) affidata a quei criteri di rigorosa neutralità che sono ordinariamente richiesti in sede di valutazione del patto marciano, essendo anzi stabilito che l’immobile sarà venduto «ad un *valore* pari a quello di mercato, determinato da un *perito* indipendente *incaricato dal finanziatore*».

- c) Più vicina – seppure anch’essa non pienamente sovrapponibile al modello del patto marciano³⁸ – è l’operazione considerata nell’art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b., in materia di *credito immobiliare ai consumatori*, ove è contemplata la possibilità di una stipulazione negoziale diretta a realizzare, con effetto esdebitatorio, la garanzia reale al di fuori delle procedure esecutive tradizionali (*anche attraverso l’appropriazione diretta*, nei limiti dell’importo del credito esigibile).
- d) Sempre il t.u.b., all’art. 48-*bis*, consente, poi, che nel contratto di finanziamento bancario alle imprese possa essere pattuita la *garanzia del credito* mediante «trasferimento, in favore del creditore» (o di soggetto da esso controllato o ad esso collegato), «della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell’imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all’inadempimento del debitore»³⁹: in questo contesto, per vero, la necessità che il patto contenga anche *gli altri elementi della convenzione marciana* strettamente intesa *non è espressamente delineata*, pur potendosi ricavare dalla disciplina complessiva della fattispecie; e comunque, l’effetto traslativo negozialmente programmato del bene non solo è collegato soltanto a *specifiche condizioni di gravità dell’inadempimento* ma è anche assoggettato, dal legislatore, a una *sequenza procedimentale* particolarmente articolata.

³⁸ Sebbene la figura *de qua* sia stata senz’altro fatta rientrare nel perimetro del patto marciano (v., ad es., G. D’AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., 30 ss.; L. FOLLIERI, *Il patto marciano*, cit., 1863; A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., 1410 (il quale parla di un “sottotipo di patto marciano”); F. PIRAINO, *L’inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in D’AMICO – PAGLIANTINI – PIRAINO – RUMI, *I nuovi marcioniani*, cit., 188 e 193; T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciane” a garanzia del credito immobiliare*, ivi, 140 e 142, la quale parla di “patto marciano tipizzato”), occorre tuttavia evidenziare che dal dato positivo non emerge che sia effettivamente richiesta – quale *espresso contenuto* del patto – né la pattuizione dell’obbligo di restituzione dell’eccedenza, né quella della stima imparziale del bene al tempo dell’inadempimento.

³⁹ Su questa previsione v., *ex multis*: A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48-bis t.u.b. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. giur.*, 2012, 1487 ss.; N. BERNARDI, *Il nuovo patto marciano tra banche e imprese di cui all’art. 48-bis t.u.b.*, in *Studium iuris*, 2017, 553 ss.

e) Infine⁴⁰, intervenendo a regolare l’istituto del c.d. *pegno non possessorio*⁴¹, l’art. 1, comma 7, del d.l. 3 maggio 2016, n. 59 contempla la possibilità che il contratto di finanziamento all’impresa attribuisca al finanziatore il diritto di *far propria la cosa data in pegno fino a concorrenza della somma garantita*, «a condizione che il contratto preveda anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del bene oggetto di pegno e dell’obbligazione garantita». Anche in tal caso, peraltro, non è espressamente prevista una procedura diretta alla stima oggettiva e imparziale, successiva all’inadempimento, del bene oggetto dell’appropriazione, essendo invece disposta la sola cautela di consentire al «debitore» di «agire in giudizio per il risarcimento del danno», qualora il creditore si discosti dai “valori correnti di mercato” (art. 1, comma 9, d.l. n. 59/2016).

6. Marciani speciali e patto marciano di diritto comune

I nuovi marcianti, quali emersi nella recente legislazione speciale, per un verso sembrano *difficilmente riconducibili ad unità*; ma, per altro verso, presenta-

⁴⁰ Un accostamento al tema del patto marciano è stato talora proposto anche con riguardo alla disciplina della risoluzione del contratto di locazione finanziaria, quale ora recata dall’art. 1, comma 138, della L. 4 agosto 2017, n. 124 (e v. già, in materia di leasing immobiliare abitativo, l’art. 1, comma 78, l. 28 dicembre 2015, n. 208), a norma del quale «il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a corrispondere all’utilizzatore quanto ricavato dalla vendita o da altra collocazione del bene, effettuata ai valori di mercato, dedotte la somma pari all’ammontare dei canoni scaduti e non pagati fino alla data della risoluzione, dei canoni a scadere, solo in linea capitale, e del prezzo pattuito per l’esercizio dell’opzione finale di acquisto, nonché le spese anticipate per il recupero del bene, la stima e la sua conservazione per il tempo necessario alla vendita» (nella direzione indicata, ad es., D. POLETTI, “Forme” del godimento con vocazione traslativa: appunti sul leasing immobiliare abitativo, in *Annuario del Contratto. 2017*, dir. da A. D’Angelo e V. Roppo (coord. A.M. Benedetti), Torino, 2018, 73 ss., sulla base del rilievo che verrebbe qui consentita la soddisfazione (coattiva) del diritto (di credito, quale risultante dalla risoluzione del rapporto), attraverso il realizzo (del valore) del bene sul mercato, e con garanzia che il creditore non riceva più di quanto dovuto dal debitore; anche A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marcianti*, cit., 459 ss. tratta del tema nell’ambito della considerazione delle “discipline marciante”).

Si tratta, peraltro, di una soluzione che evoca soltanto la tematica implicata dal patto marciano, nei limiti in cui contempla uno strumento di rapida realizzazione di una pretesa creditizia, senza, però, fornire elementi davvero significativi di confronto: basti, dunque, avervi fatto cenno.

⁴¹ Su cui v., ad es.: G. BELLAVIA, *Il pegno non possessorio alla luce delle recenti novità normative. Spunti teorici ed applicativi*, in *Giustiziacivile.com*, 22.6.2018; E. GABRIELLI, *Pegno “non possessorio” e teoria delle garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, 241 ss.; F. PRETE, *Il finanziamento del settore agricolo e le opportunità del “nuovo” pegno mobiliare non possessorio*, in *Riv. dir. agr.*, 2017, 153 ss.

no anche significativi *elementi differenziali* che li distinguono dal patto marciano c.d. di diritto comune.

A) Sotto il primo profilo, invero, sarà sufficiente notare che i cc.dd. marciani speciali:

- hanno ambiti soggettivi differenziati l'uno dall'altro, comunque tutti settoriali;
- non (tutti) prevedono necessariamente una *convenzione* di tipo marciano (essendo spesso presente soltanto un *meccanismo* fondato su quel modello, ma non alla base dell'accordo tra le parti);
- *non* contemplano *sempre* la possibilità di *appropriazione diretta* del bene negoziato, talora consentendo soltanto la *vendita stragiudiziale* dello stesso;
- *nè* presentano, infine, *regole uniformi* in tema di *aestimatio* della *res* e di conseguenze estintive (c.d. *esdebitazione*) della escussione speciale.

Ciò che li accomuna, in definitiva, è la deroga all'ordinario regime esecutivo in vantaggio del creditore insoddisfatto, proprio al fine di superare le croniche criticità che affliggono il procedimento di esecuzione forzata, secondo una prospettiva che inizia a delinearasi con sufficiente evidenza⁴² anche in ambito europeo.

B) Per altro verso, però, i cc.dd. nuovi marciani sembrerebbero tutti avvicinati dalla circostanza che essi si accompagnano, pressoché costantemente⁴³, all'esistenza di una garanzia reale tipica (pignorizia o ipotecaria), sia pure assoggettata a regime speciale rispetto a quello codicistico: il che, evidentemente, traccia comunque una *significativa distanza* di tali figure rispetto al modello ideale del patto *marciano di diritto comune*, avente certamente ad oggetto una *cosa libera* e assumendo quindi a termine di raffronto piuttosto il c.d. patto commissorio autonomo che quello tipico.

7. Patto marciano e patti commissori autonomi

Ulteriore profilo da considerare, poi, è che – a differenza dei marciani speciali, (quali) disciplinati dalla legislazione speciale, tutti caratterizzati da una tipizzazione positiva – il patto *marciano di diritto comune difetta di uno specifico riconoscimento legislativo*, trovando fondamento soltanto nello spazio che può essere riconosciuto all'autonomia privata, fintanto che essa si mantenga entro i

⁴² In proposito v. V. CONFORTINI, *Primato del credito. Responsabilità patrimoniale ed espropriazione privata nell'economia del debito*, Napoli, 2020, *passim*, ma spec. 255 ss.

⁴³ Fa eccezione solo il patto *ex art. 48-bis T.U.B.* e tranne che si tratti di marciano sopravvenuto (il quale pure è accedente a garanzia reale tipica).

limiti in cui è circoscritta dalle norme imperative; ciò significa, a ben considerare, che altro è interrogarsi in ordine ai *limiti di ammissibilità di patti commissori autonomi con clausola marciana*⁴⁴, altro domandarsi se – pur in difetto della convenzione marciana – *patti autonomi “altri”* siano da ammettere, o meno.

E ciò perché finché si considerano patti (come quelli che caratterizzano i cc. dd. “nuovi marcianti”) diretti a *realizzare in forma alternativa il risultato* al quale mirano *garanzie reali* tipiche, è ben evidente che la funzione del rapporto (in quanto diretto ad assicurare il soddisfacimento della pretesa) non consentirà al creditore di ottenere *più* di quanto allo stesso spettante in forza del rapporto obbligatorio garantito⁴⁵: ma ciò non impedisce, evidentemente, che *funzioni diverse* da quella di garanzia possano anche consentire, eventualmente, un *risultato differente*, se e nei limiti in cui lo stesso risulti sistematicamente perseguibile.

È allora evidente che *pensare di poter trarre dalla disciplina positiva dei cc.dd. marcianti speciali* – i quali (pur se con formula dottrinale unitaria, invalsa nella prassi) hanno ad oggetto speciali e diversificate forme realizzative di specifiche garanzie pignoratorie o ipotecarie – *conseguenze imperativamente operanti anche al di fuori* del perimetro di accordi caratterizzati da una funzione di garanzia in senso stretto può risultare un’operazione non del tutto soddisfacente

8. Considerazioni conclusive

Ecco allora, conclusivamente, che la soluzione marciana – se pure certamente ammissibile in linea generale – non sembra, in una prospettiva sistematica, dover condizionare qualsiasi accordo che – mirando a perseguire funzioni rispondenti a interessi meritevoli di approvazione diversi dalla garanzia – consenta l’attribuzione al creditore di beni del debitore, in relazione alle sorti di un rapporto obbligatorio, preesistente o (creato in via) contestuale all’accordo.

Ciò, almeno, allo stato della legislazione vigente.

È chiaro, infatti, che non si può escludere una evoluzione del sistema positivo, in un prossimo futuro, verso una radicale revisione del tema, con la sostituzione

⁴⁴ A qual riguardo, indubbiamente, il positivo riconoscimento di accordi o meccanismi marcianti in una pluralità di situazioni espressamente regolate sul piano legislativo costituisce indice di un favorevole apprezzamento ordinamentale del tipo di risultato economico assicurato dal patto (soddisfazione, anche alternativa, del creditore con restituzione dell’eccedenza di valore), legittimando, quindi, un assetto di interessi che deve senz’altro ritenersi sistematicamente ammesso.

⁴⁵ È quanto correttamente evidenzia A.A. DOLMETTA, *La ricerca del “marciano utile”*, cit., 815, a proposito dell’obbligo di restituzione dell’eccedenza che caratterizza il patto marciano (con funzione, appunto, di garanzia).

del modello del patto marciano – quale *unica* operazione lecita di attribuzione di beni (anche se non vincolati in garanzia) in rapporto a una relazione obbligatoria o al suo inadempimento – alla previsione del divieto del patto commissorio.

In questo senso, invero, sembrerebbero già deporre tanto spinte provenienti dal livello sovranazionale⁴⁶, che propositi di riforma avanzati in sede parlamentare⁴⁷.

Se in questo senso sarà indirizzata l'eventuale opera riformatrice del legislatore non ci sarà, naturalmente, che da prenderne atto, pur dovendosi segnalare che il passaggio dalla condizione di mera ammissibilità del patto marciano a quello

⁴⁶ In particolare, il *Draft Common Frame of Reference* – su cui v., per tutti, C. Marchetti (a cura di), *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, Torino, 2012 – contempla una “previsione” che vieta gli accordi commissori (che non abbiano ad oggetto beni fungibili a quotazione correnti), salvo che le parti abbiano concordato un metodo di stima per l'appropriazione del bene, con obbligo di restituzione dell'eccedenza (DCFR, IX, 7:105. *Predefault agreement on appropriation of encumbered assets*. – (1). *Any agreement concluded before default providing for the transfer of ownership of the encumbered assets to the secured creditor after default, or having this effect, is void.* (2). *Paragraph (1) does not apply: (a) if the encumbered asset is a fungible asset that is traded on a recognised market with published prices; or (b) if the parties agree in advance on some other method which allows a ready determination of a reasonable market price.* (3) *Paragraph (2) (b) does not apply to a consumer security provider.* (4) *Where appropriation is allowed, the secured creditor is entitled to appropriate encumbered assets only for the value of their recognised or agreed market price at the date of appropriation. The security provider is entitled to any surplus over the obligations covered by the security right. The debtor remains liable for any deficit.* Per altro verso, la proposta di Direttiva n. 63 del 14 marzo 2018, “*relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali*” (che si legge in <https://eur-lex.europa.eu>) – seppure, soltanto, nell'ambito di relazioni di finanziamento con *enti creditizi* o loro filiazioni – contempla «l'introduzione dell'*escussione extragiudiziale accelerata* quale meccanismo rapido per il recupero del valore delle garanzie reali» (6° *considerando*), raccomandando la previsione di un obbligo restitutorio dell'eccedenza (47° *considerando*), a tal fine dettando disposizioni (v., specialmente, gli artt. 23, 24, 26 e 29) che certamente implicherebbero la necessità di un radicale intervento riformatore, almeno in gran parte, del sistema positivo oggi vigente in tema di garanzie reali; su tale testo “normativo” v. V. CONFORTINI, *Autonomia privata e realizzazione del credito garantito. La proposta di direttiva europea relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 1039 ss.

⁴⁷ L'art. 1, comma 1, lett. o) del disegno di legge (Conte-Bonafede) AS n. 1151, presentato alla Presidenza il 19 marzo 2019, prevede la delega al Governo per «disciplinare nuove forme di garanzia del credito, anche in considerazione delle prassi contrattuali consolidate nell'uso bancario e finanziario», chiarendo, nella *Relazione illustrativa*, che «il criterio direttivo è quello del recepimento normativo di prassi o schemi negoziali che si siano già consolidati “nell'uso bancario e finanziario”» (a qual proposito vengono specificamente menzionate, tra l'altro, le “alienazioni a scopo di garanzia”), precisando, quindi che «la prassi, meglio l'uso, bancario e finanziario, diviene perciò oggetto di considerazione per l'introduzione normativa di nuove forme di garanzia del credito».

di una sua assunzione a *modello imperativo* della categoria degli *accordi* (identificati, per quanto sopra precisato, con la “sintesi verbale” dei patti) *commissori* comporterebbe anche la necessità di ridimensionare massicciamente istituti (da quello della vendita con patto di riscatto, alla clausola penale, alle prestazioni solutorie) di lunghissima tradizione giuridica, che consentono il *perseguimento di funzioni diverse* da quella di garanzia e che, per contro, una estensione eccessiva della regola marciata (oltre l’ambito che le è proprio) finirebbe, irragionevolmente, per compromettere.

I contratti del mercato bancario nel diritto generale dei contratti: specialità e primato

SOMMARIO: 1. Il diritto oggettivo del mercato bancario. – 2. Codice civile e testo unico bancario. – 3. Regole speciali. – 4. Clausole e principî generali tipici dei contratti bancari. – 5. Influenze del diritto bancario sul diritto contrattuale. – 6. Il ruolo del diritto privato.

1. Il diritto oggettivo del mercato bancario

Nei rapporti tra diritto privato e diritto commerciale, si guarda, da un lato, alla *specialità*, e, dall'altro lato, al *primato* dell'uno sull'altro diritto oggettivo, con la conseguente esigenza di rinvenire principî ordinanti condivisi.

Come per l'attività economica bancaria, in cui l'ordinamento ha ritenuto necessario, sin dagli arbori dello sviluppo del Paese, dettare una disciplina *ad hoc* e dove le soluzioni individuate furono antesignane di quelle poi estese alle altre imprese, così quello dei contratti bancari è fertile terreno di sperimentazione di soluzioni nuove.

Il diritto bancario – delle imprese e dei contratti bancari – è un sottosistema, onde la ricerca di soluzioni ai nuovi problemi e l'analogia si compiono, piuttosto che all'esterno, al suo interno, secondo principî spesso diversi dal diritto comune.

Si discorre di un "primato" del diritto dei mercati, per l'espansione regolatoria nei rapporti interprivati.

Persino i settori tipici del diritto civile tradizionale subiscono l'influenza del diritto commerciale: così, ad esempio, quanto al diritto alla riservatezza ed al rispetto dei dati personali, le esigenze sovraindividuali e di mercato hanno indotto il giudice al bilanciamento degli interessi¹; si pensi, altresì, all'azienda coniugale ed alla impresa familiare, o alle successioni "aziendali", come il *trust* e il patto di famiglia.

¹ Cass. 9 agosto 2017, n. 19761, in *Giur. comm.*, 2019, II, 732, n. CAPIZZI e Cass., ord. 17 maggio 2015, n. 15096, ined., vicenda che richiese il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, da cui la sentenza 9 marzo 2017, n. 398/15, in *Foro it.*, 2017, IV, 165, n. PARDOLESI.

2. Codice civile e testo unico bancario

L'attività bancaria si compie attraverso i tipici strumenti d'intermediazione nella circolazione del denaro che sono i contratti bancari e, già nel codice civile, l'elemento specializzante è costituito dalla qualità soggettiva di "banca" di uno dei contraenti.

L'impianto codicistico non offre una definizione generale, ma regola solo le figure più diffuse di contratti bancari. La predisposizione standardizzata, con la tutela di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c., presto rivela insufficiente, è funzionale a contenere i costi delle consulenze professionali, ma impone una tutela "preventiva"; e, sino all'entrata in vigore della l. 17 febbraio 1992, n. 154, la materia dei contratti bancari era regolata dai principî e dalle regole generali della materia contrattuale.

L'originaria collocazione nel codice civile, che tuttora resiste, non ha impedito che le peculiarità di questo mercato si imponessero, anche per sollecitazioni sovranazionali, sino ad esigere la disciplina apposita nelle leggi speciali. Già in punto di fattispecie "contratto bancario", il t.u.b. ha affiancato, ai pochi tipi previsti dal codice civile, una previsione generale: l'attività bancaria come «raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito», che riserva alle banche (art. 10)².

La tutela del cliente bancario è stata perseguita dal legislatore nazionale mediante una disciplina *ad hoc*, che tocca molti profili.

Dell'essenziale "trama" fanno parte, anzitutto, gli artt. 116-119 t.u.b.

La relazione di specialità-primazia, di cui si è parlato, sollecita l'indagine su tre aspetti: *i*) quali regole *principaliter* i contratti bancari conoscano, speciali ed eterogenee rispetto al diritto privato dei contratti; *ii*) se siano individuabili clausole e principî generali tipici dei contratti bancari; *iii*) se le soluzioni individuate nel diritto speciale bancario siano tali da poter traslare o influenzare, all'inverso, il diritto comune dei contratti di matrice civilistica.

3. Regole speciali

Interessa sottolineare alcune regole speciali, incluse fra le «*disposizioni generali*» sui contratti bancari del testo unico.

² Secondo l'attuale "diritto vivente" (Cass. 28 febbraio 2018, n. 4760, in *Vita not.*, 2018, 750), l'attività professionale di raccolta del risparmio tra il pubblico non è ammessa che per le banche, derivandone la nullità del contratto concluso con un imprenditore non autorizzato all'esercizio dell'attività bancaria, salva la conversione in un contratto di diritto comune, ai sensi dell'art. 1424 c.c.

Anzitutto, lo *ius variandi*, previsto dall'art. 118 t.u.b., rappresenta una seria eccezione all'art. 1372, comma 1, c.c., secondo cui è ammessa la modificabilità solo consensuale del contratto.

La *ratio* della disciplina sta nella circostanza che la variazione – in negativo – degli indici economici, se potrebbe essere del tutto irrilevante nel singolo rapporto, assume invece effetti economicamente insopportabili per l'intermediario che vede moltiplicato per *n* volte il “micro-squilibrio” di segno negativo: lo *ius variandi*, allora, persegue l'obiettivo di conservare l'equilibrio sinallagmatico tra le singole prestazioni contrattuali, passando attraverso il mantenimento dell'equilibrio dell'intero complesso delle prestazioni contrattuali tipologicamente simili, poste in essere dall'imprenditore nei confronti di un numero indefinito di controparti³.

Al cliente, tuttavia, potrebbe non restare altro che l'esercizio del diritto di recesso: tutela non sempre idonea, analogamente al diritto di *exit* dalla società.

L'art. 118 t.u.b. richiede, perché sia valida la variazione unilaterale delle condizioni contrattuali, il «*giustificato motivo*» della variazione, che sia determinato e verificabile: il nucleo della disposizione sta in detto presupposto.

Sono «*eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario*», sia che afferiscano alla sfera del cliente, quale la fortemente diminuita «*affidabilità dello stesso in termini di rischio di credito*», sia derivati da «*variazioni di condizioni economiche generali che possono riflettersi in un aumento dei costi operativi degli intermediari*»⁴, come il costo del denaro o i costi industriali relativi ai servizi offerti dall'istituto. Si discute se le *scelte gestionali* della banca possano assurgere a giustificato motivo⁵.

³ ABF di Roma 23 novembre 2012, n. 3981. Si evita, così, lo scioglimento del vincolo o il processo di rinegoziazione del rapporto, onde la norma è strumento «*di conservazione del contratto funzionale a logiche di efficienza economica*»: così F. SARTORI, *Sul potere unilaterale di modificazione del rapporto contrattuale: riflessioni in margine all'art. 118 T.U.B.*, in *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e diritto applicato*, a cura di Dolmetta e Sciarone Alibrandi, in *Quaderni Banca, borsa e tit. cred.*, 2012, 38 ss.

⁴ Circ. Ministero dello sviluppo economico 21 febbraio 2007, n. 5574, sui chiarimenti in merito all'applicazione dell'art. 10 l. 4 agosto 2006, n. 248.

La Banca d'Italia, con nota di vigilanza 28 marzo 2017, seguita a un'indagine conoscitiva evidentemente insoddisfacente, ha menzionato i casi esemplari in cui non ricorre il “giustificato motivo” ex art. 118 t.u.b.: *assenza di correlazione* (tra il tipo di contratto e l'incremento dei costi), *costi già sostenuti* (con effetti esauriti), *sovradimensionamento* (modifiche non giustificate da costi sopravvenuti e non riguardanti la sola parte incrementale), *motivazioni plurime e scollegate* (senza illustrazione del legame con gli interventi sulle condizioni), *discriminazioni* (modifiche che esentano alcune tipologie di clienti, facendo aumentare l'impatto della manovra sui clienti restanti). La novità della nota risiede nella scelta di Bit di fornire indicazioni in dettaglio e di tipo casistico.

⁵ In senso affermativo, V. TAVORMINA, *Ius variandi e contratti bancari*, in *Giur. comm.*, 2013, 319.

L'obbligo della banca di comunicare al cliente le variazioni unilaterali delle condizioni di contratto, previsto dall'art. 118 t.u.b., sussiste solo se siano state decise dalla banca stessa ed in senso sfavorevole alla controparte; non quando la variazione del saggio di interesse o di altre condizioni sia stata concordemente subordinata dalle parti alle corrispondenti variazioni di elementi obiettivi ed esterni⁶. Lo *ius variandi* previsto dall'art. 118 t.u.b. consente la modifica di condizioni già previste nel contratto e non può essere utilizzato per introdurre *clausole nuove*⁷.

Sul diritto di chiedere alla banca la documentazione già inviata al cliente, previsto nell'art. 119, comma 4, t.u.b., si è scritto: «*Insomma – potrebbe dirsi – la norma, nell'ottica della trasparenza, consente al cliente di smarrire, se non distruggere, gli estratti conto, per poi nuovamente richiederne copia, sempre nei limiti del decennio anteriore, col solo onere di pagamento della relativa spesa*»⁸.

Sebbene ivi non espressamente menzionati, il medesimo giudice di legittimità non dubita che la norma si riferisca anche agli estratti conto. Dunque, il cliente può esigere l'adempimento dell'obbligazione, sancita dall'ultimo comma dell'art. 119, anche con riguardo agli estratti conto ed indipendentemente dal fatto che la banca abbia già esattamente adempiuto l'obbligazione di consegna periodica. Situazione che, viceversa, nel diritto comune dei contratti sarebbe probabilmente non conforme a buona fede.

Le principali questioni sono di ordine processuale, specificamente il rapporto con l'ordine di esibizione *ex art. 210 c.p.c.*: è stato ora chiarito⁹ che la previsio-

⁶ Cass. 29 maggio 2012, n. 8548, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2012, 628, n. DALMARTELLO; Cass. 25 novembre 2002, n. 16568, ined.; nello stesso senso, Cass. 19 ottobre 2017, n. 24811, ined. e non massimata; ABF Milano, 20 gennaio 2017, n. 468, che richiama, sia pure con riguardo ad oneri diversi. In questo senso si è pronunciata Corte cost., ord. 23 giugno 1999, n. 256, in *Giur. costit.*, 1999, 2206.

⁷ ABF Roma, 20 febbraio 2017, n. 1633, fra le altre.

⁸ Cass. 13 settembre 2021, n. 24641, in *I contratti*, 2022, 39, n. MONTI.

⁹ Da Cass. 13 settembre 2021, n. 24641, cit., la quale mostra passo per passo la fallacia della precedente interpretazione. V. già, in senso restrittivo, Cass. 4 aprile 2016, n. 6511, non mass. ed inedita. Una differente lettura è in precedenti decisioni (Cass. 11 maggio 2017, n. 11554, in *Foro it.*, 2018, I, 286, seguita da Cass. 8 febbraio 2019, n. 3875, ined.; Cass. 4 dicembre 2019, n. 31650, non mass.; Cass. 30 ottobre 2020, n. 24181, *id.*, 2021, I, 165, ma senza apportare ulteriori argomenti, ed anzi ripetendo quelli svolti nella capofila), secondo cui il cliente potrebbe instare per l'ordine di esibizione *ex art. 210 c.p.c.*, pur quando nulla avesse richiesto prima alla banca.

^{1a} giurisprudenza di merito, notoriamente più addentro alle questioni fattuali e processuali, è largamente schierata per una lettura che, con diverse argomentazioni, esclude la possibilità di avvalersi dell'art. 119, comma 4, t.u.b. direttamente in sede giudiziale, se non sia stata preventivamente avanzata alla banca l'istanza prevista dalla norma e la banca non abbia mostrato di non volere ottemperare nel termine; analogo l'orientamento prevalente dei collegi territoriali dell'ABF.

ne costituisce un diritto potestativo, il quale, fintanto che non venga esercitato, rimane confinato nel mondo del possibile giuridico; onde il cliente ha diritto di ottenere gli estratti conto direttamente dalla banca, ma non per il tramite del giudice con l'ordine di ispezione.

L'ulteriore questione del se, ed in quali limiti, il cliente che agisce contro la banca possa, in mancanza degli estratti conto, soddisfare l'esigenza di indicare la *causa petendi* e il *petitum*, come stabilito dall'art. 163, comma 2, n. 3 e n. 4, c.p.c. a pena di nullità, adempiendo al proprio onere di allegazione, resta questione aperta.

Vediamo l'art. 120-*quater* t.u.b.

All'interpretazione dell'enunciato ha nuociuto, più che giovare, il richiamo dell'art. 1202 c.c. sulla «*surrogazione per volontà del debitore*»: istituto di scarsissima diffusione, sia per le difficoltà interpretative della norma che lo disciplina, sia per le incertezze fiscali legate alla sua applicazione¹⁰.

La *ratio legis* è nell'esigenza di assicurare al risparmiatore, che intenda cambiare banca per sostenere più agevolmente il pagamento di rate di mutuo, di farlo, senza dover affrontare costi.

Ma la surrogazione – quale istituto civilistico – realizza la successione nel rapporto obbligatorio, non nel contratto; non occorre il consenso del creditore originario, né è necessaria una manifestazione di volontà di accettazione da parte del terzo mutuante, che ha facoltà di rifiutare il subingresso; in capo al nuovo creditore-mutuante non c'è un obbligo a contrarre. Nel meccanismo civilistico dell'art. 1202 c.c., queste dunque le situazioni soggettive dei soggetti coinvolti: *facoltà* del debitore, *soggezione* del creditore, *libertà* del nuovo mutuante, che può gradire la sostituzione, ma anche rifiutarla.

Tale ventaglio delle posizioni soggettive permane nel nuovo istituto del t.u.b.: pur caratterizzato, tuttavia, non da una mera vicenda del rapporto obbligatorio, ma da una (atipica) vicenda di cessione del contratto.

¹⁰ Proprio la frammentazione e progressiva integrazione della disciplina *de qua* indusse il T.a.r. Lazio 6 aprile 2009, n. 3692, in *Foro it.*, 2010, III, 141, ad accogliere il ricorso avverso il provvedimento dell'AGCM, che aveva sanzionato la banca per pretesi comportamenti integranti la fattispecie della pratica commerciale scorretta: in particolare, era stata rilevata, a carico di taluni operatori creditizi, una condotta «*consistente nell'impedire o rendere onerosa per i consumatori, già titolari di un mutuo ipotecario, che si rivolgono all'operatore per ottenerne la surrogazione, l'effettuazione dell'operazione di c.d. portabilità*».

L'attuale regolamentazione¹¹ permette di apprezzare rilevanti differenze fra testo unico bancario e codice civile: un'assai più dettagliata regolamentazione, sotto tutti gli aspetti, dell'istituto, ma, soprattutto, sin dal 2008, l'effetto di una *cessione coattiva del contratto* di finanziamento: qualora, cioè, il debitore eserciti la facoltà prevista dalla disposizione, egli produce – senza il consenso dell'altro contraente – il trasferimento del contratto.

Mentre nell'art. 1202 c.c. si trasferisce il debito, che passa dal rapporto con l'originario creditore – non necessariamente di un contratto di finanziamento, ma logica vuole si pensi ad un contratto di durata – al nuovo creditore-mutuante, nella nuova figura *si trasferisce il contratto*, sebbene in modo *atipico*, in quanto invero alla fine vi sono *due contratti* di mutuo.

Pertanto, la deroga o la specialità va apprezzata non tanto con riguardo all'art. 1202 c.c., quanto agli artt. 1406 ss. c.c. L'impianto normativo contiene l'espressa previsione che la surrogazione comporti «*il trasferimento del contratto di mutuo*», il cui contenuto, però, è sostituito dalle condizioni stipulate con la banca subentrante.

In tal senso, continua ad essere alquanto decettiva la rubrica dell'art. 120-*quater* t.u.b. «*Surrogazione nei contratti di finanziamento. Portabilità*»: l'effetto surrogatorio è solo secondario, rispetto a quello primario della cessione coattiva del contratto.

La conseguenza è che – nonostante la perdurante presenza di quell'esplicito riferimento alla disciplina codicistica – qui si realizza tutt'altro: la vera e propria cessione del contratto, *rectius* della posizione contrattuale.

Ma ancora di più: se l'ordinaria cessione – come disciplinata dagli artt. 1406 ss. c.c. – si delinea all'interno della medesima vicenda contrattuale, nella fattispecie all'esame vengono in considerazione, per espressa indicazione legislativa, *due contratti di mutuo*, quello preesistente e quello nuovo (si confronti, al riguardo, quanto evincibile dal letterale tenore, dove, se si parla di «*trasferimento*

¹¹ La prima regola speciale fu dettata dall'art. 8 (rubricato «*Portabilità del mutuo; surrogazione*») d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, conv., con modif., in l. 2 aprile 2007, n. 40, ed ivi incluso tra le «*Misure urgenti per la tutela dei consumatori*». Atteneva alla sola c.d. portabilità passiva, mera modificazione del lato attivo del rapporto (viene “portato” il debitore), richiamando l'art. 1202 c.c. L'art. 2, comma 450, l. 24 dicembre 2007 n. 244 (legge finanziaria per il 2008) disciplinò anche la c.d. portabilità attiva del mutuo, mediante l'inserzione del comma 3-*bis* nel suddetto art. 8: l'originario contratto di mutuo, in luogo di esaurire i suoi effetti, si trasferisce, peraltro svuotato di ogni contenuto, e si conclude un nuovo contratto di mutuo con la banca subentrante. Così, pertanto, viene introdotta una cessione coattiva del contratto, con esclusione di talune spese. La disciplina è stata poi trasferita nell'art. 120-*quater* t.u.b., in forza del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, con ulteriori successive modifiche minori.

del contratto», si esclude, poi, che possano essere imposte al cliente spese o commissioni «per la concessione del nuovo finanziamento»).

Pertanto, all'interno della vicenda traslativa in argomento, i due distinti contratti sono destinati ad una – sia pure temporalmente circoscritta – coesistenza: atteso che il contratto con la banca subentrante integra un elemento costitutivo della surrogazione e, quindi, non può non precedere il momento in cui essa (ed il connesso effetto traslativo realizzato con riferimento al contratto originario) si perfeziona.

Il nuovo contratto di mutuo avrà una valenza strumentale e modificativa rispetto a quello originario, in un rapporto di necessaria presupposizione ed implicazione negoziale, con carenza di autonomia del nuovo contratto quale modulo contrattuale “vuoto” (una sorta di *empty box*) destinato a ricevere il “contenuto” del preesistente contratto di mutuo ed a sostituirsi al primo: il tutto, all'interno di una vicenda traslativa preordinata non certo alla mera surrogazione *a latere creditoris*, quanto piuttosto alla cessione del contratto da parte dell'originario creditore nei confronti del nuovo mutuante.

In definitiva, se l'originario riferimento all'art. 1202 c.c., sulla surrogazione nel credito, poteva trovare nell'impianto originario della norma una sua ragion d'essere ed una sua compatibilità sistematica con il codice civile, ormai non è più così.

Si ha, in definitiva, che un istituto tipico del diritto delle obbligazioni – quale la surrogazione – determina una cessione *ex lege* del contratto, con evidenti peculiarità di riconfigurazione normativa dell'istituto all'esame, quale realizzata dalla disciplina in tema di “portabilità” del mutuo.

4. Clausole e principi generali tipici dei contratti bancari

Due disposizioni si intende qui segnalare.

La prima è l'art. 116 t.u.b., che al comma 1 contiene la fondamentale regola della «trasparenza».

La nostra tradizione secolare conosce la clausola generale di buona fede, nozione di ampio respiro, che non ha impedito però ad altre nozioni esterne di essere recepite: come l'abuso del diritto, la ragionevolezza o, appunto, la trasparenza.

Si assiste ad un vero e proprio “boom di trasparenza” negli anni tra il 1990 e il 2000, nei settori più diversi: dall'agire della pubblica amministrazione¹², alla

¹² Si vedano, tra le tante: art. 1 l. 7 agosto 1990, n. 241, come principio generale dell'attività amministrativa, e l'art. 22 sul diritto all'eccesso; il d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. nella legge 12 luglio 1991, n. 203, dove il *nomen* della legge ed anche il capo VIII menzionano la trasparenza e di buon andamento dell'attività amministrativa; artt. 1, 8, 9 e 28 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114, riforma della disciplina relativa al settore del commercio; artt. 59 e 61 d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300, con riguardo alle agenzie fiscali.

materia della concorrenza e dei mercati in genere¹³, sino allo specifico mercato finanziario e bancario¹⁴.

Se, pertanto, si esclude il tema della trasparenza della pubblica amministrazione – dove la regola si collega direttamente al valore costituzionale dell'art. 97 Cost. – è proprio in materia di mercati, e sopra tutti del mercato bancario-finanziario, che il principio della trasparenza delle condotte dispiega la sua particolare forza e costanza¹⁵.

La seconda disposizione di rilievo è l'art. 117 t.u.b.

La “forma di protezione”, del pari prevista nell'art. 23 t.u.f., è tale per cui il requisito della forma scritta del contratto-quadro è rispettato, ove sussista la sottoscrizione dell'investitore¹⁶, così superando le sezioni unite la tesi della forma bilaterale *ad substantiam*.

Tale principio è sicuramente applicabile anche ai contratti bancari, posto che non è diversa la disposizione dell'art. 117 t.u.b.¹⁷.

¹³ Cfr. art. 4 d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa; art. 3-bis d.l. 18 settembre 1995, n. 381, conv. con modif. in l. 15 novembre 1995, n. 480, in materia di pubblicazione ufficiale dell'elenco dei protesti cambiari; art. 2 l. 14 novembre 1995, n. 481, norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità.

¹⁴ Nel t.u.b.: v. le rubriche del Titolo VI, «*Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*», che torna nella rubrica del Capo II-ter sui conti di pagamento; e tutte quelle numerosissime disposizioni che richiamano la trasparenza delle condizioni di estinzione anticipata (art. 40), la trasparenza informativa alla clientela (art. 116), le disposizioni CICR per la remunerazione degli affidamenti e sconfinamenti (117-bis), l'obbligo generale secondo cui il finanziatore si comporta «*con diligenza, correttezza, e trasparenza, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori*» (art. 120-septies), la trasparenza e comparabilità delle spese relative al conto di pagamento (art. 126-decies), le regole ulteriori per garantire trasparenza che Bit può stabilire per gli agenti in attività finanziaria e i mediatori creditizi (art. 128-decies). La norma più generale è qui l'art. 127 t.u.b. Nel t.u.f.: artt. 5, 6, 7 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, che affidano alla Consob la regolamentazione e la vigilanza sulla «*trasparenza e la correttezza dei comportamenti*». Esempio l'art. 194-sexies t.u.f., «*Condotte inoffensive*», secondo cui la Consob non procede alla contestazione delle violazioni «*nei casi di assoluta mancanza di pregiudizio per la tutela degli investitori e per la trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali...*».

¹⁵ I giudici di merito hanno ritenuto che, quando le clausole del contratto bancario siano – per contenuti, modalità di stesura e inserimento dei criteri di calcolo – tali da rendere equivoci i diritti e gli obblighi del cliente, sono nulle per contrarietà agli artt. 115 e 116 t.u.b., nonché agli artt. 33 ss. cod. cons., contravvenendo ai principi di trasparenza, pubblicità e chiarezza: Trib. Roma 3 gennaio 2017, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 1153, n. DALMARTELLO; Trib. Cagliari 21 marzo 2013, in *Foro it.*, 2014, I, 627.

¹⁶ Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Foro it.*, 2018, I, 928, n. DALMARTELLO.

¹⁷ Una recente sentenza (Cass. 26 agosto 2021, n. 23489) ha chiarito che ai contratti di *swap*, conclusi direttamente con l'intermediario, si applica l'art. 23, comma 4, t.u.f., escludendoli dalla sfera dell'art. 117 t.u.b. e negando l'esigenza del requisito della forma scritta per il singolo contratto di

Si tratta del riconoscimento della specialità delle *rationes* sottese al requisito formale. Come aveva indicato l'ordinanza interlocutoria, nell'ambito della più generale teoria delle forme negoziali, non tutte le prescrizioni di forma sono uguali¹⁸.

Al fine di comprendere la realtà economica e giuridica descritta, la visuale del formalismo negoziale rigidamente “di struttura” è stata ritenuta inadeguata, lasciando il campo a quella “di funzione”.

Dal suo canto, la consegna del contratto non è requisito formale: all'omissione non si applica la sanzione della nullità. In tal caso, l'interpretazione mutua proprio dai concetti civilistici: la consegna, per il codice civile, è materiale dazione della *res*. Certamente va escluso si tratti di un obbligo di forma in senso tecnico, ma è mero supporto per l'immagazzinamento dei dati e comportamento imposto relativo alla documentazione. Onde nessuna innovazione al riguardo il t.u.b. ha apportato al concetto civilistico di “consegna”.

5. Influenze del diritto bancario sul diritto contrattuale

Possono individuarsi influenze per i metodi, gli istituti, i concetti.

In punto di *metodo*, ecco la pluralità delle fonti regolatorie.

Il diritto dell'economia conosce largamente, e per primo, l'importanza della autoregolamentazione, come dimostrano il c.d. codice Preda delle società quotate o la scelta del bilancio non finanziario.

Ciò ha influenzato il diritto dei privati, come per il rilievo progressivo attribuito alle norme deontologiche in tutti i settori professionali.

Passando agli *istituti*, il patto marciano è figura sorta nel diritto bancario e, poi, estesa dal diritto vivente ad ogni contratto tra privati.

swap. Il cuore della decisione non sta – come si legge invece nella massima ufficiale – nella mera ripetizione della regola legale; il nucleo della decisione sta, invece, altrove, e precisamente nella riconduzione dello *swap* ai contratti di investimento finanziario, pur se sia concluso direttamente con l'intermediario ed anche ove lo strumento finanziario sia da questi direttamente creato.

¹⁸ «Se la forma ad substantiam, nella sua solennità propria degli scambi immobiliari tipici dell'economia fondiaria, funge, nell'ambito dei rapporti paritari, da criterio d'imputazione della dichiarazione, oltre che servire a favorire – a tutela di entrambi contraenti – i “beni” della chiarezza nei contenuti, della ponderazione per l'impegno assunto e della serietà dell'accordo, nonché a distinguere le mere trattative dall'atto definitivo, occorre poi pur riflettere sul fatto che, invece, laddove le parti non si trovino su di un piano di parità perché si ravvisa una “parte debole” del rapporto, a scongiurare il rischio della insufficiente riflessione o dell'approfittamento ad opera dell'altro contraente interviene, allora, la forma, o formalità “di protezione”»: Cass., ord. interl. 27 aprile 2017, n. 10447, in *Foro it.*, 2017, I, 2731, n. LA ROCCA, *Banca, borsa ecc.*, 2017, II, 535, n. TUCCI, GIROLAMI.

La S.C. ha riconosciuto la liceità della clausola negoziale, con cui si pattuisce che, al termine del rapporto, si proceda alla stima del bene e il creditore sia tenuto al pagamento dell'importo eccedente il credito: *iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam*, secondo la tradizione giustiniana.

Dapprima in via di *obiter*, la liceità è stata affermata, accennandosi alla causa del negozio, che non sarebbe illecita, pur in presenza di costituzione di garanzie che presuppongano un trasferimento di proprietà, qualora queste risultino integrate entro schemi negoziali che tale abuso escludono in radice, «*come nel caso del pegno irregolare, del riporto finanziario e del c.d. patto marciano, in virtù del quale, come è noto, al termine del rapporto si procede alla stima, ed il creditore, per acquisire il bene, è tenuto al pagamento dell'importo eccedente l'entità del credito*»¹⁹. Il medesimo concetto è stato di nuovo espresso, sempre in via incidentale, escludendosi la violazione dell'art. 2744 c.c. in presenza di un patto marciano «*in virtù del quale al termine del rapporto si procede alla stima ed il creditore, per acquisire il bene, è tenuto al pagamento dell'importo eccedente l'entità del credito*»²⁰.

Quindi, stavolta come principio di diritto, la Corte ha ritenuto lecito il patto marciano, in tema di *lease back*²¹.

Ora, il diritto positivo in materia bancaria ha introdotto la tipizzazione di queste clausole, in due specifiche fattispecie.

Il rafforzamento della posizione del creditore garantito si è avuta, così, nel campo delle garanzie immobiliari, mediante l'introduzione di una versione tipizzata del patto marciano. La storia delle garanzie si caratterizza per i tentativi di inserimento nella disciplina contrattuale di meccanismi solutori automatici, in grado di assicurare un soddisfacimento creditorio rapido ed a prescindere dalla collaborazione del debitore, limitandone altresì la possibilità di proporre eccezioni; si pensi, per fare un esempio, al contratto autonomo di garanzia.

Le esigenze, che dottrina e giurisprudenza evidenziavano, come sottese ai limiti di liceità del patto marciano, sono soddisfatte dagli artt. 48-*bis* e 120-*quinquiesdecies* t.u.b., che prevedono l'obbligo dell'intermediario di restituire l'eccedenza del va-

¹⁹ Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Giust. civ.*, 2006, I, 177.

²⁰ Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, 719.

²¹ Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Foro it.*, 2016, I, 685, n. BROGI. Anche se qualche riserva di liceità, secondo alcuni, permane, in quanto la tutela della *par condicio creditorum* sarebbe in ogni caso frustrata da tale pattuizione, vincolando il bene al soddisfacimento del creditore stipulante e sottraendolo all'aggressione degli altri creditori, per di più mantenendo al privilegiato la garanzia patrimoniale ordinaria per l'eventuale rischio creditorio: M. SUPPA, *Atto commissorio e patto marciano: la sottile linea tra negozi nulli e negozi leciti*, in *Corr. giur.*, 2021, 7, 927.

lore del bene rispetto all'ammontare del credito, a séguito della valutazione da parte di un terzo dell'immobile oggetto della garanzia. Il cliente consumatore, peraltro, è ulteriormente protetto dalla possibilità di un effetto esdebitativo e dall'assistenza di un consulente per valutare la convenienza del ricorso alla clausola marciana²².

L'espansione al diritto comune dei contratti si palesa quando si afferma la liceità – in via generale – di un simile patto²³.

Dunque, la tipizzazione di tali figure speciali è vista come un sintomo della generale ammissibilità del patto marciano *ex art. 1322 c.c.*, secondo il meccanismo che ne delinea i requisiti di validità: la valutazione del valore venale del bene ad opera di un terzo imparziale e la restituzione dell'eventuale eccedenza rispetto al credito garantito.

Diviene, in tal modo, ammissibile la stipula di patti marciati atipici, cioè anche da parte di contraenti diversi dagli intermediari, con estensione generale del loro ambito applicativo. Qui, il diritto commerciale ha aperto la strada al diritto civile, pur sempre in via di interpretazione da parte della giurisprudenza.

Ancora.

Se il principio è che le regole speciali valgono solo per i contratti bancari, si legge poi che alla *fideiussione* – la quale non costituisce affatto, in sé, un'operazione bancaria²⁴ – sarebbe applicabile l'art. 119 t.u.b.²⁵.

Ma l'art. 119 t.u.b. è dettato solo per il cliente: quindi, se si può ammettere il curatore fallimentare²⁶ o l'erede, che in luogo di lui agiscono, per il terzo vi sono perplessità.

²² G. MATTARELLA, *Clausola marciana e tutela del consumatore: la dubbia compatibilità col diritto europeo dell'art. 120-quinquiesdecies tub*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, 714.

²³ Cass. 17 gennaio 2020, n. 844, in *Giur. it.*, 2021, 48, n. SCAPINELLO.

²⁴ Cfr. Cass. 9 novembre 2007, n. 23391, ined.: la quale ha chiarito che il rapporto di accessorietà, che lega l'obbligazione di garanzia a quella principale, consente eventualmente al fideiussore di sollevare le eccezioni inerenti al rapporto principale, ma non basta certo a far sì che le disposizioni dettate dal legislatore con riguardo a quest'ultimo rapporto si applichino automaticamente al contratto di fideiussione, e, quindi, ha disatteso la tesi secondo cui gli artt. 117, 118 e 119 t.u.b. si applicherebbero anche ai contratti di fideiussione stipulati dalle banche a garanzia delle esposizioni debitorie dei loro clienti.

²⁵ Cass. 30 ottobre 2020, n. 24181, in *Foro it.*, 2021, I, 165 e *Riv. dir. risparmio*, 2020, 222, n. CHIRONI, secondo cui il diritto spetterebbe anche al fideiussore «*il quale, in ragione dell'accessorietà del rapporto di fideiussione rispetto al contratto di conto corrente, può definirsi, in senso lato, un cliente della banca*».

²⁶ Tale diritto era stato affermato per il curatore fallimentare del cliente – in un'epoca in cui la norma non era stata ancora introdotta – in applicazione del principio di buona fede oggettiva e della sua attitudine ad operare anche quale fonte d'integrazione della stessa regolamentazione contrattuale *ex art. 1374 c.c.*: Cass. 22 maggio 1997, n. 4598, in *Foro it.*, 1997, I, 1732.

Quanto al nostro discorso, non è escluso che anche per altre tutele, oggi tipiche del cliente bancario, si potrà, in futuro, finire per predicare l'estensione a diversi contratti di diritto civile, posti in essere con una banca.

Infine, sul piano dei *concetti*, potrebbe pensarsi ad una traslazione al diritto civile della nozione di «trasparenza», su cui si visto insistere molto il mercato bancario e finanziario; anche se, probabilmente, con poca utilità.

Quanto alla «autoresponsabilità»²⁷, se ne trovano molte tracce nella materia dei contratti bancari e finanziari, per alludere all'esigenza di una condotta prudente dell'investitore: dunque, è riconducibile senza sforzo alla fattispecie dell'art. 1227 c.c.

La «ragionevolezza» è nozione di provenienza anglosassone, che ha trovato il suo iniziale terreno di uso nell'ambito del diritto dell'economia: vuoi in materia societaria (artt. 2467, 2426, 2501-*bis* c.c.; ma poi anche, per diritto, nel compenso agli amministratori), vuoi nel campo bancario e finanziario²⁸.

In passato, si incontrava la nozione in tema di interpretazione della legge, o a volte nel diritto penale ed amministrativo; oggi, sembra traslare nel diritto dell'economia, e da questo al diritto civile, dove se ne parla in tema di successioni, di appalto, di concessione di vendita, di garanzie, ed altro.

Sebbene poi, nel diritto civile, si concluda prevalentemente che i criteri di ragionevolezza non siano «*tali da consentire di configurare un principio di ragionevolezza di generale applicazione nei rapporti tra privati*»²⁹.

6. Il ruolo del diritto privato

Il diritto europeo (al pari di quello anglosassone), sia esso normativo o giurisprudenziale, da cui provengono molti spunti per il diritto interno, è pragmatico, «*poco si cura delle architetture concettuali*» e «*sposa la tecnica dei rimedi, più che*

²⁷ Sia permesso il rinvio a *I doveri presi sul serio*, in *Foro it.*, 2020, V, 293.

²⁸ Si vedano, in tal senso, le disposizioni del t.u.b., concernenti: il sostegno finanziario di gruppo (art. 69-*quinquiesdecies*); le misure di prevenzione della crisi (art. 96); la necessità di valutare «*ipotesi ragionevoli*» sui rischi del consumatore per la durata del contratto (art. 120-*septies*, art. 120-*terdecies*); i costi nei conti di pagamento, che devono essere «*ragionevoli e coerenti con finalità di inclusione finanziaria*» (art. 126-*vicies-bis*); le spese addebitabili al contraente bancario, che, quale norma generale in materia, devono essere «*ragionevoli e proporzionate*» ai costi (art. 127-*bis*). Si noti – quanto all'ultima fattispecie – che la parola «*ragionevoli*» è stata sostituita alla precedente «*adeguate*» dall'art. 1, comma 19, lett. c, d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218, a conferma della preferenza legislativa per la nozione.

²⁹ A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 758; S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 7; S. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, 533.

quella astrattizzante dei diritti. Il legislatore eurounitario «non osa riscrivere le fattispecie in modo compiuto», ma la fattispecie viene «aggirata» per il difficile compito di ottenere effettività «con il minimo investimento assiologico ed il minimo tasso di riconcettualizzazione»³⁰.

L'introduzione di concetti a noi alieni è stata, in generale, accolta negli ordinamenti nazionali senza particolari resistenze e, specie all'inizio, senza suscitare la meritata attenzione³¹.

Tuttavia, la scienza giuridica risente dell'aspetto linguistico in modo più grave di quanto non avvenga per le c.d. scienze esatte o empiriche. La caratteristica del linguaggio del giurista è che egli si serve *solo* delle parole. Mentre il medico o l'ingegnere hanno anche altri strumenti di lavoro, per il giurista il linguaggio è insieme strumento ed oggetto della sua attività, il solo mezzo di conoscenza ed esternazione.

Molte parole del linguaggio nei testi giuridici non sono adeguate³².

Del pari, a volte i concetti nuovi non sono necessari: ragionevolezza, abuso del diritto, rimedi, trasparenza; spesso basterebbe ricorrere alla clausola generale di buona fede, tipica del nostro sistema.

Nella ricerca dei concetti adeguati e del sistema, ad essere coinvolto è il «mestiere del giurista», con le sue esigenze di una dogmatica solida: siamo spinti verso l'abbandono delle dogmatiche municipali (inesportabile il nostro «buon padre di famiglia»?) verso una nuova dogmatica universalmente fruibile³³.

Ma, più che le mere esigenze di precisione linguistica, sono in gioco quelle ben più rilevanti di certezza del diritto.

Il diritto è sempre più spesso scritto e riscritto da soggetti diversi. Leggi, giudici, *authority*, dottrina, privati. Tutto ciò ha molti meriti e un pericolo grave: l'erosione di un valore di civiltà come la certezza del diritto³⁴, che non è un valore come gli altri, ma si ricollega al concetto stesso di statualità moderna; secondo la geniale intuizione di Aristotele, la legge deve essere generale ed astratta.

Occorre convenire che il mercato si sviluppa e prospera nella certezza: che «non va a beneficio della sola maggioranza ma anche della minoranza nonché,

³⁰ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015, 14 s.

³¹ R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, 373.

³² Per ricordarne alcune, tutte tratte da una rapida scorsa alle banche dati: «procedimentalizzazio-ne», «attenzionare», «epigrafata sentenza», o le espressioni mutuare dalle scienze sperimentali, come «fisiologico», «dinamico», «fattezze», «incistare», «groviglio da sbrogliare» (qui sembra Rossini), etc.

³³ S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 2015, 44.

³⁴ G. VETTORI, *Il contratto europeo tra regole e principi*, Torino, 2015, 166 ss.

in termini di maggiore produzione complessiva, del mercato inteso nella sua totalità»³⁵.

Dunque, a fronte della crescita disorganica del diritto, gli esponenti dell'accademia e delle corti, nei rispettivi ruoli, sono chiamati a rimettere un po' d'ordine nel campo dei singoli sistemi contrattuali a dimensione nazionale³⁶.

Se è vero che sussiste la specialità e, per taluni aspetti, il primato del diritto bancario (e finanziario), non è meno vero che non solo per le radici storiche, ma anche per governare il presente l'esigenza di una parte comune dei contratti perdura; il diritto comune dei contratti e delle obbligazioni è ancora fecondo di soluzioni alle questioni poste nel campo del diritto commerciale.

Si constata, così, una riemergente funzione riunificatrice, in chiave sistematica, del diritto civile rispetto al diritto dell'economia.

È la «*ancillarità ordinante del diritto civile*»³⁷: locuzione idonea ad intendere, da un lato, il costante arricchimento dello stesso diritto civile per l'influenza del diritto commerciale, ma, dall'altro lato, la funzione del diritto civile di razionalizzazione sistematica attraverso le proprie categorie fondamentali.

Il diritto privato continuerà ad offrire agli interpreti le categorie e i paradigmi concettuali che costituiscono la struttura portante dell'architettura del sistema. Perché la dogmatica interna ha il compito di ricostruire il *linguaggio*: non per amore dei concettualismi, ma della certezza del diritto e, quindi, dell'uguaglianza.

³⁵ Così G. NICCOLINI, *Le deliberazioni assembleari di s.p.a. non conformi a legge o a statuto tra tutela reale e tutela obbligatoria*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 2004, 209, spec. 215.

³⁶ R. DEHIPOLYTIS, A. PALMIERI, nota in *Foro it.*, 2014, IV, 41.

³⁷ P. MONTALENTI, *Nuove clausole generali nel diritto commerciale tra civil law e common law*, in *Osservatorio del dir. civ. e comm.*, 2015, 133 ss.

Contratti senza lingua comune

SOMMARIO: 1. Contratti senza lingua. Agentività intelligente artificiale e procedimento complesso di contrattazione. – 2. Linguaggio umano e linguaggio macchinico: traducibilità e non interpretabilità. Equivoci della soggettività, calcolabilità, continuità. – 3. La normatività macchinica non ha bisogno di efficacia giuridica né di obbligazione. – 4. Contratto artificiale senza lingua comune e ambiente umano di contrattazione.

1. Contratti senza lingua. Agentività intelligente artificiale e procedimento complesso di contrattazione

I filosofi da tempo hanno insegnato ai civilisti che il contratto è un modo di far circolare promesse¹. I civilisti lo sapevano da tempo, ovvio; e sapevano anche come non cadere nelle trappole della volontà di promettere². Tuttavia tra il tanto che si è detto sulla vincolatività delle promesse³ avrebbe forse meritato considerazione anche il poco che si è approfondito circa il non essere la promessa l'unica forma della comunicazione umana impegnativa⁴. I giuristi hanno discusso di rapporti contrattuali di fatto e di scambi senza accordo⁵, duellando

¹ C. FRIED, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2005; il punto ovviamente è controverso: per tutti, J. BRAUCHER, *The Sacred and Profane Contracts Machine: The Complex Morality of Contract Law in Action*, in *Suffolk University Law Review*, 45 (2012), p. 667 ss.

² G. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 18 ss.

³ Il punto sulla filosofia anglosassone di indirizzo analitico si trova in M. RICCIARDI, *L'isola che non c'è. Un saggio sulla necessità della promessa*, Ets, Pisa, 2012; P. DI LUCIA, *L'universale della promessa*, Giuffrè, Milano, 1997.

⁴ Forse la ricerca di maggior interesse resta ancora il lavoro di J. KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag: zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, Mohr, Tübingen, 1981.

⁵ Non è il caso di appesantire il testo degli infiniti riferimenti possibili. Basti ricordare, per i primi, E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 353 ss.; L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Giuffrè, Milano, 1965; V. FRANCESCHELLI, *Rapporti contrattuali di fatto: un cinquantenario*, in *I contratti*, 1993, nr. 6, p. 705 ss.; e, per i secondi, N. IRTI, *Scambi senza ac-*

in polemiche infinite sulla compatibilità o non con la teoria negoziale di pratiche sociali condivise⁶. Il problema è: in quanto frutto di una prassi comunicativa, la teoria negoziale è l'unica forma nella quale si possa parlare di promessa? Detto in altri termini: la promessa implica una forma di cooperazione bilaterale che può aver luogo anche in uno spazio nel quale non vi sia alcuna pratica sociale che la sostenga?⁷

È utile riportare un esempio che proviene dalla tradizione della filosofia analitica: è stato formulato da Thomas Scanlon trenta anni fa, e costituisce un'ottima strada per comprendere i problemi del "contratto" algoritmico.

Ecco un modello di scambi «nello stato di natura»: scambi tra alieni, tra agenti che non parlano lo stesso linguaggio.

«Supponiamo che io sia bloccato in una terra sconosciuta. Nel tentativo di procurarmi qualcosa da mangiare, costruisco una lancia. Tuttavia, non sono molto bravo a usarla e, quando la scaglio contro un cervo, va fuori bersaglio e attraversa un fiume stretto ma che scorre velocemente. Mentre sto lì a guardare con tristezza la mia lancia, conficcata sulla sponda opposta, un boomerang attraversa il fiume e atterra vicino a me. Ben presto, uno straniero appare sulla riva opposta, raccoglie la mia lancia e si guarda intorno perplesso, evidentemente alla ricerca del boomerang. A questo punto mi viene in mente che potrei recuperare la mia lancia senza bagnarmi, facendo credere a questa persona che, se getta la mia lancia dall'altra parte del fiume, io gli restituirò il boomerang. Supponiamo che io abbia successo: gli faccio formare questa convinzione; lui mi restituisce la lancia e io me ne vado con la mia lancia nel bosco, lasciando il boomerang dove è caduto»⁸.

Un accordo senza scambio (e, purtroppo per l'alieno fiducioso, un accordo inadempito); ma soprattutto una intesa non mediata da alcuna prassi preesistente. Nata in modo puramente empirico dall'interazione di due agenti incapaci

cordo, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.; G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss.; N. IRTI, "È vero ma..." (replica a Giorgio Oppo), *ivi*, 1999, I, p. 273 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, Giuffrè, Milano, 2000, p. 43 ss.; N. IRTI, *Lo scambio di foulard (replica semiseria al Prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 ss.; C.M. BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, p. 1120 ss.; F. GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico (overosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 655 ss. Vent'anni dopo, questo diluvio di ingegnose botte e risposte appare soprattutto una occasione mancata.

⁶ C. CREA, *Negozio giuridico e autonomia privata: Emilio Betti e la ridondanza non tautologica del sociale*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019, nr. 1, p. 1 ss.

⁷ C. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1245 ss.

⁸ T. SCANLON, *Promise and Practices*, in *Philosophy & Public Affairs*, 19 (1990), nr. 3, p. 201 (la traduzione è mia).

di linguaggio comune, eppure capaci di interpretare ciascuno i segni dell'altro. Subito dopo Scanlon offre una serie di esempi nei quali il dato costante è l'indurre qualcuno a fare qualcosa nell'aspettativa di ricevere un contraccambio, azione cui poi consegue la decisione di deludere l'aspettativa creata. Questa la conclusione del suo ragionamento:

«Supponiamo per il momento che in tutti questi casi il mio atteggiamento sia ugualmente cinico. La mia unica preoccupazione è come fare in modo che egli [il soggetto indotto in aspettativa] mi aiuti, e non ho alcuna intenzione di aiutarlo in cambio. Dato questo presupposto, mi sembra che questi quattro casi comportino esattamente lo stesso torto, e che questo torto sia lo stesso coinvolto nel caso dello 'stato di natura' che ho descritto all'inizio. Mi riferirò a questo errore come "manipolazione ingiustificata". Il principio che lo vieta potrebbe essere enunciato come segue.

Principio M: In assenza di una giustificazione speciale, non è ammissibile che una persona, A, al fine di convincere un'altra persona, B, a fare x (che A vuole che B faccia e che B è moralmente libero di fare o non fare, ma che altrimenti non farebbe) induca B ad aspettarsi che se B fa x , A farà y (che B vuole, ma crede che A altrimenti non farà), quando in realtà A non ha alcuna intenzione di fare y se B fa x , e A può ragionevolmente prevedere che B subirà una perdita significativa se B fa x e A non fa y »⁹.

Lasciamo da parte le considerazioni di filosofia morale sviluppate dall'auto-re¹⁰. Qui conta rilevare come sia possibile costruire un impegno in assenza di linguaggio comune: se si preferisce, che l'affidamento (la discussione di Scanlon è sostanzialmente una ripresa, forse inconsapevole, dell'ampia tradizione di pensiero che fonda la promessa sulla *reliance*)¹¹ ammette un istante zero, un punto di inizio pratico a prescindere dalla consuetudine sociale (che poi, affinché ciò accada, sarà necessario postulare che ciascuno dei due soggetti sulla riva abbia esperienza, acquisita altrove e in altri contesti, di cooperazione, è fuori discussione: in sostanza, e chiunque abbia familiarità con i processi sociali autopoietici non prova alcuna meraviglia, la circolarità è la regola; e quindi in tal caso avremo esperienze diverse di cooperazione che per analogia costituiscono per la prima volta un modello di interazione fino a quel momento mai accaduto, poiché si svolge per la prima volta tra 'alieni').

⁹ T. SCANLON, *o.c.*, p. 202 s.

¹⁰ Una discussione in N. KOLODNY e R. JAY WALLACE, *Promises and Practices Revisited*, in *Philosophy & Public Affairs*, 31 (2003), nr. 2, p. 119 ss.

¹¹ L. FULLER e W.R. PERDUE jr., *The reliance interest in contract damages: 1*, in *The Yale Law Journal*, 46 (1936), n. 1, p. 52 ss.

Siamo in un universo molto più lontano di quanto possa sembrare a prima vista rispetto a quello descritto dal modello “scambi senza accordo”. L’interazione sociale entro un centro commerciale è totalmente interpretabile: anche se non si proferisce parola – anzi proprio perché non si proferisce – gli atti comunicativi sono rigidamente formalizzati, ridotti a significazioni direttamente interpretabili (collocare la merce nel carrello, porgerla alla cassa, varcare la loro linea). Non a caso i sociologi discorrono efficacemente di rituale del consumo¹². Ciò che accade entro questi templi del capitalismo commerciale è direttamente interpretabile entro la pratica dello scambio patrimoniale.

Nel caso dei contratti ove almeno uno dei contraenti sia un agente provvisto di intelligenza artificiale ci troviamo, non al centro commerciale, ma sulla sponda del fiume con un alieno che ha la nostra lancia finita dall’altra parte.

Molto, persino troppo, si è scritto sugli *smart contracts*. La migliore letteratura in argomento propende per la tesi contrattuale e, su basi argomentative differenti, ricostruisce la disciplina della fattispecie lavorando con i materiali della teoria negoziale¹³. Condividiamo la linea: il problema in effetti non è forzare entro le teorie negoziali tutto quello che facciano le intelligenze artificiali, ma cercare di comprendere cosa vi sia di negoziale entro il complesso procedimento di produzione di fattispecie normative (tale è la contrattazione, algoritmica o non), quanto talune sezioni di tale procedimento prevedano la partecipazione di intelligenze artificiali.

A questo livello di astrazione è possibile cogliere il fenomeno nella sua unitarietà. Ciò non significa affatto che non siano rilevanti o utili suddivisioni¹⁴, ma che la presenza di una agentività artificiale¹⁵ implica una crescita di complessità della fattispecie produttiva di norme¹⁶ e, di conseguenza, un adattamento alle si-

¹² G. RITZER, *La religione dei consumi: cattedrali, pellegrinaggi e riti dell’iperconsumismo*, trad. it., il Mulino, Bologna, 2000; ID. e S. MILES, *The changing nature of consumption and the intensification of McDonaldization in the digital age*, in *Journal of Consumer Culture*, 19 (2019), p. 3 ss.; R. BARTOLETTI, *La narrazione delle cose. Analisi sociocomunicativa degli oggetti di consumo*, FrancoAngeli, Milano, 2002.

¹³ M. MAUGERI, *Smart contracts*, in *Enciclopedia del Diritto, I Tematici*, I-2021, *Contratto*, diretto da G. D’Amico, Giuffrè, Milano, p. 1132 ss.; EAD., *Smart contracts e disciplina dei contratti*, il Mulino, Bologna, 2021; I. MARTONE, *Gli smart contracts. Fenomenologia e funzioni*, Esi, Napoli, 2022.

¹⁴ C. AMATO, *La ‘computerizzazione del contratto’ (Smart, data oriented, computable e self-driving contracts. Una panoramica)*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, p. 1259 ss.

¹⁵ Usiamo questa terminologia per superare il formalistico problema della soggettività algoritmica: *infra*, lett. c).

¹⁶ Cfr., anche se in un contesto in parte differente, C. CAMARDI, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche un nuovo modello di scambio*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 558 ss.

tuazioni di incertezza sulle aspettative – a mediare le quali provvede la funzione contrattuale – entro un quadro che pur essendo razionale, resta opaco all’agente umano¹⁷. Il “contratto” *smart* sarà il tutto o la parte del procedimento produttivo di norme: e tale definizione non sarà più né meno precisa, arbitraria o convenzionale di quanto lo sia chiamare “contratto” un segmento della contrattazione tradizionale¹⁸. Quello che conta sono i *criteri di riferimento* della produzione normativa algoritmica a patrimoni e soggetti umani¹⁹. Nella determinazione, legale o autonoma, di tali criteri, nella configurazione dei rischi, nella possibilità di invocare errori di formulazione o di traduzione del prodotto algoritmico entro la sfera giuridica di esseri umani, nella valutazione dell’equilibrio²⁰, presente o mancante, di tale regolazione complessiva (regolazione dell’imputazione degli effetti del fatto algoritmico entro la fattispecie complessa) si procederà a formulare il giudizio di liceità/illiceità.

2. Linguaggio umano e linguaggio macchinico: traducibilità e non interpretabilità. Equivoci della soggettività, calcolabilità, continuità

Nel formulare questo giudizio occorre considerare talune, non secondarie, peculiarità introdotte dalla presenza di una agentività artificiale²¹.

a) Il linguaggio umano e il linguaggio della macchina sono incommensurabili. L’incommensurabilità è data dalla diversa velocità di esecuzione dei due linguaggi: il pensiero è la velocità delle sue forme

Immaginiamo di ascoltare un messaggio vocale inviatoci con *WhatsApp*: come sappiamo, è possibile ascoltarlo a velocità accelerata. Ma questa accelerazione del linguaggio del messaggio registrato non può andare oltre un certo limi-

¹⁷ D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 387 s.

¹⁸ P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 26 ss.

¹⁹ In tale ambito si conferma la rinnovata attualità della linea di ricerca proposta, in altro ambito e altro contesto di problemi, da C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, Esi, Napoli, 1982, p. 57 ss., il quale indica nella determinazione dei «criteri di riferimento» della fattispecie contrattuale all’autoregolamento la strada per affrontare le questioni poste dalla complessità contrattuale.

²⁰ A. FEDERICO, *Equilibrio e contrattazione algoritmica*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 483 ss.

²¹ Quanto segue è più ampiamente elaborato in P. FEMIA, *Essere norma. Tesi sulla giuridicità del pensiero macchinico*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA e I. PRISCO (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Esi, Napoli, 2020, p. 65 ss.

te, perché oltre quel limite il linguaggio diventa inintelligibile. Chi parla la nostra lingua, oltre una certa velocità non parla più la nostra lingua. Una macchina che faccia “contratti” – vale a dire, se preferiamo: *una macchina intelligente il funzionamento della quale costituisca fattispecie inserite entro procedimenti complessi di produzione ed imputazione di norme, la cui riferibilità a soggetti e patrimoni umani sia mediata in modo significativo da atti di autonomia* – ad una velocità migliaia di volte maggiore di un essere umano non parla la stessa lingua; la sua è lingua non umana. Ecco perché il pensiero è la velocità delle sue forme. Un pensiero più veloce del nostro è incomprensibile, non è il nostro linguaggio. Affermare il contrario, sarebbe come sostenere che un’automobile lanciata in autostrada sia semplicemente un pedone che cammina molto bene. Ovvio che non sia così: la corsa di un uomo non è la corsa di una macchina.

b) Dalla asserita differenza e incommensurabilità tra linguaggio umano e linguaggio macchinico²² discende la più importante delle conseguenze: *il linguaggio con il quale una agentività provvista di intelligenza artificiale conclude un contratto è traducibile, ma non interpretabile*. È impossibile comprendere cosa stia facendo un algoritmo mentre contratta; la sua lingua non sarà mai per me un *interpretandum*, poiché mi è del tutto incomprensibile in quanto troppo veloce. Il destinatario dell’atto comunicativo macchinico può soltanto osservare le premesse e soprattutto i risultati dell’azione della macchina: significa che, con dovuta pazienza, potrà *tradurre* il linguaggio della macchina in un linguaggio umano, ma non lo potrà mai *interpretare*, cioè non gli è dato accesso alla comprensione-interpretazione nel momento nel quale quel linguaggio, quel pensiero, si manifesta²³. Quindi nessuna interpretazione in questa fase, ma solo traduzione *ex post*.

Evidente l’importanza di questa conclusione. Così come, nell’esempio prima riportato di Thomas Scanlon, i due umani, alieni l’uno all’altro, collocati sulle sponde opposte del fiume, *provano a dare forma ad una interazione mediata*

²² Su questa linea riscontriamo consonanza in M. ORLANDI, *Tecniche di significazione del diritto e linguaggio algoritmico creato da IA. Intervista*, in <https://www.dimt.it/news/tecniche-di-significazione-del-diritto-e-linguaggio-algoritmico-creato-da-ia-intervista-al-prof-avv-mauro-orlandi/> (6 agosto 2021): «Qui si apre il problema del linguaggio macchinico. L’intelligenza artificiale parrebbe conferire alla macchina la capacità di semiopoiesi. La macchina sembra capace non solo di applicare codici altrui; ma di generare codici nuovi».

²³ Coglie assai opportunamente la questione del rapporto tra la lingua originale dello *smart contract* e la (eventuale) traduzione in linguaggio naturale, che vi sia allegata, e la possibile caducazione del contratto, ove la lingua allegata sia decettiva, M. MAUGERI, *Smart contracts*, cit., p. 1145. Tale linguaggio rappresenta il programma in base al quale l’agente artificiale produrrà i propri eventi normativi, i quali a loro volta saranno linguaggio non interpretabile, ma traducibile *ex post*.

da aspettative indotte da un comportamento promissorio (pur privi di un linguaggio comune antecedente la loro interazione) e che ciononostante assume la forma di una promessa, allo stesso modo i due agenti, umano e algoritmico, alieni anch'essi l'uno all'altro, provano a dare senso a sequenze di eventi linguistici incommensurabili cui assistono, nella convinzione che la sequenza sia traducibile, quando sia terminata e che l'operazione del tradurre consista nella imputazione di effetti dell'evento a taluno dei partecipanti al procedimento complesso, del quale la sequenza sia un frammento. I contratti prodotti (anche) con intelligenza artificiale sono *contratti senza lingua comune*; eppure esistono, e sono norme.

c) Una macchina che parla un linguaggio che posso soltanto tradurre e mai interpretare, è o non è un soggetto, sia pure non umano? Fino a questo punto abbiamo evitato la domanda, discorrendo di agentività e non di soggettività giuridica artificiale. Come si sa, la dottrina ha dato risposte diverse a questa domanda²⁴ e la ricerca di una soluzione unitaria sarebbe fuorviante²⁵. Asserire, come poco prima si è fatto, che la presenza di agentività dotata di intelligenza artificiale consenta di cogliere un fenomeno unitario²⁶ – che a tal punto potremmo denominare indifferentemente *contratto con lingua non interpretabile* o *contratto senza lin-*

²⁴ La trattazione che ha segnato in modo irreversibile il dibattito è in G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, trad. it., Esi, Napoli, 2019, p. 63 ss.; F. CAROCCIA, *Soggettività giuridica dei robot?*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pacini, Pisa, 2020, p. 213 ss.; in direzione diversa A. FEDERICO, *Equilibrio e contrattazione algoritmica*, cit., p. 483 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 441 ss.

²⁵ Condividiamo, in tal senso, a pieno le considerazioni di C. PERLINGIERI, *Responsabilità civile e robotica medica*, in *Tecnol. dir.*, 2020, p. 161 ss.

²⁶ Si potrebbe obiettare che il testo unifichi due fenomeni completamente diversi: un contratto *ibrido*, nel quale contrattano un agente umano e un agente artificiale intelligente; e un contratto *alieno*, nel quale due agenti artificiali (siano o meno provvisti del medesimo linguaggio di programmazione e di capacità di autoapprendimento) contrattino tra loro. Potrebbe dirsi che in tale seconda ipotesi il contratto abbia lingua comune aliena. Ciò è vero (meglio: potrebbe essere vero, poiché non siamo in grado di interpretare i due linguaggi artificiali per comprendere se essi si comprendano, almeno non mentre essi sono in esecuzione), ma non toglie valore alla categorizzazione unitaria. Non le toglie valore, poiché dal punto di vista dell'osservatore umano ciò che accade non ha linguaggio interpretabile. E poiché il contratto tra alieni fa parte della contrattazione umana, l'osservazione del fenomeno è parte del fenomeno stesso. In altri termini, in un mondo del quale non faremo mai parte (poiché non sapremo mai cosa significa essere un alieno: P. FEMIA, *Essere norma*, cit., p. 66) il contratto tra agenti artificiali sarà pure un contratto con lingua comprensibile; ma nel mondo nel quale noi lo osserviamo (e lo osserviamo per tradurne i contenuti normativi entro l'ambiente umano di contrattazione), quel contratto non avrà lingua comune.

gua comune oppure, ancora, *contratto con incommensurabilità plurilinguistica* – non implica affatto che ogni volta tale agentività debba essere qualificata in termini di soggettività autonoma²⁷.

Ciò posto, credo che la soluzione proposta da Gunther Teubner sia preferibile: soggettività giuridica parziale degli algoritmi. Proporrei di riflettere su cosa significhi soggettivare qualcosa, incluso l'essere umano che parla, che potrebbe essere descritto come un insieme di determinazioni biologiche o come un centro di decisione autonoma a prescindere dalla presenza o accertabilità di eventi mentali o stati psichici.

Se guardiamo al mondo della produzione normativa, al mondo della socializzazione, osserviamo una rete infinita di eventi: «Il mondo è tutto ciò che accade. Il mondo è la totalità dei fatti, non delle cose»²⁸. All'interno di questi eventi, taluni sono facilmente descrivibili imputando ad un evento l'essere antecedente necessario di un altro; altre volte possiamo individuare in una serie di eventi quelli che concretamente siano stati antecedenti necessari non in astratto, ma in concreto. Ma altre volte questo non accade. Sono qui con voi, parlo, ho uno schema dinanzi ad i miei occhi, so di cosa ho intenzione di parlare. Ma non posso assolutamente sapere la sequenza esatta di parole che pronuncerò fra due minuti. L'incalcolabilità di questo evento è la forma della mia soggettività. Benché possano essere descritte le intenzioni (o se volete lo schema che è qui davanti a me sullo schermo del computer) come antecedente o prova di uno stato mentale corrispondente a mie intenzioni di prendere talune decisioni (comunicare taluni contenuti, sì che tale comunicazione compiuta costituisca il mio evento), la forma che tali decisioni assumeranno non è calcolabile in modo completo *ex ante*.

Questo dato elementare di incalcolabilità è l'evento della soggettività. Quando all'interno di una rete di eventi emerge qualcosa di incalcolabile cioè qualcosa che non si possa compiutamente descrivere *ex ante*, la cui operatività appare come decisione di un agente, bene, quel nodo è la soggettività. *La soggettività è quindi il nodo incalcolabile all'interno di una rete decisionale*. La rete decisionale del procedimento di produzione di fattispecie normative – caratterizzate sia

²⁷ Molte delle polemiche rivolte alla costruzione proposta da Gunther Teubner sembrano non dare il giusto peso alla sua critica delle funzioni della soggettivazione, nonché alla possibilità di graduazione della soggettività, alla questione del funzionamento ibrido, ove logiche di azione incommensurabili si trovano comunque ad operare insieme, in condizioni (aggiungeremmo noi) di *mera traducibilità*. Senza tale considerazione, la discussione “soggettività sì/soggettività no” rischia di divenire una questione di gusti o, peggio, una guerra di religione. Cfr. G. TEUBNER, *Ibridi ed attanti: attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, trad. it., Mimesis, Milano, 2015.

²⁸ L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*: «1. Die Welt ist alles, was der Fall ist. 1.1. Die Welt ist die Gesamtheit der Tatsachen, nicht der Dinge».

da agentività dotata di intelligenza artificiale sia da elementi di autonomia (tanto nella produzione della fattispecie quanto nella determinazione di criteri di riferimento dei prodotti normativi, così ottenuti, a patrimoni o soggettività umane) – sarà una rete entro la quale operano pluralità incommensurabili di forme di soggettività (incluse quelle determinate da ibridazioni umano/non umano)²⁹ in ogni suo nodo ove si producano eventi incalcolabili, pertanto interpretabili quali decisioni. Noi prendiamo decisioni, l'agente artificiale intelligente prende decisioni. Siamo soggetti, abbiamo lingue diverse, siamo soggetti diversi, ma asserire la soggettività non significa asserire l'identità.

Che tipo di soggetto è un robot o una macchina di intelligenza artificiale? È l'incarnazione dell'utopia kelseniana. È una macchina che è una norma, non è soltanto una macchina che produce norme, è proprio un essere normativo, esiste, come intelligenza e pertanto come soggettività, soltanto in quanto funziona e funziona soltanto attraverso le norme, che sono i suoi programmi, e agisce producendo nuove norme. Essere-norma che mediante norme produce norme: Kelsen avrebbe le lacrime agli occhi. La differenza tra un automa e un meccanismo di intelligenza artificiale, è che mentre il primo ha esclusivamente le norme con le quali è stato programmato, il secondo, dotato di intelligenza artificiale è capace di procedere per stati successivi, apprendendo appunto dalla sua esperienza, cioè dando nuove norme a sé stesso.

d) Equivoci e polemiche sulla soggettività dei robot dipendono non dalla divergenza su quali siano i caratteri di una agentività dotata di intelligenza artificiale, ma su quali siano gli attributi costitutivi della soggettività, che, più o meno consapevolmente, è sempre oscillante tra agente morale e coscienza interiore³⁰.

²⁹ Cfr., sia pure con premesse e conclusioni in parte diverse, E. CATERINI, *L'intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di socializzazione del diritto civile*, Esi, Napoli, 2020, p. 80 ss.

³⁰ A. MATTHIAS, *The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata*, in *Ethics and Information Technology*, VI (2004), nr. 3, p. 175 ss.; L. FLORIDI, *On the Morality of Artificial Agents*, in S.L. ANDERSON e M. ANDERSON (eds.), *Machine Ethics*, Cambridge University Press, New York, 2011, p. 184 ss.; W. WALLACH e C. ALLEN, *Moral Machines. Teaching robots right from wrong*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 13 ss.; M. COECKELBERGH, *The moral standing of machines: Towards a relational and non-Cartesian moral hermeneutics*, in *Philosophy and Technology*, XXVII (2014), nr. 1, p. 61 ss.; M.S. VACCAREZZA, *Macchine morali: responsabilità e saggezza pratica degli agenti artificiali*, in F. MILANO (a cura di), *Etica e responsabilità*, Orthotes, Salerno, 2018, p. 309 ss.; F. FOSSA, *Etica funzionale. Considerazioni filosofiche sulla teoria dell'agire morale artificiale*, in *Filosofia*, LXV (2020), p. 91 ss. Sul fronte della ricerca intorno alla coscienza basti qui ricordare il confronto tra D.C. DENNETT, *Coscienza. Che cos'è*, tr. it., Rizzoli, Milano 1992; Id., *L'atteggiamento intenzionale*, tr. it., il Mulino, Bologna, 1993 e J.R. SEARLE, *Il mistero della coscienza*, tr. it., Raffaello Cortina, Milano, 1998. Cfr. infine D. PARISI, *Mente. I nuovi modelli della vita artificiale*, il Mulino, Bologna, 1999.

I tentativi di portare i robot alla soggettività per via morale – o perché fenomenologicamente individuabili quali senzienti – per quanto generosi, trovano poco spazio entro il dibattito giuridico.

L'ostacolo principale non è filosofico, ma interno alla rappresentazione giuridica degli eventi normativi. Tale rappresentazione si incentra sull'implicazione logica *se...allora*. Si *identifica, sovrapponendo tale implicazione alle categorie soggettive, la calcolabilità (giuridica e non) con l'esecuzione automatica*. Se discorressimo di calcolo numerico, di operazioni tra quantità finite, non vi sarebbe nulla da obiettare; ma se il calcolo è normativo, identificare calcolabilità ed esecuzione automatica comporta il paradosso della prescrizione di compiere operazioni finite tra quantità infinite (infinite, perché ogni norma ha un numero potenzialmente infinito di applicazioni o occorrenze rilevanti). Il calcolo normativo non può essere una esecuzione automatica; la predicata calcolabilità è soltanto una metafora. Il diritto non è una sequenza di operazioni logiche; se lo fosse, le decisioni giuridiche sarebbero già affidate ad automi. La tecnica cerca indubbiamente il risultato; ma ha imparato che risultati complessi sono approssimabili in miglior misura mediante apprendimento continuo che mediante calcolabilità. Se identifichiamo giuridicità e calcolabilità non c'è spazio per il soggetto: esso sarebbe il mero termine di imputazione di sequenze precostituite di azioni e reazioni; se azioni e reazioni fossero davvero precostituite, non vi sarebbe tuttavia diritto, ma solo tecnica. *La calcolabilità in senso proprio è incompatibile con il dover essere: dove c'è calcolo, c'è essere, non dover essere*. Se qualcosa si sa che sarà, non ha senso dire che *deve essere*, perché essa è nella sua calcolata *possibilità*: necessario e normativo non sono identici. Della normatività, in quanto qualità del dover essere, è condizione necessaria l'incertezza del risultato in assenza di intervento regolativo (che induce, non produce il comportamento desiderato)³¹. *L'essere è (non sempre, ma anche) il Calcolabile; il dover essere è (sempre) l'Incalcolabile (il mai compiutamente calcolabile)*³². Se accettiamo che il diritto vive dell'incertezza e cerca di governare ciò che non può calcolare, vale a dire l'Ignoto, ponendo norme (le conseguenze dell'applicazione delle quali conserveranno sempre un margine più o meno ampio di inconoscibilità), ne risulta che la soggettività è la costitutiva incertezza nelle sequenze di eventi. L'incertezza pone

³¹ Non si può replicare che il diritto calcola, predisponendo le sanzioni per la violazione delle condotte: calcolo sarebbe conoscere la percentuale di comportamenti devianti rispetto a ciascun corso di azione descritto nella fattispecie normativa, ma questo dato è per definizione ignoto. Se fosse disponibile, non ci sarebbe bisogno della norma; basterebbe la polizia.

³² Una posizione molto autorevole e piuttosto diversa in N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016.

il diritto e il diritto riconosce l'incertezza agentiva come la qualità soggettiva di un agente senza sprofondare nella ricerca di una mente provvista di coscienza.

e) Se la macchina normativa agisce solamente producendo e cancellando e istituendo nuove norme – poiché, lo ricordiamo, ogni suo funzionamento è sempre posizione, esecuzione, trasformazione di norme – che cos'è per questa macchina la continuità? Noi pensiamo, diamo una giustificazione al nostro essere, siamo capaci di raccontare la nostra storia, che non è fatta soltanto dalle nostre decisioni, anche da emozioni. Una macchina ha una *mente*, meglio una *soggettività, continua*? La risposta è negativa: la sua ontologia normativa è fatta di istanti di quiete (stati normativi) e di eventi di successione tra norme (passaggio da uno stato normativo ad un altro). *Una agentività dotata di intelligenza artificiale non ha transizioni, ma solo successioni*. Successioni, per evitare equivoci, non sono quelle dove vi sia il *de cuius*: per successioni si intendono qui i passaggi discreti da uno stato ad un altro. Prima c'è una norma, questa norma viene abrogata e ne succede un'altra, e poi un'altra ancora potenzialmente all'infinito. È la dottrina pura di Kelsen, un mondo nel quale la normatività è la validità, la validità è atemporale, la norma esiste fino a che una norma successiva non intervenga a modificarla o a abrogarla.

Una macchina algoritmica funziona solo per successioni: c'è prima l'istante 1, nel quale preesiste un set normativo, poi l'istante 2, magari a seguito di un contratto o meglio di uno scambio con un altro algoritmo, nel quale esiste adesso un diverso set normativo; si procede per stati successivi. Noi umani, invece, procediamo per transizioni, passiamo lentamente da uno stato ad un altro; però, viviamo anche in un mondo normativo, siamo capaci infatti di concepire il fatto e la norma.

Qui viene un punto delicato: le norme degli esseri umani vivono secondo la validità, quindi sono indifferenti al tempo. Il contratto è valido fino a che qualcosa non lo modifichi; le fattispecie, invece, sono esattamente quello che la validità normativa non è; sono cioè frammenti narrativi. Noi costruiamo il fatto, raccontiamo il fatto: la narrazione, quindi, non è una successione di stati normativi, ma è una transizione: c'è quindi la coscienza interna del tempo, lo sviluppo, l'intreccio, i tempi paralleli, i tempi non lineari, l'esperienza umana; c'è, in altre parole, una continuità, non un salto binario da un istante all'altro: l'esistere è la sua durata.

3. La normatività macchinica non ha bisogno di efficacia giuridica né di obbligatione

Nel paragrafo precedente abbiamo illustrato la infinita differenza qualitativa tra le forme comunicative, aliene l'una all'altra, che si trovino ad interagire nel

processo di contrattazione caratterizzato dalla presenza di agentività artificiale intelligente³³. È utile chiarire meglio prima di concludere.

Due forme comunicative, due agentività, due (se lo concediamo) soggettività incommensurabili, incapaci di interpretare l'una gli eventi comunicativi dell'altra (ma capaci di tradurli *ex post*), insomma: due entità, una umana e l'altra no, si incontrano separate da un fiume stretto eppure scrosciante (evidente che il fiume stretto e scrosciante equivale al flusso impetuoso di dati che percorre l'esistenza dei due): una intesa orientata a regolare il comportamento futuro di ciascuna può prodursi anche in assenza di linguaggio comune. Avremo quindi entro un processo umano di contrattazione eventi contrattuali o veri e propri subprocedimenti di contrattazione³⁴ governati e ibridati da agentività artificiali intelligenti. *Tali eventi o tali subprocedimenti costituiscono o contengono eventi contrattuali senza lingua comune.*

L'intesa senza lingua comune, traducibile e non interpretabile, postula caratteri incommensurabili nei due nodi soggettivi (le 'parti' del 'contratto') cui sono imputate le decisioni alla base della creazione della fattispecie contrattuale (o, se non vogliamo chiamarla così, della fattispecie ibrida produttiva, per le parti, di norme autonome sul loro comportamento futuro). Questi caratteri incommensurabili sono: la radicale normatività del soggetto artificiale; la non radicale normatività del soggetto umano; il funzionamento per successioni normative (da norma a norma) del soggetto artificiale, il funzionamento per transizioni (da fatto a norma e da norma a fatto, narrativamente intese) del soggetto umano; e, conclusivamente, la discontinuità radicale degli eventi artificiali (successioni sempre per stati discreti, da 0 a 1) e la continuità (non radicale, ma) possibile degli eventi umani.

a) I due agenti chiamati ad interagire ibridandosi l'uno nell'altro per formare una intesa senza lingua comune riescono nel loro intento: la norma 'contrattuale' si costituisce, modifica, estingue. Ma il soggetto artificiale è un essere-norma, una sequenza di operazioni normative soggettivate, esso è pura validità, è atemporale, poiché una norma resta immutata nel tempo fino a quando (prodotta dal soggetto artificiale stesso o introdotta dall'esterno dal programmatore umano) le *succeda* una norma diversa; il soggetto umano, al contrario, non vive soltanto in quanto esegue norme – ha ben altro rapporto con la sua normalità e la sua

³³ E. GIORGINI, *Algorithms and Law*, in *The Italian Law Journal*, 5 (2019), nr. 1, p. 133 ss.

³⁴ Una insospettata reviviscenza della teoria procedimentale, presentata, con ben altri intenti, fondamentali e svolgimenti da Salvatore ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1961; sul quale P. PERLINGIERI, *La concezione procedimentale del diritto di Salvatore Romano*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 425 ss.

patologia – sì che egli è innanzitutto fatto continuo, temporalità *inter-, trans* – e *a*-normativa.

L'uomo è essenzialmente durato³⁵, l'agente artificiale essenzialmente norma: come riescono a costruire accordi due enti, e quindi due linguaggi³⁶, fondati l'uno sulla durata del fatto e l'altro sulla atemporalità della norma? Come risolviamo questo problema?

La soluzione esiste, ma non è semplice da accettare, poiché impone di abbandonare uno delle categorie di maggior rilievo della cultura giuridica europea: l'efficacia giuridica³⁷. L'efficacia giuridica è infatti la formula di mediazione tra la atemporalità normativa – la norma valida è, in quanto valida, indifferente al tempo – e la temporalità della fattispecie. Tra la fattispecie, che è un dato temporale, e la norma, che è un dato atemporale, la teoria dell'efficacia giuridica crea un ponte. *L'effetto di una fattispecie è il nome con il quale costruiamo il rapporto tra il tempo e la norma*. Questa non è una cosa innocente³⁸, perché ciò significa che quando io pongo una norma *valida*, questa norma *deve diventare efficace*. Troppi decenni di scolastica ripetizione della grande divisione tra *Sein* e *Sollen*, tra essere e dover essere, tra validità della norma e sua effettività, hanno lasciato in ombra un dato elementare: *validità significa prescrizione di effettività*. Che io dica che *x* deve essere, non è un atto esauribile nella sua forma linguistica imperativa: non posso accontentarmi di scrivere che *x* deve *essere*, ma *x* deve essere *fatto*³⁹. Se mi accontentassi, negherei il dover essere, violerei lo stesso comando. La norma non è un atto scritturale; il legislatore – ed è fatale per molti averlo dimenticato – non è una macchina letteraria per scrivere norme (quasi che la loro

³⁵ Il motivo bergsoniano non è casuale: una interpretazione originale di temi risalenti a questa tradizione filosofica ha consentito una presentazione affascinante dei diritti umani quali garanzie di un processo di conversione: nel segno quindi della transizione, non della successione. Cfr. A. LEFEBVRE, *Human Rights as a Way of Life. On Bergson's Political Philosophy*, Stanford University Press, Stanford, 2013, p. 73 ss.

³⁶ Sulla non riducibilità del linguaggio giuridico umano a simboli matematici P. PERLINGIERI, *Struttura algoritmica e interpretazione*, in *Tecnol. dir.*, 2020, p. 484 ss.

³⁷ L'opera di Angelo Falzea ha inciso un segno indelebile nello studio della categoria. Rinviamo alle meditate pagine di P. SIRENA, *La teoria dell'efficacia giuridica nel pensiero di Angelo Falzea*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 999 ss.

³⁸ Bene osserva, in prospettiva convincentemente critica, che «l'espressione “il fatto produce effetti giuridici” sia intrinsecamente spuria e traduca nel linguaggio della causalità materiale un atto puramente intellettuale», M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, il Mulino, Bologna 2021, p. 52.

³⁹ Ancora, e con nostro pieno assenso, M. ORLANDI, *o.l.c.*: «gli effetti giuridici a rigore non si “producono”, si “applicano”».

attuazione sia semplicemente amministrazione o meglio polizia); non ha alcun senso indagare il linguaggio legislativo: analizzare il linguaggio delle norme è inverare le norme; la norma è una scrittura che si completa nel divenire realtà, nella effettualizzazione⁴⁰.

Il dover essere umano è il dover fare. Tutto questo è nobile e importante; ma non è eterno, perché nulla lo è nel diritto. L'efficacia è il ponte tra il fatto e la norma; ma di tale ponte c'è necessità quando umani facciano norme inverando fatti per inverare norme. Ma quando gli eventi di produzione normativa non abbiano tale struttura, quando il linguaggio della costruzione normativa non sia quello umano che produce fatti, ma sia semplicemente un evento di un essere-norma?

Il dover essere artificiale, intelligente non umano, è essere. Le agentività artificiali sono esseri-norma: nella loro lingua non occorre alcun ponte tra fatto e norma, poiché in esse *la fattualità si consuma interamente nella normatività fino a coincidere*. I contratti senza lingua comune non hanno bisogno dell'efficacia giuridica. Questa architrave della nostra riflessione, quando ci occupiamo di operazioni, le si vogliono chiamare contratti o no, mediante le quali una o più intelligenze artificiali contrattano, scambiano e scambiandosi producono ricchezza, non ha alcuna utilità conoscitiva: siamo di fronte ad eventi al di fuori di qualunque possibile postulazione dell'efficacia giuridica. La normatività macchinica non ne ha alcun bisogno: manca in tali eventi produttivi di norme quello spazio di incertezza tra la validità e l'adempimento; non c'è una transizione, una continuità, ma c'è una successione, un passaggio continuo di stati; e quindi, se non c'è l'efficacia, non c'è neanche l'obbligazione.

b) L'obbligazione, costruita nella gloriosa teoria dello *Schuld* e della *Haftung*, del debito e della responsabilità, è la razionalizzazione della fiducia e dell'aspettativa⁴¹. Ora, *fiducia ed aspettativa sono transizioni da uno stato di validità* (il fatto costitutivo dell'obbligazione è valido e valida è la norma della quale l'obbligazione è la ricostruzione concettuale, mediata allo scopo di inverare la norma che è il dovere di prestazione del debitore) *a uno stato di fattualità* (il creditore agisce per tutelare la propria aspettativa di prestazione): ma tale transizione nella contrattazione artificiale non c'è⁴².

⁴⁰ Da qui la ripresa recente di adeguata attenzione al tema della effettività: fondamentale, G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Giuffrè, Milano 2020.

⁴¹ Sul ruolo della *reliance* nella regolazione degli *smart contracts* rinviamo a F. GHODOOSI, *Contracting in the Age of Smart Contracts*, in *Washington Law Review*, 96 (2021), p. 51 ss.

⁴² Le due tesi della irrilevanza dei concetti di efficacia giuridica e di rapporto obbligatorio sono state avanzate in P. FEMIA, *Essere norma*, cit., p. 81 s.; rileviamo con piacere che almeno la secon-

Che cosa sono allora i contratti senza lingua comune? Sono fattispecie non *produttive di effetti*, ma semplicemente e direttamente *modificative di norme* (senza la mediazione temporale dell'effetto, senza il tempo intermedio tra comando normativo e esecuzione). Il contratto nel quale intervenga una macchina intelligente è una procedura ove si salta da uno stato normativo del mondo a un diverso stato normativo del mondo. In questo senso, ogni produzione, modificazione estinzione è sempre, *stricto sensu*, modificativa, poiché incide sempre su di un insieme normativo preesistente modificandolo, in quanto introduce e/o sottrae contenuti regolativi.

4. Contratto artificiale senza lingua comune e ambiente umano di contrattazione

Il contratto è finalmente morto? Per niente, perché – non lo dimentichiamo – questa tecnologia operante nei procedimenti complessi di contrattazione non galleggia nel vuoto. Il contratto algoritmico, il contratto robotico (chiamiamolo come vogliamo) è un frammento della contrattazione umana; negarlo sarebbe come dire che il fatto che si possa andare in auto renda ininfluente il fatto che noi abbiamo delle gambe per passeggiare. I contratti senza lingua comune sono possibili unicamente perché si svolgono entro un ambiente di contrattazione nel quale la lingua comune esiste. Che ogni evento di produzione normativa caratterizzato da agentività artificiale abbia peculiarità, tali da distinguerlo dagli eventi normativi prodotti dal linguaggio umano, significa che *alcune* fasi della proceduralizzazione e della socializzazione dell'esistenza – socialmente risolte attraverso il linguaggio, e mediante quella istituzione che chiamiamo contratto, composte in un insieme di azioni che chiamiamo contrattazione – non sono più contratti umani, ma sono procedure contrattuali algoritmiche puramente normative, come

da sembra molto vicina a quella presentata da M. ORLANDI. *Tecniche di significazione del diritto e linguaggio algoritmico creato da IA*, cit.: in particolare il passaggio nel quale si riflette sul «destino dell'obbligazione. I contratti con la macchina o tra macchine potrebbero non richiedere tempo di adempimento. Si pensi ai contratti finanziari: la moneta – quale mera indicazione contabile – passa di macchina in macchina istantaneamente. A ben riflettere tuttavia anche il contratto con le macchine o tra macchine parrebbe ammettere la categoria dell'inadempimento, propria della logica obbligatoria. L'obbligazione è la promessa di una prestazione e del correlativo valore economico; non già l'attesa di un futuro, vicino o lontano che sia. Anche per lo scambio automatico deve ammettersi – se mal non ragiono – la possibile difformità tra promesso (ossia previsto, ancorché nel linguaggio algoritmico) e scambiato. L'inadempimento potrebbe forse declinarsi come mal-funzionamento; e concepirsi come difformità della prestazione programmata, a prescindere dalla contemporaneità o attualità dello scambio».

ho cercato di spiegare. Al di fuori dell'evento normativo artificiale intelligente, inserito in un ambiente di contrattazione umana, ci sarà sempre il problema del rapporto tra me e il soggetto che mi fornisce il servizio di contrattazione algoritmica.

Insomma: è negoziale a lingua comune (ovvero: è atto negoziale configurabile in senso tradizionale) tutto ciò che ruota intorno, precede e succede, l'evento negoziale algoritmico non a lingua comune. A questo punto sorge il problema di individuare quanta della disciplina contrattuale comune sia applicabile a questo frammento di contrattazione identificato come *smart contract*⁴³. Si potrebbe obiettare che questa posizione – adattamento di disciplina, quando possibile – sia incoerente, poiché ogni disciplina del contratto è modellata sul presupposto della regolazione dell'efficacia giuridica; e si è appena sostenuto che qui non ha senso postularla. Ma ciò vale soltanto durante l'esecuzione dell'evento-contratto con agentività artificiale: subito prima e subito dopo l'evento algoritmico resta l'intervento umano, la riferibilità a soggetti e patrimoni umani delle norme contrattuali prodotte dalla fattispecie artificiale senza lingua comune. Tutto questo processo di umanizzazione delle conseguenze normative non umane – ogni volta che richieda l'adeguamento del comportamento umano a norme non umane – è di nuovo e ancora interamente governato dal paradigma dell'efficacia giuridica: pensiamo alla qualificazione di condotte umane (che attivano o siano attivate da condotte non umane) costituenti pratiche commerciali aggressive, oppure agli obblighi di trasparenza e di informazione; pensiamo, soprattutto, alla responsabilità contrattuale, la quale avrà una duplice declinazione: *a*) una ordinaria, per tutto ciò che gli uomini avrebbero dovuto fare e non abbiamo fatto nel progettare, utilizzare e integrare l'evento contrattuale algoritmico entro l'ambiente umano di contrattazione; e *b*) una (eventualmente) straordinaria, quando la responsabilità derivi direttamente dal comportamento della macchina (e non sia imputabile a difetti di progettazione, vigilanza o verifica da parte di agenti umani). Chi sopporta l'ignoto, il rischio intrinseco della imprevedibilità delle condotte dell'agente artificiale? Molti cercheranno di eludere la domanda, elevando gli standards di diligenza umani fino a sconfinare nella responsabilità oggettiva (e nell'assicurazione obbligatoria). Ma, se accettassimo la tesi della soggettività dell'agente artificiale, il danno gli sarebbe direttamente imputabi-

⁴³ È questo il nucleo centrale dell'analisi di I. MARTONE, *Gli smart contracts*, cit., p. 137 ss.; ai risultati della quale rinviamo senz'altro. Cfr., inoltre, M. EBERS, *Artificial Intelligence, Contracting and Contract Law: An Introduction*, in M. EBERS, C. PONCIBÒ e M. ZOU (eds.), *Contracting and Contract Law in the Age of Artificial Intelligence*, Hart, Oxford et alii, 2022, p. 19 ss.

le (e le conseguenze patrimoniali sarebbero poi ricollegate al suo patrimonio autonomo, ove ve ne sia uno, o a patrimoni umani, nuovamente secondo parametri di diligenza o responsabilità oggettiva). Si tratterebbe di responsabilità contrattuale senza inadempimento e senza obbligazione (poiché, come abbiamo appena detto, nel contratto senza lingua comune l'obbligazione non esiste): ciononostante, sarà possibile *ex post* valutare i danni provocati dall'agentività artificiale. Non dovrebbe apparire una idea così folle, non almeno a quella dogmatica che ha accettato l'idea dell'obbligazione senza prestazione: la quale non è altro che l'accoglimento di un segmento di interazione in un insieme regolativo del quale contemporaneamente fa parte e dal quale tuttavia si distingue. La descrizione più appropriata del fenomeno forse potrebbe essere quella di una *garanzia ex lege imposta all'agente artificiale per i rischi provocati dalla sua attività nell'ambiente umano*.

Sarebbe più comodo credere di potere ricondurre a categorie conosciute l'innovazione tecnologica provocata dalla agentività artificiale: sarebbe consolante dire: x è un y , fare bei sillogismi e classificazioni automatiche che forse chiediamo di fare agli algoritmi; sarebbe confortante, ma non è possibile. La novità del reale va sempre riconosciuta; ciò non implica il lasciarsi trascinare in operazioni che potremmo riassumere con il motto del genere: a problema nuovo, dogmatica nuova⁴⁴. Non funziona così nel discorso giuridico, che deve certo evitare le finzioni, ma deve anche tenersi lontano da soluzioni facili. Il fatto nuovo è senz'altro la presenza di forme autonome impegnative che accadono senza che vi sia lingua comune⁴⁵. Che le si voglia chiamare contratti, o non, è del tutto secondario. Perché da tutto questo scaturiscano orientamenti condivisi in tema di regole, poteri e responsabilità occorrerà avere pazienza. Siamo sulla sponda del fiume, del quale parlavamo all'inizio, ed abbiamo appena cominciato ad interagire con l'alieno dall'altra sponda. Non sappiamo ancora come andrà a finire; non sappiamo quali regole e quali responsabilità scaturiranno dalla storia di questa interazione senza lingua comune. Sappiamo che è cominciata, facciamo ipotesi, immaginiamo soluzioni: siamo al cospetto

⁴⁴ È il calco della frase, insieme fortunata e famigerata, di P. DE FRANCISCI, *Per la formazione della dottrina giuridica italiana*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1932, I, p. 581 ss. (588); rinviamo alle equilibrate considerazioni di C. LANZA, *La «realità» di Pietro de Francisci*, in I. BIROCCHI e L. LOSCHIAVO, *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma TrE-Press, Roma, 2015, p. 215 ss.

⁴⁵ Una prospettiva diversa, a proposito della «intenzionalità condivisa», in J. LINARELLI, *A Philosophy of Contract Law for Artificial Intelligence: Shared Intentionality*, in M. EBERS, C. PONCIBÒ e M. ZOU (eds.), *Contracting and Contract Law in the Age of Artificial Intelligence*, cit., p. 59 ss.

di una normatività che è evoluzione continua⁴⁶. Se la storia dell'evoluzione tecnologica ci insegna qualcosa, è che dalla storia la dogmatica debba imparare a trattenere per sé il dono dell'incertezza.

⁴⁶ Condividiamo con convinzione l'invito saggiamente rivolto ai giuristi, affinché dedichino tempo ed energie collaborando accanto ai tecnici nello studio di tali nuovi fenomeni della contrattazione: M. MAUGERI, *Smart contracts*, cit., p. 1148. È unicamente questa la strada che potrà preservare il diritto e soprattutto la scienza giuridica dal suo rischio innato di presunzione, dalla pretesa di conoscere ciò che non conosce. Soltanto restando accanto ai tecnici il diritto recupererà la sua necessaria umiltà, premessa per ogni regolazione efficace.

Contratto e nuove tecnologie: gli “smart contracts”

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’attuale contesto interno e internazionale. 3. – La fenomenologia degli “*smart contracts*”. – 4. Taluni aspetti problematici della contrattazione “*smart*”: a) la conclusione dell’accordo; b) l’esecuzione del contratto e cenni alla patologia dell’atto e del rapporto. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Il tema “contratto e nuove tecnologie” si presta in modo illuminante a dare evidenza agli interrogativi specifici che sorgono nell’ambito del quesito più ampio e di sistema sul rapporto tra la disciplina della parte generale del contratto e le discipline singolari che sono originate, soprattutto, dalla frammentazione dei mercati ai quali esse si riferiscono.

Il nuovo, da sempre, mette in crisi le categorie e i modelli consolidati, di cui propone narrazioni giuridiche diverse, ma non sempre è una crisi di rigetto e di quelle categorie è, comunque, difficile fare a meno sino a quando non si riesca, semmai, a costruirne di nuove.

La realtà virtuale della rete (di Internet) e quella digitale è certo distante dalla realtà materiale, ma è su quest’ultima – sui suoi schemi e concetti tradizionali – che avviene ancora oggi la trasposizione, anche se la prima, la realtà virtuale, impone al giurista di non rimanere confinato nella sua cittadella autoreferenziale, ma di aprirsi sempre di più a “saperi altri” e di immergersi nella complessità vitale dell’ecosistema in cui, innegabilmente, si svolgono le nostre esistenze.

Siamo “*onlife*”¹ e cioè nell’indistinzione tra reale e virtuale, tra analogico e digitale, e tanto richiede anche una ricalibratura dei modelli concettuali giuridici.

In questo senso, dunque, la “complessità” che deriva dall’essere la società, globale, e dunque il diritto (localizzato e non) immersi nell’ecosistema digitale va certamente presa sul serio e indagata a fondo per trovare le soluzioni più coerenti, ma non dovrebbe spaurire il giurista attento ai mutamenti della società e,

¹ L’espressione, assai nota ed inserita nel 2019 tra le voci della Treccani, è del filosofo Luciano Floridi; v. “*La quarta rivoluzione*”, Milano, 2017.

soprattutto, se sia avvezzo allo studio del contratto, la cui storia “non può separarsi dalla storia delle tecnologie”² attraverso le quali possono (e la realtà odierna ce lo testimonia con ancor più nettezza) configurarsi e svolgersi i rapporti di scambio e la circolazione della ricchezza.

Il che ci conferma come il contratto – secondo la nozione stessa che ci fornisce l’art. 1321 c.c. – sia un “modello” dalla peculiare adattabilità o meglio una fattispecie regolativa flessibile, capace, quindi, di attrarre nel proprio schema (quello dell’accordo) relazioni economiche dalle più diverse modalità di concretizzazione.

Questo breve scritto³ sarà incentrato su *smart contracts* e *Blockchain* – o meglio su *smart contracts* che “operano” su *Blockchain* – e su come questo

² Così N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2006, 187.

³ Lo scritto fa propria la relazione al Corso straordinario su “*Il contratto o i contratti?*”, per la quale ci si è avvalsi, in particolare, dello studio dei contributi di seguito riportati, secondo l’ordine alfabetico degli autori: C. AMATO, *La “computerizzazione” del contratto (smart, data oriented, computable e self-driving contracts. una panoramica)*, in *Eur. dir. priv.*, 1259; E. BATELLI, E.M. INCUTTI, *Gli smart contracts nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione*, in *Contr. imp.*, 2019, 925; A.M. BENEDETTI, *Contratti, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 411; I.A. CAGGIANO, *Il contratto nel mondo digitale*, in *N.G.C.*, 2018, 1152; P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessione sugli smart contract*, in *N.G.C.C.*, 2017, I, 110; A. DE FRANCESCHI, R. SCHULZE, *Digital revolutions-new challenges for law*, C.H. Beck-Nomos, 2019; F. DELFINI, *Blockchain, Smart Contracts e innovazione tecnologica: l’informatica e il diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, 167; F. DI GIOVANNI, *Intelligenza artificiale e diritto*, in *Giur. It.*, 2019, 1657; F. Di Giovanni, *Intelligenza artificiale e rapporti contrattuali: spunti preliminari per l’indagine*, in *XXVI lezioni di diritto dell’intelligenza artificiale*, a cura di U. Ruffolo, Torino, 2021, 185; D. DI SABATO, *Gli Smart contract: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. imp.*, 2017, 377; D. FAUCEGLIA, *Il problema dell’integrazione dello smart contract*, in *Contr.*, 2020, V, 591 ss.; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contr.impr.*, 2020, 722; D. GAROFALO, *Blockchain, smart contract e learning machine: alla prova del diritto del lavoro*, in *Law. giur.*, 2019, 873; M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su blockchain e smart contracts (oltre le criptovalute)*, in *Contr. impr.*, 2019, 941; M. GIULIANO, *Regolare l’infosfera*, in *Contr. imp.*, 2021, 885; A.U. JANSSEN, F.P. PATTI, *Demistificare gli smart contracts*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, 31; M. MAUGERI, *Smart contract e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021; M. MAUGERI, *La Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 sugli Smart Contracts nella prospettiva del diritto dei contratti e della concorrenza*, in *Contr. imp. eu.*, 2021, 25; M. MAUGERI, *Mercato finanziario, cripto-attività, proposta di Regolamento MICA (Markets in Crypto-Assets) e tutela del consumatore*, in *Contr. imp. eu.*, 2022, 1; M.W. MONTEROSSO, *La tutela dell’utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contr. imp.*, 2021, 921; S. MONTI, *Il contratto dall’uomo alla macchina e... viceversa?*, in *Contr.*, 2021, 452; E. PALMERINI, *Negoziato e automazione: appunti per una mappa concettuale*, in *Decisione robotica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2019, 291; L. PAROLA, P. MERATI, G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, *Contratti*, 2018, 681; S. ORLANDO, *Profili definitivi degli “smart contracts”*, in *Internet, contratto e persona: quale futuro?*, a cura di R. Clarizia, Pisa, 2021, 41; G. REMOTTI, *Blockchain smart contract. Un primo inquadramento*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, 189; S. RIGAZIO, *Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella L. 12/2019*, in *Dir. inf.*, 2021, 369.

fenomeno, piuttosto recente in tale simbiosi, si relazioni al diritto statale che regola il contratto.

Tuttavia, le considerazioni iniziali declinano in nuce anche le conclusioni di questa indagine, ossia che occorre improntare l'analisi e le soluzioni secondo un criterio sincretico e pragmatico e, quindi, prendere atto che gli scenari sono significativamente mutati e "se da un lato non si può accettare l'idea della totale non applicabilità del diritto dei contratti agli *smart contracts*, dall'altro non si può non evidenziare come alcune regole debbano necessariamente essere modificate"⁴.

Sicché, esemplificando al massimo concetti e temi di ben altra portata e respiro, occorre conciliare questa nuova modalità di manifestazione dell'autonomia privata con la legge – operazione, questa, tutt'altro che scontata – e verificare fino a che punto *de lege lata* i rimedi da quest'ultima apprestati siano coerenti e cosa necessiti, invece, *de lege ferenda*.

I principi e le regole del codice civile sui contratti manterranno, quindi, il loro spazio vitale solo all'esito di una verifica in termini di concreta applicabilità rispetto a questa nuova forma di contrattazione; e tanto vale anche per le discipline speciali interferenti e, anzitutto, per la disciplina consumeristica.

In effetti, l'adattamento continuo dello strumentario giuridico alla novità del fenomeno oggetto di indagine è imposto dallo stesso dinamismo vorticoso dell'ecosistema digitale, che rende tradizione le conquiste risalenti soltanto a pochi anni fa, se pensiamo, ad esempio, ai "contratti telematici", nei quali il computer opera da veicolo della volontà negoziale, ma non interviene nella fase della sua formazione, che si sono in poco tempo evoluti nei "contratti cibernetici", dove è il computer, o meglio l'algoritmo, a rappresentare lo strumento di formazione iniziale o di integrazione della volontà⁵.

Ebbene, lo *smart-contract*⁶, altrimenti detto "contratto intelligente" (anche se l'aggettivazione, ove assunta nel suo comune significato, sconta poi un differenziale rispetto alla morfologia e alla funzione del *contract*), è un'evoluzione ulteriore del contratto cibernetico là dove venga eseguito in una *Blockchain*, in assoluta assenza dell'intervento umano, giacché è autoesecutivo del codice, ossia del programma nel quale è iscritta la volontà contrattuale o meglio il regolamento pattizio.

⁴ M. MAUGERI, *Smart contract* ..., 65.

⁵ D. FAUCEGLIA, *op. cit.*, 591-592.

⁶ La definizione, che risale ai primi anni '90, è di Nicholas J. Szabo, secondo cui lo *smart-contract* è "un protocollo di transazione computerizzato che esegue i termini di un contratto".

2. L'attuale contesto interno e internazionale

All'analisi giuridica di sistema, essenzialmente opera della dottrina che per qualche tempo ha monopolizzato il campo, si è affiancato, piuttosto di recente, l'intervento del legislatore, sebbene in maniera non del tutto perspicua e appagante.

L'art. 8 *ter* del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 (il cd. “Decreto semplificazioni”, convertito, con modificazioni, nella legge 11 febbraio 2019, n. 12) ci fornisce la definizione di DLT (c.d. *distributed ledger technology*), ossia le tecnologie basate sui registri distribuiti, senza intermediazione di terzi, non alterabili e non modificabili – e la *Blockchain* è un tipo di DLT – e, con essa, anche la definizione di “contratto intelligente”, instaurando una diretta interazione tra le due nozioni.

Peraltro, proprio in riferimento alla nozione legale, le linee guida dell'Agid del 7 maggio 2020, relative alle *best practice* di *secure design*⁷, specificano che le DLT «sono sistemi informatici che gestiscono dati, transazioni o codici eseguibili (appunto *Smart Contracts*) in modo il più possibile indipendente da un'autorità centrale attraverso l'utilizzo di data storage distribuito in correlazione con processi crittografici e sistemi decisionali decentralizzati».

La legge, poi, affida ad una formula assai scarna la descrizione del tipo, con ciò non volendo intendere l'individuazione della causa del contratto – poiché il programma negoziale può essere il più vario (la diffusione degli *smart-contracts* si ha nei settori della finanza, delle assicurazioni, del trasferimento di beni e crediti, delle somministrazioni di energia) –, bensì della struttura del contratto, che ruota intorno al “programma per elaboratore”, seppure non esaurendosi in esso.

È noto, tuttavia, che *smart-contracts* e *Blockchain* sono un fenomeno globale e, anzi, sono proprio le esperienze straniere quelle che ne hanno dato origine e, in particolar modo Statunitensi, dove il fenomeno ha trovato modo di essere positivizzato in più di uno Stato dell'Unione⁸.

Grande fermento ovviamente si registra anche in ambito europeo.

Di rilievo è uno studio pubblicato in materia dal Governo britannico⁹ con lo scopo analizzare i problemi applicativi (incertezze e lacune) della legge vigente

⁷ Le “Linee Guida” sono state emanate dall'Agenzia per l'Italia Digitale ai sensi dell'art. 71 del codice dell'amministrazione digitale e sono relative alle *best practice* di *secure design* per le architetture basate su registri distribuiti (DLT), in conformità ai principi di *Secure/Privacy by Design*.

⁸ Ad es.: Arizona, Illinois, Tennessee e Nevada.

⁹ Si tratta dello studio intitolato “*Smart legal contracts Advice to Government*”, presentato nel novembre 2021 al Parlamento dal *Lord Chancellor* e dal *Secretary of State for Justice* e reperibile al seguente indirizzo: <https://www.lawcom.gov.uk/project/smart-contracts/>

agli “*smart legal contracts*”, ossia ai contratti intelligenti in grado di dare origine a obblighi legali vincolanti, applicabili in conformità ai loro termini¹⁰.

Ma ancora più importante – perché con diretta attinenza al nostro ordinamento – è l’attivismo che si registra in ambito eurounitario, dove, in particolare, trovano evidenza la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 sulla c.d. legge sui servizi digitali, la proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 settembre 2020 relativo ad un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia di registro distribuito e la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo del 24 settembre 2020 relativo ai mercati delle cripto-attività (c.d. MICAR-*Markets in Crypto-Assets regulation*).

All’appello, in ambito nazionale, manca, ad oggi, la giurisprudenza¹¹.

Ci sono certamente pronunce che si soffermano su aspetti particolari di utilizzo degli algoritmi¹², ma ben diversa è la portata specifica della materia degli *smart-contracts*, con tutte le peculiarità che essa presenta.

Una maggiore attinenza ad essa può scorgersi in due pronunce, sebbene non possano dirsi *in medias res*: una decisione della Cassazione penale¹³ su una truffa per pubblicizzazione *online* di *Bitcoin* come investimento finanziario e una decisione del Tribunale di Firenze¹⁴ sul fallimento di una società che gestiva una piattaforma di *Blockchain* dove veniva depositata e scambiata una criptomoneta.

Varie possono essere le ragioni dell’assenza attuale di un “diritto vivente” sugli *smart-contracts*; alcune di queste saranno intercettate più avanti, ma probabilmente tra le più valide c’è quella della presenza, particolarmente attiva ed incisiva, di Autorità Indipendenti di regolazione nei settori di maggior diffusione del fenomeno: finanza ed energia.

¹⁰ La definizione che viene data dallo studio del Governo di Sua Maestà è la seguente: “*A legally binding contract in which some or all of the contractual terms are defined in and/or performed automatically by a computer program*”.

¹¹ Giurisprudenza che si trova presente in altri Paesi; in Europa, ad es. Svezia e Svizzera; fuori dei confini europei, risalta soprattutto l’esperienza avanzata di Singapore.

¹² Si pensi alle decisioni dei giudici amministrativi in tema di procedure valutative della P.A., oppure sulla gestione telematica delle gare di aggiudicazione dei contratti pubblici, ovvero ancora, nel campo della giurisdizione ordinaria e del diritto del lavoro, al controllo delle modalità della prestazione lavorativa basato su algoritmi (la nota vicenda dei *riders*), oppure – ed è il caso di una recente pronuncia della Cassazione in tema di *privacy* (Cass. civ., 25 maggio 2021 n. 14381) sul consenso al trattamento dati finalizzato all’elaborazione di profili reputazionali, in forza di algoritmo, di cui si è ritenuto necessaria la trasparenza dello schema esecutivo e degli elementi che lo compongono.

¹³ Cass. pen., 17 settembre 2020, n. 26807.

¹⁴ Tribunale di Firenze, sentenza n. 18 del 21 gennaio 2019.

Il che, tuttavia, non rende la riflessione sul tema specifico degli *smart-contracts* solo un’astratta esercitazione, perché l’implementazione del fenomeno è esponenziale e potrebbe non tardare ad approdare nelle aule giudiziarie¹⁵.

Dunque, il contesto descritto, a partire dai dati di diritto positivo, depone chiaramente in senso contrario a quella configurazione del fenomeno *smart-contracts*, alimentata da una idealizzazione della sua stessa essenza, come appartenente al perimetro del c.d. “non diritto”, impermeabile, almeno tendenzialmente, ad ogni interferenza di autorità esterne, restando appannaggio esclusivo dell’autonomia privata.

3. La fenomenologia degli “smart contracts”

Il fenomeno *smart-contracts* è piuttosto variegato: possiamo avere *smart-contracts* che sono soltanto dei protocolli esecutivi di determinate operazioni, altri che sono algoritmi di sola esecuzione di clausole contrattuali, altri ancora che investono anche la fase della conclusione del contratto.

Restringendo alle ultime due ipotesi appena dette il campo di indagine¹⁶, il loro dato peculiare si coglie nel rilievo per cui il contratto è strutturato mediante algoritmi che rappresentano la concretizzazione, in termini informatici, della volontà delle parti di concludere e/o di gestire una determinata operazione contrattuale e di darvi – contestualmente – esecuzione.

Gli *smart-contracts*, poi, possono essere eseguiti o meno su DLT e, sebbene sia più frequente il caso di *smart-contracts* che non abbiano nulla a che fare con le *Blockchain*, è rispetto a quest’ultime che il fenomeno si fa davvero più interessante e complicato da indagare.

Del resto, è proprio questa interazione *smart-contracts/Blockchain* che il nostro legislatore ha assunto a paradigma della definizione del “contratto intelligente” e la descrizione che l’art. 8 *ter* del “Decreto semplificazioni”, sebbene (come detto) risulti scarna, è comunque in grado di dare contezza del fenomeno

¹⁵ E potrebbe approdare, con celerità tradizionalmente sconosciuta, anche in Corte di cassazione, tramite il novello istituto del c.d. rinvio pregiudiziale dal giudice di merito al giudice della nomofilachia su questioni di viva attualità, di cui all’art. 363-*bis* c.p.c., introdotto, nel frattempo, dal decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 (Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l’efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata).

¹⁶ Dovendosi, altresì, rammentare che gli *smart-contracts* possono anche avvalersi di intelligenza artificiale, pur non dovendosi confondere o sovrapporre i due fenomeni.

normato, ossia a quella tecnica informatica del codice binario “*if-then*”¹⁷ che consente, per l'appunto, l'esecuzione automatizzata di clausole volte a stabilire, al ricorrere di talune circostanze (*if*), il contenuto e l'oggetto del contratto, nonché le singole prestazioni alle quali i contraenti si impegnano (*then*).

È poi la tecnologia *Blockchain* a consentire al meglio la *self enforceability* del contratto: i termini e le condizioni del contratto, predeterminati dalle parti¹⁸, si realizzano al verificarsi degli eventi iscritti nel codice (sovente anche con rinvio ad agenti esterni – umani o non –, che con quel codice interagiscono: i c.d. oracoli), e dell'esecuzione rimane traccia immodificabile.

Di conseguenza, l'adempimento contrattuale scisso dalla volontà delle parti, in ordine all'esecuzione del regolamento negoziale, trova fonte, di per sé, nella realizzazione delle condizioni pattuite ed acquisite, in modo irreversibile, nel linguaggio del codice.

4. Taluni aspetti problematici della contrattazione “*smart*”

a) la conclusione dell'accordo

Un primo aspetto problematico lo si ha nel momento della definizione del regolamento contrattuale e, quindi, della conclusione dell'accordo.

Profili entrambi contemplati nella nozione che ci fornisce l'art. 8-ter del d.l. n. 135 del 2018, richiamando sia la predefinitone degli effetti del programma per elaboratore ad opera delle parti¹⁹, sia la forma scritta che lo *smart-contract* soddisfa a certe condizioni, ossia la identificazione delle parti (in base a regole che dovranno essere emanate dell'Agid) e la sua immodificabilità, che viene a dare al programma la veste di documento informatico: dunque, suscettibile di avere valore di scrittura privata ai sensi dell'art. 2702 c.c.

Sotto quest'ultimo specifico aspetto, i problemi sembra porli piuttosto il profilo della identificazione delle parti contraenti²⁰: dovendo lo *smart-contract* eseguirsi su *Blockchain* (così ci dice l'art. 8 ter) è la funzionalità di quest'ultima – la sua stessa ragione di essere, soprattutto se *Blockchain* pubblica o *permissionless* – ad impedire la previa identificazione delle parti, occorrendo quindi una soluzione che si adatti a questa peculiare situazione.

¹⁷ E. BATTELLI, *op. cit.*, 925; D. DI SABATO, *op. cit.*, 378; S. MONTI, *op. cit.*, 456.

¹⁸ Gli architetti configuranti il programma negoziale, anche se poi vedremo quale asimmetria nasconde questa affermazione.

¹⁹ Il c.d. contratto quadro o accordo procedimentalizzato; cfr. A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 416.

²⁰ E tanto potrebbe rivelarsi anche una delle ragioni di mancanza di contenzioso al riguardo.

Meno problematico si presenta l’altro aspetto, quello della immodificabilità del programma, proprio perché dovrebbe essere la *Blockchain* stessa a garantire, di per sé, una tale condizione.

Ciò detto, molti degli interrogativi più impegnativi che suscita la contrattazione *smart* sono legati al momento della formazione dell’accordo e ciò in ragione del dato del linguaggio, quello informatico *versus* quello naturale.

Ed è il dato che più di altri alimenta la discussione sul se davvero vi sia un progressivo assorbimento della logica contrattuale nella tecnologia, secondo la nota formula di Lessig del “*code is law*”²¹.

È vero che lo *smart-contract* dà certezza del linguaggio semantico intrinseco e del linguaggio formale estrinseco²².

Quanto al primo aspetto, esso vive in un linguaggio artificiale, quello digitale, che è suscettibile di una sola interpretazione, perché privo delle ambiguità e della vaghezza che è propria del solo linguaggio naturale, elidendo, quindi, il punto di vista umano con tutte le sue implicazioni di tipo valoriale.

Quanto al significato formale estrinseco, questo attiene alla provenienza delle dichiarazioni e alla certezza delle stesse, non richiedendosi a tal fine l’intermediazione di un terzo che gli attribuisca pubblica fede.

Ma questo ha il suo rovescio della medaglia. Perché la “rivoluzione grafica”²³ determinata dal linguaggio digitale comporta, in modo del tutto singolare e con differenza ontologica con la scrittura tradizionale, la perdita di simultaneità nella percezione del segno grafico e del relativo significato, differendo il momento di apprendimento di quest’ultimo dal momento dell’elaborazione dei segni grafici.

E questo significato si ottiene all’esito della specifica attività che la scrittura digitale svolge, in modo del tutto autonomo, senza la partecipazione umana, anche se è pur sempre l’uomo a dettare gli scopi di quella attività (e, nel nostro caso, a predefinire il regolamento negoziale).

Emerge, dunque, un diaframma comunicativo e tanto può riverberarsi come deficit nella formazione del consenso.

Il che viene a segnare una ulteriore distanza rispetto al contratto concluso con mezzi elettronici e su siti di c.d. *e-commerce*, dove il nucleo di tutela si concentra nell’informazione, chiara e puntuale, dovuta al consumatore sul programma contrattuale; informazione che, tuttavia, è strutturata in linguaggio naturale e, dunque, consente una verifica, giudiziale, in base agli ordinari criteri di interpretazione del regolamento negoziale, anch’esso in linguaggio naturale.

²¹ L. LESSIG, *Code and Other Law of Cyberspace*, New York, 1999, 24.

²² C. AMATO, *op. cit.*, 1259.

²³ A. GARAPON, J. Lassegue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021 (si vedano, Parte I, §§ 1 e 4).

È di tutta evidenza quale sia la distanza tra questa modalità di contrattazione e quella degli *smart-contracts*, dove – come detto più volte – il “code” è, per l’appunto, in linguaggio informatico e anche una eventuale traduzione in linguaggio naturale comporterebbe problemi di corrispondenza tra i due testi, il primo dei quali non intelligibile dal contraente non tecnicamente attrezzato²⁴.

Del resto, può dirsi ipotesi di scuola quella di contraenti tutti tecnicamente in grado di comprendere il linguaggio informatico, soprattutto se poi il contratto *smart* è di consumo.

La soluzione non è proprio agevole, perché negli *smart-contracts* il codice informatico prevale su una eventuale traduzione in linguaggio naturale, che non dovrebbe assumere valore vincolante, almeno per le parti codificate.

Adottando il criterio guida²⁵ della regola più prossima alla razionale composizione del conflitto degli interessi, avuto riguardo alla *ratio* della disciplina legale e alla specificità del rapporto controverso, si potrebbe giungere a diversificare l’ipotesi di contratto intelligente B2B da quella di *smart-contract* B2C²⁶.

Nel primo caso – contratto tra pari – la traduzione in linguaggio naturale del “code” potrebbe avere rilevanza ove decettiva, nei termini di cui all’art. 1439 c.c., operando altrimenti il principio di autoresponsabilità nella scelta di addivenire alla conclusione del contratto intelligente, poiché parrebbe assai difficile dimostrare l’esistenza di un errore ostativo riconoscibile determinato dalla mancata comprensione del linguaggio digitale.

Nel secondo caso, venendo in rilievo la più penetrante disciplina di tutela del consumatore, che sappiamo imporre chiarezza e comprensibilità di informazioni e clausole in più di una fattispecie (si vedano ad es. gli artt. 5, 34, 51, 72 cod. cons.), si potrebbe, in una logica di adattamento della sovrastruttura tecnologica – e ricorrendo all’analogia rispetto a quanto è previsto per i contratti conclusi con mezzi elettronici e su siti di c.d. *e-commerce* –, rendersi obbligatoria sulla DLT una traduzione in linguaggio naturale del codice e così consentire di rimediare al deficit informativo.

Ciò che invece parrebbe del tutto distonico rispetto al funzionamento della *Blockchain* è l’obbligo, ad esempio, di fornire al consumatore la documentazione su supporto cartaceo laddove richiesto; ad es. art. 67 *undecies* cod. cons. sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari.

²⁴ E, invero, comprensibile solo dagli “eletti”: i programmatori informatici.

²⁵ M. MAUGERI, *Smart contract ...*, 18-19.

²⁶ Ulteriore complicazione si porrebbe se in rilievo venisse la figura del c.d. “Prosumer”, del “cliente attivo”, consumatore-produttore al tempo stesso, nell’ambito del mercato dell’energia elettrica; cfr. M. MAUGERI, *Smart contract ...*, 83 ss.

È quanto la citata proposta europea “MICA” esclude, ragionevolmente, in relazione alla fornitura di servizi connessi alle cripto-attività; così come, sempre in coerenza con il *modus operandi* della *Blockchain*, parrebbe escludere anche il diritto di recesso del consumatore²⁷.

È certo poi che, in entrambi i casi illustrati, si porrebbe ulteriormente il problema dell'eventuale annullamento del contratto, con la difficoltà strutturale data dalla immodificabilità della *Blockchain*.

In tal senso potrebbe sopperire, *de iure condendo*, la Risoluzione europea sui servizi digitali là dove essa auspica una misura volta “ad assicurare che i contratti intelligenti siano dotati di meccanismi in grado di arrestarne e invertirne l'esecuzione”²⁸.

Naturalmente l'articolazione dei mercati, sempre più accentuata in termini di differenze, porta necessariamente a dare rilievo alle relative specificità e, dunque, a regole coerenti con esse.

Nel caso degli *smart-contracts* trovano rilievo circostanze affatto peculiari (sino a qualche lustro fa difficilmente immaginabili) e non deve ingannare l'accostamento che sovente viene fatto con la contrattazione automatica²⁹ perché è un accostamento che non rende giustizia della distanza, siderale, tra i due fenomeni.

Il che – per inciso – conforta la tesi per cui la “contrattazione intelligente” non può sottrarsi all'applicazione della più penetrante disciplina di tutela del consumatore in forza dell'esenzione di cui all'art. 47, lett. *n*), del codice di consumo, ossia quella prevista, per l'appunto, per i contratti conclusi tramite distributori automatici³⁰.

b) l'esecuzione del contratto e cenni alla patologia dell'atto e del rapporto

Veniamo ora all'esecuzione automatica del codice programmato e, dunque, del regolamento negoziale, ciò che l'art. 8-ter del “decreto semplificazioni” intende là dove fa riferimento al “programma per elaboratore la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti”.

Occorre, però, subito precisare – per non essere fuorviati dalla lettera della legge – che, in realtà, è l'attivazione informatica del codice a vincolare le parti e non l'esecuzione del programma³¹.

²⁷ M. MAUGERI, *Cripto-attività...*, 6-8.

²⁸ Così nell'allegato alla Risoluzione, nell'opinione del Parlamento sulla regolamentazione degli aspetti civili e commerciali delle DLT e degli *smart-contracts*; cfr. M. MAUGERI, *La Risoluzione...*, 30.

²⁹ Si trova frequentemente negli scritti di settore il richiamo al saggio “*Gli automi nel diritto privato*” di Antonio Cicu, risalente al 1901; cfr. F. DELFINI, *op. cit.*, 167-168.

³⁰ M. MAUGERI, *Smart contract...*, 60.

³¹ M. MAUGERI, *Smart contract...*, 46.

Il dato della certezza dell'esecuzione del contratto – che rappresenta la cifra propria degli *smart-contracts*, la ragione essenziale loro proporsi sul mercato digitale – ossia quello che è stato definito adempimento auto-ottemperante (*self executing*) e che potrebbe qualificarsi anche “*adempimento performativo*” o ancora meglio “*vincolatività performativa*”, intendendo così attrarre in questa definizione l'epifenomeno contratto intelligente nella sua interezza –, è un dato certamente apprezzabile sul piano della sicurezza delle relazioni commerciali e anche su quello, strettamente correlato, della deflazione del contenzioso giudiziario sui rapporti giuridici implicati³².

In realtà, lo *smart-contract* impedisce, di per sé e in modo indefettibile, non proprio l'inadempimento contrattuale, quanto piuttosto la non esecuzione del programma per elaboratore.

L'adempimento è concetto legato, comunque, ad un programma negoziale, mentre rimane neutro il concetto di esecuzione del “codice informatico”; neutralità concettuale che fa gioco in quanto occorre verificare, a monte, “su che cosa” si è formato il consenso e, quindi, come il codice è stato realizzato, se in coerenza con il programma definito dalle parti.

Pertanto, soltanto dopo, a valle dell'esecuzione del programma per elaboratore, potrebbe parlarsi, tecnicamente, di “*vincolatività performativa*”.

Sempre sul piano della certezza dei traffici commerciali si colloca, coerentemente, la rigidità (o immodificabilità) del contratto immesso sulla *Blockchain*; tuttavia, per converso, ciò rende più difficoltosa la gestione flessibile del rapporto rispetto ad eventuali vicende sopravvenute, là dove lo *smart-contract* dia esecuzione ad un rapporto di durata.

In realtà, l'algoritmo è programmato in modo condizionale (come detto, secondo la combinazione *if/then*), che sostanzialmente riproduce lo schema dell'art. 1353 c.c.³³.

È possibile, quindi, definire in anticipo la casistica di determinate sopravvenienze, facendo leva sulla disciplina del tipo contrattuale, sulla regolamentazione di legge integrativa (art. 1374 c.c.) o su quella amministrativa e/o pattizia del mercato di riferimento (si pensi all'ambito regolatorio nel settore dell'energia) e, dunque, circoscrivendo l'alea normale del contratto.

Per le sopravvenienze non programmabili, potrebbero intervenire (ma pur sempre in base ad una previsione del codice) gli “oracoli”, governando *ab externo* (e in particolare dal mondo reale) l'evento imprevedibile in modo da ripristinare l'equilibrio contrattuale pregiudicato.

³² E tanto ci somministra un'altra ragione dell'assenza, in ambito nazionale, di un diritto vivente in materia.

³³ D. DI SABATO, *op. cit.*, 385 ss.; D. FAUCEGLIA, *op. cit.*, 456.

Occorre, però, essere consapevoli che, pure in questo caso, la sensibilità e flessibilità dello strumento utilizzabile non sarebbe pari a quella assicurata nella fase esecutiva del rapporto contrattuale dalle clausole generali e, in particolare, dalla buona fede.

Ulteriore aspetto problematico riguarda la patologia dell'atto e del rapporto, quest'ultima ove determinata da sopravvenienze non governabili.

Sotto questo specifico profilo potrebbero sopporre i rimedi restitutori e risarcitori al di fuori della *Blockchain*.

Più complicato – come abbiamo visto – è il caso dell'invalidità del contratto.

I rimedi restitutori sembrerebbero, dunque, non pienamente soddisfacenti, mentre potrebbe ritornare utile la soluzione di reversibilità tecnologica auspicata dalla più volte menzionata Risoluzione del Parlamento europeo dell'ottobre 2020; soluzione peraltro già studiata, in autonomia, da alcune piattaforme *Blockchain*, che – in definitiva – evidenzia come anche nel mondo digitale sia viva l'esigenza di trovare il modo di rapportarsi con l'ordinamento giuridico generale.

5. Conclusioni

Si è già fatto cenno a quella aspirazione degli *smart-contracts* all'autosufficienza assoluta, che trova alimento nel fatto che la *Blockchain* non ha necessità (almeno in una visione paradigmatica) di interferenze dal di fuori, le quali si paleserebbero, invero, distoniche rispetto alla stessa sovrastruttura, poiché in essa tutto si risolve e conchiude.

È il paradigma del c.d. impero della “*lex Criptografica*”, che assumerebbe il ruolo di “*lex Mercatoria*” del terzo millennio³⁴.

Nella declinazione di massima autonomia della *Blockchain* anche la tutela delle patologie contrattuali verrebbe, infatti, affidata ad un particolare arbitro, quello gestito dalle c.d. DAO (organizzazioni autonome decentralizzate), da gruppi organizzati nella rete secondo una *governance* separata e autonoma, i quali fornirebbero un verdetto in base criteri e procedure predeterminate e condivise tra tutti i membri del gruppo, ma al di fuori della giurisdizione statale.

Sarebbe, pertanto, tracciato con nettezza quello che si è definito come perimetro del c.d. “non diritto”.

Invero, il complesso fenomeno – *Blockchain* e *smart-contracts* – si porta dietro apparenti contraddizioni, che non è semplice sciogliere, perché comunque rispondono ad aspettative ed esigenze che convivono.

³⁴ M. GIULIANO, *op. cit.*, 890.

Da un lato, la certezza che proviene dalla immodificabilità della *Blockchain* e dall'esecuzione automatica del "code" – e quindi l'esecuzione/adempimento sicuro del contratto – e, dall'altra, la libertà che dà la disintermediazione della stessa *Blockchain* rispetto ad agenti regolatori terzi.

Nella nostra società globalizzata il mercato della rete è diventato, oggettivamente, un fattore strutturale ed è un mercato per definizione aperto e, dunque, liquido. Cresce, però, il numero di coloro che si affidano al mercato della *Blockchain*, che è pure parte della rete, ma che costituisce un mercato chiuso e rigido per la sua stessa struttura, dunque un mercato protetto, sebbene senza regolatori esterni di controllo.

Il successo di quest'ultimo mercato apre dunque a varie riflessioni, molte non riguardano il giurista, altre però possono interessarlo.

Quel contesto (*smart/Blockchain*), soprattutto se assunto in termini così estremi (e *in vitro*), può anche far tornare alla mente, e magari riportare sotto altra veste all'attualità, l'ormai antico dibattito sull'*ubi consistam* dell'autonomia privata e del suo strumento principe di soddisfazione degli interessi economici.

Un dibattito che, tuttavia, già in origine ebbe a disvelare il senso utopico di uno spazio resecato e autoreferenziale dell'autonomia privata, corroborato dalla concezione meramente volontaristica del contratto, mettendo al centro il riconoscimento di essa da parte dell'ordinamento generale, quale fonte della giuridicità degli effetti del regolamento privato.

Cade, dunque, quell'aspirazione libertaria estrema dell'autonomia privata al tempo della *Blockchain* e degli *smart-contracts*, quella che assume in chiave operativa il suo rapporto con la legge e che trova un primo, e forse già di per sé decisivo, ostacolo nel fatto che, assai di rado, lo *smart-contract* sarà concluso tra "pari", ossia tra contraenti che godano entrambi delle stesse condizioni di accesso alle informazioni rilevanti e al linguaggio digitale che compone il programma per elaboratore attraverso il quale viene eseguito il "contratto intelligente", per cui nell'ipotesi più ricorrente, ossia quella dell'offerta in rete di uno *smart-contract* e dell'adesione ad esso, si rende necessario un apparato di tutela e di tutela effettiva, la quale non può che rinvenirsi, per l'appunto, nell'ordinamento generale.

I dati emergenti dal panorama internazionale e nazionale – lo si è già evidenziato – confermano questa lettura e testimoniano, al contempo, come quell'aspirazione è riassorbita nella tradizionale dialettica autorità/libertà, per cui la centralità del mercato non sfugge, però, a limitazioni funzionali alla sua più corretta ed efficiente dinamica, come avviene in particolar modo attraverso la disciplina anticoncorrenziale e quella consumeristica.

L'esigenza di *public enforcement* del contratto rimane, dunque, intatta anche dinanzi all'inedere che sembra inarrestabile della contrattazione digitale; di qui l'attualità e fecondità della riflessione all'ombra delle categorie tradizionali del diritto civile.

Settorializzazione delle discipline e dimensione oggettiva dei contratti

SOMMARIO: 1. Le discipline per tipi – 2. La disciplina per categorie – 3. La disciplina per oggetti – 4. Conclusioni.

1. Le discipline per tipi

La preoccupazione, direi principale, del civilista risiede nell'individuare i tratti identificativi della fattispecie che fungono da elementi caratterizzanti, *rectius*, qualificanti e dunque attraggono una determinata disciplina; e ciò, in massima misura, quando la disciplina in gioco ha natura imperativa.

Tale preoccupazione evoca immediatamente il dibattito sugli elementi caratterizzanti il tipo contrattuale, e financo il rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli tipi contrattuali.

A quest'ultimo proposito, come è noto, in epoca immediatamente successiva alla codificazione del 1942 si confidava in una lineare sistemazione, per cui le norme generali avrebbero potuto svolgere funzione "di cornice" delle norme particolari esclusive di ciascun contratto nominato, secondo l'abusata immagine di Francesco Messineo¹. Il dogma svolto in questi termini è stato da tempo sottoposto a revisione critica, osservando come "un tale rapporto sistematico [non] esistesse ieri, nel confronto tra norme generali e norme particolari sui contratti nel codice civile. Tanto meno esiste oggi, nel confronto tra norme del codice civile e norme delle leggi speciali"². Nei numerosi esempi in cui la disciplina del tipo deroga alle norme di parte generale, e prevede conseguenze opposte, cioè *incompatibili*, soccorre il principio di specialità, e dunque sono le norme di parte speciale a prevalere³.

¹ F. MESSINEO, *Contratto (diritto privato), Teoria generale*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 786.

² G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 328, in senso analogo P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 804 ss.

³ Sul punto, *ex multis*, G. DE NOVA, *I singoli contratti: dal titolo terzo del libro quarto del codice*

Riguardo invece ai tratti distintivi delle figure nominate di contratto, ogni tipo contrattuale mostra i propri elementi caratteristici, oltre che in rapporto al contratto in generale, anche e soprattutto in relazione agli altri tipi, più o meno contigui od affini, per il tramite di quella che è stata definita una “diagnosi differenziale”⁴. In questo senso, molti sforzi sono stati profusi per l’individuazione dei criteri che consentono di differenziare un tipo dall’altro⁵.

Anzi, la dottrina italiana è stata dominata dall’ambizione di una soluzione unitaria, dal desiderio cioè di reperire un unico criterio idoneo per tutti i casi. Si è così proposto di riconoscere nella causa tale elemento distintivo universale tra i tipi, scontando però la concorrenza tra varie definizioni di causa⁶. Altro tentativo è consistito nel far leva sulle norme cogenti, e cioè su quelle norme che indicherebbero i caratteri essenziali di un contratto⁷; con un inevitabile circolo vizioso: non tutte le norme imperative presenti nella disciplina di un determinato contratto traducono infatti elementi essenziali del tipo e quindi, per selezionare, tra esse, le norme utili alla costruzione del tipo, occorrerebbe già conoscere quali sono i suoi dati caratterizzanti. Infine, si è pensato alla natura della prestazione⁸, che è stata accusata però di parzialità, essendo potenziale criterio distintivo solo

civile alla disciplina attuale, in *I cinquant’anni del codice civile*, I, Milano, 1993, p. 218; G.B. FERRI, *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, p. 421; G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 669 ss.

⁴ G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 78.

⁵ Cfr., per esempio, G. CIAN, *Diritto civile e commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, p. 523 ss.

⁶ Tesi classica e risalente cfr., tra gli altri, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, rist. 2a ed., Torino, 1960, pp. 185-186; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, p. 114; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., p. 603 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 8a ed., Napoli, 1964, p. 173; MESSINEO, *Il contratto in genere*, t. I, cit., p. 684 e, più recentemente, G. OPPO, *I contratti di impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 50 ss. Rilevano la confusione tra causa e tipo M. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, voce in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1960, p. 563-64 e p. 573 e G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 71 ss., 123 ss., 234 ss. e 402 ss.

⁷ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, pp. 193-194; Id., *Intuitus personae e tipo negoziale*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, vol. I, p. 627.

⁸ L’identificazione è espressa in A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, in *Il codice di commercio commentato*, 5° ed., Torino, 1925, vol. VI, sub art. 388, p. 89; ed è sostanzialmente presente anche in G. DE GENNARO, *I contratti misti. Delimitazione, classificazione e disciplina. Negotia mixta cum donatione*, Padova, 1934, p. 56 e *passim.*; cfr. S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 83. L’A., così definita la causa, richiama appunto (nota 20 bis) «le bene orientate e perspicue considerazioni del De Gennaro»

per i tipi che realizzano contratti di scambio. Ma su questo punto mi sia consentito tornare tra breve, in tema di oggetto del contratto.

Ad ogni modo, le critiche rivolte alla pretesa di individuare un unico elemento tipizzante dotato di operatività generale hanno condotto ad ammettere invece che i vari criteri utilizzati dal legislatore per individuare i vari tipi contrattuali sono eterogenei⁹.

La discussione sui tratti originali di ciascun tipo ha mutato consistenza dinanzi al nutrito corpo di interventi dell'Unione Europea in materia di tutela del consumatore, che coinvolgono il settore contrattuale in modo diretto. E qui si comincia ad affrontare l'individuazione del campo di applicazione di discipline prevalentemente imperative.

2. La disciplina per categorie

Il diritto europeo dei contratti del consumatore, per scelta e per necessità, non porta rispetto all'elenco dei tipi contrattuali di cui al libro quarto del codice civile. Brevemente, le direttive accumulate non trattano della vendita, della locazione, dell'appalto, del mandato, etc., conclusi da persone fisiche per scopi estranei alla propria attività professionale, né, tanto meno, forgiavano nuovi schemi da aggiungere al "nostro" elenco. Privilegiano invece il riferimento a modalità di negoziazione o a contenuti complessi: il contratto "porta a porta"; il contratto a distanza; il contratto telematico; il contratto relativo a fattispecie di multiproprietà; il contratto di viaggio nella formula "tutto compreso". Oppure scelgono un "raggruppamento" o "categoria di contratti": la vendita di beni di consumo, la quale include non solo il tipo "vendita", ma altresì «i contratti di permuta e di somministrazione nonché quelli di appalto, di opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o da produrre» (art. 128, primo comma, Codice del consumo)¹⁰.

⁹ G. DE NOVA, sempre ne *Il tipo contrattuale*, cit., p. 59 ss. e, prima, R. SACCO, nel saggio *Autonomia contrattuale e tipi*, dedicato a Paolo Greco e pubblicato anche in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 730 ss. Interessanti considerazioni al riguardo si leggono in M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in *Contratti per l'impresa, I Produzione, circolazione, gestione, garanzie*, a cura di G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI, Bologna, 2012, p. 33 ss, in part. p. 39 ss dove si riprendono e sviluppano le nozioni ascarelliane di "concetto tipologico" e "concetto normativo" già oggetto di riflessione in M. LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, [ed. fuori commercio], Milano, 1971 e Id., *Premesse a una revisione della teoria unitaria dei titoli di credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1972, I, p. 192 ss.

¹⁰ Mi sia consentito rinviare alle considerazioni contenute in G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. NAVARRETTA, Milano, 2007, p. 461.

Peraltro, la “categoria” di contratti – di per sé comprensiva di più tipi – era già stata sperimentata dal legislatore nazionale come base applicativa di una disciplina di tutela dell'imprenditore debole, anch'essa di tenore imperativo (un esempio, direbbe la scuola milanese, di “terzo contratto”)¹¹. Secondo la definizione dell'art. 1 della legge 192/98, il contratto di subfornitura non è affatto un sub-contratto di somministrazione, ma una fattispecie con cui «un imprenditore 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 forniti dall'impresa committente». Integrano tale fattispecie contratti di appalto, di opere e servizi, ma anche contratti di compravendita, somministrazione, contratti d'opera.

Vale la pena segnalare che il raggruppamento o la categoria contrattuale, di origine sia domestica sia europea, non rivestono soltanto una valenza inclusiva, nel senso che compendiano vari tipi contrattuali. Riflettono pure una valenza divisiva all'interno del singolo tipo, ove il divisore è rappresentato talvolta da una caratteristica soggettiva, talaltra da un elemento prettamente oggettivo. Per meglio intenderci, non tutti i contratti chiaramente appartenenti al tipo “compravendita” sono “vendite di beni di consumo”; non lo sono, e dunque non tollerano la disciplina del Codice del consumo, le vendite di cui non sia parte acquirente un consumatore e/o che abbiano ad oggetto beni immobili oppure beni mobili compresi nell'elenco delle “esclusioni” di cui all'art. 128, comma 2, lettera a), del Codice del consumo¹²; parimenti, non tutti gli “appalti” integreranno una subfornitura, se mancano quei fattori, normativamente dettagliati, che denotano una posizione di subordinazione economica dell'impresa appaltatrice rispetto all'impresa committente.

Ancora, a proposito di categorie (e non di tipi) contrattuali, mi permetto di richiamare la questione della classificazione dei “contratti *di* impresa”, affrontata dal sottoscritto poco meno di un decennio fa in occasione della curatela di un'opera, poi dedicata ai “contratti *per* l'impresa”. Tali contratti sono stati identificati come «contratti caratterizzati non solo dalla partecipazione ad essi dell'imprendi-

¹¹ G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, *passim*.

¹² Cfr. F. ADDIS, *La fornitura di beni di consumo: 'sottotipo' della vendita?*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 584 ss. e Id (a cura di), *Aspetti della vendita dei beni di consumo. Atti del Dottorato in “Diritto dei contratti ed economia d'impresa”*, Milano, 2003, spec. pp. 21-26.

tore, ma anche (e più restrittivamente) dal fatto che attraverso essi si esplica e si realizza la specifica e oggettivamente qualificante attività d'impresa»¹³.

Arturo Dalmartello, come è ben noto, riteneva che fosse possibile declinare i contratti d'impresa in chiave di “categoria”, comprensiva tanto di quelli che oggi noi chiameremmo contratti BtoC, quanto dei BtoB. Lo studioso riteneva che esistessero norme riferibili ai contratti d'impresa e non applicabili a contratti che non potessero essere qualificati d'impresa. Il profilo oggettivo-funzionale di questi contratti (e cioè la realizzazione dell'attività d'impresa) avrebbe influenzato, infatti, la disciplina degli stessi (rendendoli insensibili, ad esempio, alle vicende personali del soggetto imprenditore, o escludendo l'operatività di alcune regole in materia di interpretazione).

Al di là del significato storico di questa definizione categorica, mi premeva sottolineare come, anche in tempi non “sospetti”, *ergo* non ancora “inquinati” dal dogma della tutela della parte debole, la *vis attractiva* di una determinata disciplina potesse essere affidata a fattori diversi dal tipo normativo.

3. La disciplina per oggetti

Una più recente edizione del problema dell'individuazione del “criterio di collegamento” (mutuando una nozione del diritto internazionale privato) tra la fattispecie e la sua regola (imperativa) si è presentato dinnanzi alla delimitazione della rilevanza dell'assai restrittivo e dispendioso regime normativo dedicato ai contratti finanziari. I contratti negoziati e stipulati in seno ai mercati finanziari rappresentano, tipologicamente parlando, contratti di scambio riconducibili prevalentemente e agevolmente ai noti tipi “compravendita” e “permuta”, quindi di “facilissima” qualificazione, però con oggetto alcunché di finanziario¹⁴.

L'oggetto, allora, rappresenta qui il punto nodale¹⁵. Il legislatore comunitario affida l'attrazione della pervasiva disciplina dedicata ai contratti finanziari – e, *in primis*, del principio della riserva di attività – al concreto e puntuale riscontro di una prestazione (servizio o attività di investimento) che abbia a sua volta ad oggetto uno strumento finanziario. L'elenco di ciò che è “strumento finanziario” si trova dettagliato nell'allegato 1, sezione C, della MiFID II (direttiva 2014/65/UE

¹³ A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962, *passim*.

¹⁴ Afferma C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1993, p. 205, che «la vendita esprime un determinato tipo di contratto, caratterizzato da una determinata causa e da un determinato oggetto, cioè l'alienazione. Ora, tale oggetto si diversifica secondo la struttura del diritto alienando richiamando regole diverse in ordine ai requisiti e agli effetti».

¹⁵ Cfr. G. GITTI, *Il contratto attraverso il suo oggetto*, Bologna, 2022, p. 109.

del 15 maggio 2014), trasposto esattamente nell'allegato 1, sezione C, del Testo Unico della Finanza («elenco dei servizi, delle attività e degli strumenti finanziari»).

Oggi, la questione del campo di applicazione di una disciplina imperativa ad incidenza contrattuale si pone nuovamente, e con inedite e urgenti vesti.

La Commissione Europea, il 24 settembre 2021, ha pubblicato una proposta di regolamento relativo ai mercati delle cripto-attività (cosiddetto regolamento “MiCA” – *Markets in Crypto-Assets*)¹⁶. Il MiCA fa parte di un “pacchetto sulla finanza digitale”, ossia “un pacchetto di misure volte a consentire e sostenere l'ulteriore sfruttamento del potenziale della finanza digitale in termini di innovazione e concorrenza, attenuando nel contempo i rischi”.

Dell'ampia e dettagliata disciplina del MiCA mi interessa evidenziare la scansione “oggettiva”, basata su una classificazione delle cripto-attività, a sua volta perno per la rilevanza di regimi differenziati.

Il MiCA (anzi, forse “la” MiCA, dal momento che si tratta ancora di una proposta normativa) impiega, a mo' di slogan, la definizione di “cripto-attività”, ossia di “una rappresentazione digitale di valore o di diritti che possono essere trasferiti e memorizzati elettronicamente, utilizzando la tecnologia di registro distribuito o una tecnologia analogica” (art. 3, comma 1, n. 2). Per quanto mi riguarda, trovo meno pomposa, e soprattutto più aderente al discorso che stiamo per affrontare, la dicitura di “beni e attività digitali”, che dunque utilizzerò da qui in avanti.

Anzitutto, la MiCA auto-disegna il proprio ambito di applicazione per differenza, poiché il dichiarato obiettivo del legislatore comunitario è colmare una lacuna, a livello “centrale”, evitando cioè il proliferare di diversi impianti su base nazionale, poiché “non esistono norme per i servizi connessi alle cripto-attività” e “la mancanza di tali norme fa sì che i possessori di cripto-attività siano esposti a rischi, in particolare nei settori non disciplinati dalle norme in materia di tutela dei consumatori. La mancanza di tali norme può anche comportare rischi sostanziali per l'integrità del mercato nel mercato secondario delle cripto-attività, compresa la manipolazione del mercato” (considerando n. 3).

Ecco che – già in questa prima operazione *ad excludendum* – la MiCA impiega un parametro smaccatamente oggettivo, per cui i beni e le attività digitali che “sono assimilabili a strumenti finanziari quali definiti all'articolo 4, paragrafo 1,

¹⁶ La proposta è stata da ultimo aggiornata “*following the informal negotiations between the representatives of the three institutions*”, ossia la stessa Commissione, il Parlamento europeo ed il Consiglio dell'Unione Europea attraverso il “*Permanent Representatives' Committee*”. Il relativo “*draft overall compromise package*” è stato inviato al Parlamento Europeo il 5 ottobre 2022.

punto 15, della direttiva 2014/65/UE” (e cioè al già menzionato elenco oggi allegato al nostro Testo Unico della Finanza) non sono interessati dalla regolamentazione proposta; e ciò perché, all’evidenza le istanze di tutela dai rischi sopra paventati sono curate, per l’appunto, dalla disciplina in materia di prestazione di servizi e attività di investimento¹⁷.

Poi, per quanto riguarda i beni e le attività digitali non rientranti nell’elenco degli strumenti finanziari, la MiCA individua “tre sottocategorie ... che dovrebbero essere soggette a requisiti più specifici”, ossia a discipline differenziate in base alla sotto-categoria oggettiva a cui appartiene lo specifico bene o attività digitale, ricompreso nella macro-categoria di “cripto-attività” non “assimilabili agli strumenti finanziari”, di volta in volta in esame (cfr., da qui in avanti il considerando n. 9)¹⁸.

Le tre sottocategorie oggettive sono rappresentate da:

(i) gli *utility token*: si tratta di una “attività destinata a fornire l’accesso digitale a un bene o a un servizio, disponibile mediante DLT, e che è accettato solo dall’emittente di tale *token*. Tali *utility token* hanno finalità non finanziarie” (cfr. anche la corrispondente definizione di cui all’art. 3, comma 1, n. 5);

(ii) i “*token* collegati ad attività”, ossia i *token* “che intend[ono] mantenere un valore stabile facendo riferimento al valore di diverse monete fiduciarie aventi corso legale, di una o più merci o di una o più cripto-attività, oppure di una combinazione di tali attività” (cfr. anche la corrispondente definizione di cui all’art. 3, comma 1, n. 3). Questi *token* sono spesso finalizzati “a far sì che i loro possessori li utilizzino come mezzo di pagamento per acquistare beni e servizi e come riserva di valore”;

(iii) infine, i “*token* di moneta elettronica”, ossia i beni e le attività digitali destinati “a essere utilizzat[i] principalmente come mezzo di pagamento e che mirano alla stabilizzazione del valore ancorandosi a un’unica moneta fiduciaria. La funzione di tali cripto-attività è molto simile a quella della moneta elettronica”. Infatti, essi “sono surrogati elettronici per monete e banconote e sono utilizzate per effettuare pagamenti” (cfr. anche la corrispondente definizione di cui all’art. 3, comma 1, n. 3).

¹⁷ Sul punto si rinvia a P. HACKER e C. THOMALE, *Crypto-Securities Regulation: Icos, Token Sales and Cryptocurrencies Under Eu Financial Law*, in *Eur. Comp. Fin. L. Rev.*, 15(4), 2018, pp. 645-696.

¹⁸ D.A. ZETZSCHE, F. ANNUNZIATA, D.W. ARNER e R.P. BUCKLEY, *The Markets in Crypto-Assets Regulation (MiCA) and the EU Digital Finance Strategy*, EBI Working Paper N° 2020-018 (11-11-2020), disponibile al seguente link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3725395; R. LENER, S.L. FURNARI, *Cripto-attività: prime riflessioni sulla proposta della commissione europea. Nasce una nuova disciplina dei servizi finanziari “crittografati”?*, in www.dirittobancario.it, ottobre 2020.

I beni e le attività digitali *sub* (ii) e (iii) sono accomunati dalla capacità, e, per i *token* di moneta elettronica, dalla vocazione specifica a fungere da mezzo di pagamento. Per questo, i regimi per ciascuno di essi predisposti dalla MiCA, pur differenti tra loro, presentano il tratto comune di esigere “l’apposita autorizzazione dall’autorità competente del Suo stato membro d’origine” rispetto alle fattispecie di offerta al pubblico e di ammissione alla negoziazione su una piattaforma “di cripto-attività” nell’Unione Europea (art. 15, comma 1, per i *token* collegati ad attività) o l’autorizzazione “quale ente creditizio o istituto di moneta elettronica” ai sensi della direttiva 2009/110/CE (art. 43, comma primo, per i *token* di moneta elettronica).

Il legislatore europeo, rispetto ad essi, vuole dunque verificare e presidiare la circolazione di entità sostanzialmente monetarie¹⁹, a tutela anche della funzione di emissione di moneta “reale” riservata alle banche centrali dei singoli Paesi membri. In altre parole, qui l’eventuale autonomia contrattuale degli operatori e degli “utenti” di beni e attività digitali risulta fortemente compressa e amministrata.

Ben più interessanti, sotto il profilo della ricostruzione degli spazi di autonomia negoziale, sono invece gli *utility token*, e qui mi permetto di richiamare la nozione, a mio avviso più esaustiva di quella della MiCA, tracciata dall’Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (FINMA) della Svizzera (cfr. la *Guida pratica per il trattamento delle richieste inerenti all’assoggettamento in riferimento alle initial coin offering (ICO)*, edizione del 16 febbraio 2018).

Anzitutto, in una accezione ampia, il *token* – di per sé un gettone virtuale – svolge una funzione di “rappresentazione” di rapporti giuridici, grazie a una tecnologia che “presenta profili di analogia con il meccanismo di creazione di ‘*securities*’, ovvero l’incorporazione dei diritti del sottoscrittore in un certificato, che costituisce titolo di legittimazione per il loro esercizio ma anche uno strumento per la più agevole trasferibilità dei medesimi”. Altresì, il fenomeno dei *token* è intimamente connesso al concetto di tecnologie “DLT” (*distributed ledger technologies*), e cioè tecnologie basate su registri distribuiti, tra i quali riveste un ruolo preminente la *blockchain*. Secondo la richiamata classificazione di FINMA, i “*token* di utilizzo” (*utility token*) sono allora rappresentati da “quei *token* che permettono di accedere a un’utilizzazione o a un servizio digitale forniti su, o dietro utilizzo, di un’infrastruttura *blockchain*”.

Tornando alla MiCA, gli *utility token* – che vengono poi chiamati, con una dicitura residuale, “cripto-attività diverse dai *token* collegati ad attività o dai *token* di moneta elettronica” (Titolo II, dall’art. 4 in poi) – sono soggetti a un regime ripar-

¹⁹ Si veda la puntuale ricostruzione di M. CIAN, *La criptovaluta – Alle radici dell’idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, p. 339.

tito ulteriormente al suo interno in base a considerazioni attinenti all'oggetto²⁰. Se gli *utility token* rappresentano, in base alla MiCA, una sotto-categoria di beni e attività digitali, all'interno di questa sotto-categoria si strutturano sub-sub-fattispecie, a loro volta foriere di discipline diversificate a rilevanza negoziale.

La guida di questa, ulteriore, sotto-ripartizione è il principio di proporzionalità – già noto nel contesto della disciplina, comunitaria e domestica, della contrattazione finanziaria – che differenzia e dosa obblighi e oneri in relazione alle dimensioni e ai destinatari dell'operazione²¹.

Il regime “ordinario” delle “offerte al pubblico di cripto-attività diverse dai *token* collegati ad attività o dai *token* di moneta elettronica e ammissione di tali cripto-attività alla negoziazione su una piattaforma di negoziazione di cripto-attività” (art. 4 in avanti) prevede:

(i) la redazione di un *white paper*, ossia di un documento informativo “in merito alle caratteristiche, alle funzioni e ai rischi” dei beni e delle attività digitali destinati all'acquisto, compilato in base a puntuali prescrizioni di forma-contenuto (tra queste, l'obbligo di informare il destinatario-consumatore del bene o attività digitale in questione del diritto di recesso ad esso spettante, in termini di *ius se poenitendi*, a fronte di un periodo di ripensamento pari a quattordici giorni);

(ii) la notifica preventiva di tale *white paper* all'autorità competente dello Stato membro d'origine. Così, viene esplicitamente esclusa (a differenza delle altre discipline applicabili alle due altre categorie di *token* “monetarie”) “l'approvazione *ex ante* di un *white paper*” prima della sua pubblicazione;

(iii) l'obbligo delle autorità nazionali di trasmettere all'ESMA i *white paper* loro notificati, perché l'ESMA li inserisca nel “registro dei fornitori di servizi per le cripto-attività” (art. 57);

(iv) la pubblicazione di tale *white paper* sul sito *web* dell'emittente, entro la data di inizio dell'offerta al pubblico o dell'ammissione alla negoziazione su di una piattaforma specializzata;

(v) a fronte dell'assenza di una approvazione preventiva autoritativa, la previsione di poteri in capo alle autorità nazionali, “postumi” rispetto alla pubblicazione, che consistono nel poter chiedere l'integrazione del *white paper* con informazioni supplementari e, nei casi più gravi, nel poter sospendere o addirittura vietare l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione su piattaforma, qualora tali offerta o ammissione “non siano conformi ai requisiti applicabili”.

²⁰ Sulla possibilità che, in questi termini, l'*utility token* «transiti» verso la disciplina finanziaria v., tra gli altri, C. SANDEI, *L'offerta iniziale di cripto-attività*, Torino, 2022, p. 48.

²¹ In questa direzione muove il Considerando n. 8 della Proposta, nonché la Relazione, punto 1.

A fronte di questo regime “ordinario” (di per sé speciale in rapporto alla sotto-categoria degli *utility token*), sono previsti regimi più “soft”, in base alle caratteristiche dell’operazione, ai rischi in capo ai consumatori e alle “dimensioni” dell’offerente.

Sono infatti sottratte dall’onere di redazione, notificazione e pubblicazione del *white paper*, tra l’altro, le seguenti fattispecie: l’offerta gratuita; l’offerta rivolta a meno di 150 persone fisiche o giuridiche per ogni Stato membro; l’offerta il cui corrispettivo totale, nell’arco di dodici mesi, non superi l’importo di un milione di euro; l’offerta rivolta esclusivamente ad investitori qualificati.

Con riferimento alle fattispecie sopra elencate, l’autonomia negoziale degli emittenti è circoscritta soltanto dalla prescrizione di una serie, abbastanza “scontata”, di obblighi basilari di correttezza, diligenza e trasparenza, che riecheggiano – anche se in forma assai meno dettagliata²² – le regole di condotta degli intermediari finanziari²³. L’art. 13 della MiCA prevede che “gli emittenti di cripto-attività diverse dai *token* collegati ad attività o dai *token* di moneta elettronica: (a) agiscono in modo onesto, corretto e professionale; (b) comunicano con i possessori delle cripto-attività in modo corretto, chiaro e non fuorviante; (c) prevengono, individuano, gestiscono e segnalano eventuali conflitti di interesse che possano sorgere; (d) mantengono tutti i loro sistemi e protocolli di accesso di sicurezza secondo norme dell’Unione appropriate”. Viene poi menzionato l’obbligo di agire “nel miglior interesse dei possessori di tali cripto-attività” e di praticare la “parità di trattamento”.

4. Conclusioni

In conclusione, mi sia consentito tirare le fila dell’impianto tracciato dalla MiCA, per quanto di rilevanza per i profili contrattuali.

La MiCA dimostra che – con l’avvento e l’accelerazione applicativa delle nuove tecnologie in rapporto all’autonomia contrattuale e allo sviluppo, anche infrastrutturale, di nuovi mercati – l’elemento essenziale del contratto, dal punto di vista qualificatorio (ossia di “criterio di collegamento”, attrattivo di una disciplina molto speciale, in termini di “sotto-regime”), è sempre più il suo oggetto.

²² Il dato emerge chiaramente in P. MAUME, L. MAUTE e M. FROMBERGER, *The Law of Crypto Assets*, München, 2022, p. 191 ss., sebbene la fattispecie presa in esame dagli Autori – la *Initial Coin Offering* – sia ormai superata dalla prassi, orientata verso fenomeni di raccolta dei capitali maggiormente efficienti.

²³ M. HOZBA e A. VONDRÁČKOVÁ, *Crypto-Asset Services under the Draft MiCA Regulation*, 2021, III, p. 4 ss. (ssrn.com).

È un'affermazione questa che segna, anche sotto il profilo culturale, un cambio di prospettiva nella costruzione dogmatica del contratto, tradizionalmente incentrata – come si è detto – sul perno dell'elemento causale. Nella realtà delle “cripto-attività”, *rectius*, dei beni e delle attività digitali, le figure contrattuali si sviluppano sul piano oggettivo, ossia di ciò che viene negoziato.

Si pensi alla struttura di una offerta al pubblico di *utility token*, ove le posizioni contrattuali si intrecciano e convergono verso un unico obiettivo, consistente nella distribuzione e fruizione di un bene o di un servizio, “erogato” mediante la tecnologia DLT, in ottica quasi “consortile”. La prassi contrattuale promossa da tale tecnologia torna a interrogare il civilista, sfidandolo a saggiare la duttilità delle proprie categorie.

Certo, il modello di *business*, i beni e i servizi offerti e il grado di sofisticazione delle fattispecie concrete sono variabili. Ciò nonostante, mi sembra di poter individuare – nell'ingegneria dei mercati digitali – la figura del contratto plurilaterale con comunione di scopo, quale è stato disciplinato dal codice civile in aderenza all'insegnamento di Tullio Ascarelli. L'elasticità di questo modello (che un tipo non è!) ben si presta a presidiare i salti “oggettivi” che trascorrono tra un regime “completo” e regimi invece più “morbidi”.

L'oggetto, nella MiCA, è variegato, e – come già è accaduto per le “categorie” e per l'elenco degli strumenti finanziari – è in grado di “spaccare” e dividere l'integrità dei tipi tradizionali. In questa ultima edizione della (possibile) legislazione europea, tale tendenza arriva decisamente più marcata. Non si tratta ora solo di “raggruppamenti”, coinvolgenti trasversalmente più tipi, ma di strutture contrattuali che sono fondate e costruite sul genere di prestazione, e quindi di bene o attività digitale, interessata.

Nei mercati di beni e attività digitali, infatti l'oggetto dei contratti che ivi si stipulano viene a caratterizzare l'operatività e a innescare la dinamica qualificatoria, potenzialmente attrattiva di discipline infatti diversificate su base oggettiva.

Valutazione causale e applicazione dei principi nei nuovi contesti di contrattazione¹

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La vicenda del *terzo contratto*. – 3. Immeritevolezza e *claims made*. – 4. Clausole generali, contratto «alieno», *smart contracts*. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Una quindicina scarsa di anni or sono, un gruppo di studiosi (allora più) giovani, si assunse la responsabilità (e il rischio) di sviluppare la formula *terzo contratto*². Ne evoco il ricordo, non per affezione, o nostalgia di anni ormai lontani, ma perché il tema di queste riflessioni (principi, clausole generali e nuovi contesti) riannoda un filo sottile tra quel modello e gli strumenti contrattuali odierni.

Questa traiettoria, che potrebbe intitolarsi «clausole generali e principi, dal terzo contratto al contratto alieno», viene colta proprio dalla dottrina più giovane, che non a caso suggerisce l'impiego del terzo contratto alla recente giurisprudenza occupatasi di *claims made*³: stretta tra la necessità di assicurare tutela all'assicurato-contraente debole e il ruolo professionale di quello stesso contraente, che ne impedisce l'attrazione alla logica protettiva tipica dei contratti del consumatore.

A quella vicenda giurisprudenziale, vorrei dedicare i rilievi che seguono: nel tentativo di cogliere somiglianze e diversità che i due contesti (del terzo contratto di allora, dei nuovi contratti di oggi) rivelano, in ordine al ruolo del giudice e all'impiego delle clausole generali.

Con uno sguardo ulteriore, in chiusura al contratto alieno.

¹ Il saggio riproduce, con i dovuti adattamenti, la relazione presentata al convegno *Il contratto o i contratti?*, Roma, Accademia dei Lincei, 29 novembre – 1 dicembre 2021.

² I primi risultati di quello studio (ispirato dalla formula coniata da R. PARDOLESI, *Prefazione* a G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, p. XIII) si ritrovano in *Il terzo contratto*, a cura di G. GITTI e G. VILLA, Bologna, 2008.

³ Si veda, in proposito, V. BACHELET, *Il fine giustifica i mezzi? Polizze claims made tra «primo», «secondo» e «terzo» contratto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2018, p. 525 ss., spec. p. 570 ss.

2. La vicenda del *terzo contratto*

L'immagine di un contratto «terzo» nasceva da un'istanza di differenziazione dei rimedi, o se si vuole dell'approccio regolativo all'atto e al rapporto, nei diversi possibili modelli contrattuali, allora (e ancor oggi) presenti nell'ordinamento.

Da un lato il primo contratto, che è (o dovrebbe essere) quello del Codice, compiutamente negoziato da contraenti esperti (o, almeno in tesi, ugualmente esperti), che aspira al massimo di libertà: e, di conseguenza, rivendica dal legislatore un intervento minimalista, volto a garantire sanzione a un regolamento tendenzialmente completo e autosufficiente, e richiede al giudice un controllo limitato alle patologie dell'accordo.

Dall'altro lato, il secondo contratto (quello del consumatore), che in ragione della disparità di strumenti a disposizione delle parti, delle asimmetrie informative, della sostanziale esclusione del contraente debole dal momento elaborativo di regole e condizioni, postula, al contrario, il massimo del controllo: realizzato dal legislatore con la predisposizione di una disciplina eteronoma del rapporto, pre-sidiata da nullità protettive, in tutte le fasi e con riguardo a tutti i profili di esso.

Tra queste due polarità, la ricerca di una «terra di mezzo» aveva preso le mosse da indici normativi in apparenza disaggregati quali l'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, sulla subfornitura (e la figura dell'abuso di dipendenza economica), le norme sui ritardi di pagamento (di cui al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231), sino alla disciplina dell'affiliazione commerciale e dell'agenzia.

L'immagine che si profilava, e che dava corpo all'ipotesi di un terzo modello, era di un accordo che coniuga al ruolo necessariamente professionale dei contraenti, lo svolgersi della contrattazione in contesti di asimmetria di potere contrattuale.

Asimmetria che, però, nel contratto del consumatore coincide con l'elemento formale della predisposizione, quell'«esercizio unilaterale» dell'autonomia privata⁴ che consente di pensare la disequaglianza come dato di struttura e costante (quasi una presunzione, superabile solo attraverso la prova della trattativa individuale); laddove nel caso dell'impresa dipendente alla circostanza formale della predisposizione si sostituisce il dato sostanziale (da accertarsi di volta in volta) del significativo squilibrio del regolamento singolo, discendente dall'abuso della dipendenza economica.

E questi caratteri, che rendono inadeguata la tutela tipica dell'ambito consumeristico (affidata alla regola invalidante, posta in via generale e preventiva

⁴ Secondo la felice formula di G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 348.

dalla norma), suggeriscono un diverso intervento protettivo, orientato al caso singolo, la cui esatta ricostruzione andrà affidata di volta in volta al controllo del giudice: che sarà, in buona sostanza, controllo causale in concreto. E in cui la tutela sarà guidata dall'applicazione dei principi e delle clausole generali.

Se è vero che l'area occupata dal primo contratto tende, oltre che a sottrarsi all'interventismo del legislatore, anche ad "azzerare il rischio-giudice"; e se, sul fronte opposto, la penetrante normativa di tutela del consumatore vede l'opera del giudicante rigorosamente indirizzata dalla tipicità e dall'automatismo dei rimedi; quella tracciata dal terzo contratto era (ed è) una via intermedia: che, pur imponendo specificità al controllo sul contenuto, fondato sulla ricognizione in concreto degli interessi oggettivati nell'accordo, restituisce discrezionalità al giudice, attraverso l'applicazione di *standards* valutativi e il recupero delle clausole generali (prima fra tutte, il canone della buona fede).

Giudizio sulla causa concreta, e principio di buona fede: questa la conclusione raggiunta allora, che riconduce, intuitivamente al discorso odierno.

Perché di fronte al moltiplicarsi dei modelli di contratto, e ai nuovi contesti, cui allude il titolo di questa nostra discussione, è dato assistere, nel tempo presente, ad atteggiamenti (delle parti) e a percorsi interpretativi (del giudice) divergenti, se non contrapposti, proprio nei confronti della valutazione causale e del vaglio giudiziale fondato su principi e clausole generali. E quindi, per un verso, causa e meritevolezza vengono utilizzate per estendere tutele di settore ad aree che direttamente non vi rientrano (ed è – come vedremo – il caso delle *claims made*). In direzione opposta, va il tentativo di sottrarsi all'applicazione della regola di buona fede in modelli di contratto (non dirò più alieno, ma) estraneo alla realtà ordinamentale acquisita (ne costituiscono primo esempio la *merger clause*, estrema applicazione gli *smart contracts*).

3. Immeritevolezza e *claims made*

Sul primo versante, e a partire dalla prima sentenza delle Sezioni Unite del 2016⁵, la Cassazione si è trovata ad applicare le categorie dell'immeritevolezza, prima, della causa, poi, all'assicurazione «a richiesta fatta»⁶.

⁵ Cass., S.U., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 1434.

⁶ Sul percorso giurisprudenziale appena evocato, oltre al saggio di Bachelet cit. in nota 2, si veda A. M. GAROFALO, *L'assicurazione claims made e il dialogo tra formanti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1039 ss.

Nel successivo arresto del 2018⁷, fermo restando il sindacato sulla fase pre-contrattuale, presidiata da obblighi informativi e da correlati vizi incompleti, alla precedente valutazione di meritevolezza (resa superflua – secondo l’opinabile argomentazione della Corte – dalla tipizzazione normativa della clausola, operata dai noti interventi in tema di responsabilità sanitaria e professionale) si sostituisce il controllo sulla causa, il che, a ben vedere, potrebbe anche rendere la sostituzione nominalistica⁸: causa implicitamente ricostruita come *adeguato rapporto tra interessi e struttura del contratto*.

Il contratto «inadeguato», rivela un vizio nella causa (e dunque un vizio «completo»), in quanto non soddisfa gli interessi per cui è stato concluso: interessi che, tuttavia, non vengono dedotti dalle clausole in esso contenute, ma da quanto «normalmente» perseguito dal contraente-tipo, che ricerca copertura assicurativa.

Questa «normalizzazione» degli interessi viene subita dalla compagnia, tant’è che la causa si ricostruisce solo su di essi, e a nulla rileva la prospettiva dell’assicuratore: ciò in quanto è il medico o il professionista assicurato la parte bisognosa di protezione. E il contrasto tra interessi normali (a una copertura piena) e struttura del contratto (che tale copertura non garantisce) conduce all’inadeguatezza funzionale e alla conseguente eliminazione di quelle clausole che li contraddicono: tipicamente, quelle che limitano la retroattività.

L’identificazione di una classe (di interessi e quindi) di contraenti, conduce, da un lato, a creare un analogo concetto di causa, modellata non sugli interessi concretamente perseguiti dal singolo (come sarebbe la causa «concreta» strettamente intesa), ma su quelli «normalmente» perseguiti da quella classe di soggetti; e, dall’altro, corrisponde all’identificazione di una categoria di contraenti meritevoli di protezione, in quanto, a dispetto del ruolo professionale, essi appaiono come «professionisti deboli».

Ciò comporta una «materializzazione» dell’autonomia e, al tempo stesso, una sua «conformazione», che – potrebbe dire qualcuno – limita la libertà: quella, ad esempio, di sottoscrivere polizze *claims made* che prevedano una copertura corrente, ma anche un costo inferiore, se non giustificate da interessi «ragionevoli»: il che si traduce in un’offerta di polizze «migliori», ma a prezzi, ovviamente, più alti. Ma il limite si spiega, tenendo conto che una copertura inadeguata sembra incompatibile con gli obblighi assicurativi esistenti per alcune categorie di professionisti. E del resto, una valutazione di adeguatezza (pur se riferita, anziché alla causa, all’*obligation essentielle*) si ritrova alla base dell’art. 1171 del *Code civil*, come riformulato nel 2016.

⁷ Cass., S.U., 24 settembre 2018, n. 22437, in *F. it.*, 2018, I, c. 3015.

⁸ Lo rileva già A.M. GAROFALO, op. cit., p. 1048.

Dicevo, in esordio, che l'assonanza con la formula dell'«impresa debole» ha indotto taluno dei commentatori a suggerire il ricorso al modello del terzo contratto, e quindi l'applicazione della figura dell'abuso di dipendenza economica, che avrebbe consentito di estendere la tutela a un tipo di contraente (il libero professionista), la cui qualità professionale, anche se non «imprenditoriale» nel senso dell'ordinamento interno, ha già trovato conferme normative⁹.

Sollestando, oltre tutto, il professionista debole dall'onere probatorio relativo al difetto di trasparenza, al quale il Codice del consumo subordina il sindacato di abusività di clausole che siano (come le *claims made*) relative all'oggetto del contratto.

Quel che più conta, è la descritta normalizzazione degli interessi rilevanti, che consente di perimetrare un nuovo «sottocontesto» di contrattazione.

Sul piano della disciplina – e questo è lo svolgimento che qui interessa – tutto ciò conduce¹⁰ a ritenere che gli interventi settoriali, volti a correggere il contenuto dei contratti *claims made*, imponendo una retroattività minima e/o una postuma minima¹¹, traducono in precetto positivo e specifico interessi eteronomi (o *anche* eteronomi) generali: in particolare, l'interesse a una copertura della responsabilità professionale, che eviti al cliente danneggiato il rischio di non riuscire a soddisfare la pretesa risarcitoria.

Gli esiti raggiunti coincidono, in buona parte, con gli approdi della giurisprudenza: le clausole *claims made* possono essere valide, se assistite da correttivi idonei ad assicurarne la adeguatezza, rispetto agli interessi «normalizzati» della classe di contraenti assicurati (i professionisti).

E ciò consente, di fronte al problema della disciplina applicabile a seguito della nullità parziale, di sostituire il richiamo (scontato, ma forse improprio) al modello generale consegnato all'art. 1917, comma 1° del codice, con l'impiego delle normative settoriali come fonte di integrazione del contratto.

Il conflitto che pare delinarsi è dunque tra l'impiego di strumenti *di diritto generale* e la deduzione di principi (specifici a un determinato ambito) da normative *di settore*.

⁹ Da ultimo, la l. 22 maggio 2017, n. 81, (il c.d. *Jobs act* degli autonomi), la quale applica il divieto di abuso di dipendenza economica (*ex art.* 9 della l. 192/1998), in quanto compatibile, ai rapporti contrattuali di lavoro autonomo di cui al titolo III del libro quinto del codice civile e, quindi, anche alle professioni intellettuali.

¹⁰ E in effetti ha condotto le Sezioni Unite del 2018.

¹¹ Come da ultimo, la legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Gelli-Bianco) e, prima, la disciplina dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale (introdotta dal d.l. 13 agosto 2011 n. 138, convertito con modificazioni nella l. 14 settembre 2011, n. 148).

La finalità protettiva viene perseguita dalla giurisprudenza riempiendo di nuovo contenuto clausole generali come (l'immeritevolezza), o ritenendo che la ricostruzione concreta della causa, nei rapporti asimmetrici, si basi su un apprezzamento non degli interessi concretamente perseguiti dalla parte debole, deducibili dal contratto, ma di quelli normalmente propri di quella classe di contraenti.

A questo punto, la tensione a risolvere le lacune di tutela mediante strumenti di diritto privato generale non potrà evitare il confronto con le scelte regolative specifiche che il legislatore ha operato, in relazione a quel sotto-settore della contrattazione assicurativa avente a oggetto la responsabilità professionale (cioè con i diritti secondi): le quali, proprio perché volte a tutelare interessi di classe, lungi dal rimanere confinate alla fattispecie regolata, diventano espressione [si perdoni l'improprietà] di sotto-principi, idonei a fornire le linee guida per l'interpretazione e la valutazione di tutti i contratti riconducibili al medesimo modello di conflitto di interessi, e a colmare le lacune (stavolta contrattuali) conseguenti alla nullità.

4. Clausole generali, contratto «alieno», *smart contracts*

Solo un cenno, prima di chiudere, al percorso inverso: in direzione opposta si assiste, infatti, sia al tentativo di sottrarre all'applicazione delle clausole generali determinate aree della contrattazione, sia all'emersione di strumenti in apparenza strutturalmente incompatibili con il loro operare.

a) Il primo è il caso del contratto «alieno», di cui ha da ultimo inventariato gli esempi principali un'omonima voce enciclopedica¹².

L'ambito è quello della contrattazione (il più delle volte transnazionale) tra imprese; il modello forse più noto è il *Sale and purchase agreement*. Intendimento delle parti è sottrarre il contratto alla disciplina "materializzante" della buona fede e, più in generale, alla disciplina del codice civile.

Giorgio De Nova ha tradotto «alieno» con «straniero», e anche con «extraterrestre».

Straniero è, senza dubbio, per provenienza del modello e per lontananza dal nostro ordinamento: e ciò creerebbe, in linea di principio, la necessità di un intervento forte del giudice, tramite l'impiego delle clausole generali (come la buona fede).

Ma alieno è anche nel senso di *apolide*, perché tendente a sottrarsi a qualsiasi giurisdizione: nell'ambizione delle parti di dettare un regolamento compiuto di

¹² G. DE NOVA, *Contratto alieno*, in *Enc. dir., I tematici, Contratto*, I, 2021, p. 193 ss.

ogni aspetto dell'accordo, della sua esecuzione, dei rimedi applicabili, evitandone sia l'integrazione legale, sia il sindacato del giudice, privato o pubblico che sia.

Della validità del contratto non è più possibile dubitare. I problemi sono piuttosto di struttura, di interpretazione e integrazione, e di valutazione delle singole clausole. La più discussa, perché simbolo dell'aspirazione all'autosufficienza (la *merger clause*), sancisce la completezza e la sottrazione del contratto all'interpretazione e integrazione secondo buona fede.

Il quesito che solitamente ci si pone è se clausole di questo tipo siano valide e fino a che punto: e la risposta è che esse possono sì essere valide, ma vanno comunque collocate nel sistema. Così, le parti non potranno escludere l'applicazione di norme come l'art. 1362 c.c. o l'art. 1366 c.c.; ma possono cambiare la considerazione degli interessi nel caso di specie, onde togliere spazio all'interpretazione contestuale o a quella di buona fede.

In modo più penetrante, verrebbe fatto di chiedersi se a questa tensione della contrattazione d'impresa ad alti livelli – e in generale della *lex mercatoria* – non corrisponda un modo diverso di intendere la buona fede, in un ambito in cui essa occupa uno spazio assai più modesto, e la sua rilevanza e “forza” sono assai minori.

Ne deriverebbe un modo di intendere la buona fede, che si emancipa persino dal primo contratto, per dar vita a una «buona fede mercatoria» più simile a quella romanistica che a quella attuale. A quella *bona fides* che non serviva affatto a fondare un potere di intervento del giudice, ma semmai a consentire ai *cives* di contrattare con i *non cives* attribuendo una sanzione giuridica a rapporti non tutelabili *ex iure Quiritium*. Clausola che trasportava nel giuridico l'etica dei mercanti: non solidaristica, ma che solo reclamava riconoscimento, e priva del tutto dell'afflato della *Treu und Glauben* del XVIII e XIX secolo.

b) Il secondo (e ultimo) caso è offerto dall'incidenza delle nuove tecnologie.

Anche qui il prototipo, ormai notissimo, è rappresentato dagli *smart contracts*, la cui vicinanza rispetto alla *merger clause*, sottolineata in un celebre saggio, ha contribuito a delineare il concetto di *smart interpretation*¹³, e il cui stesso modo di operare sembra precludere in radice interpretazioni e integrazioni di buona fede: ancor più, nel caso in cui si tratti di «mera esecuzione di accordi presi fuori dalle *Distributed Ledger Technologies*», ma quelli «che vengono conclusi ed eseguiti sulle DLT»¹⁴.

¹³ M. CANNARSA, *Interpretation of Contracts and Smart Contracts: Smart Interpretation or Interpretation of Smart Contracts?*, in *European Review of Private Law*, 6, 2019, p. 782 s.

¹⁴ M. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, in *Osservatorio di dir. civ. e comm.*, 2, 2020, p. 385.

Una considerazione «laica» del fenomeno può condurre a valutazioni divergenti.

Così, potrebbe dirsi che esso assicura il definitivo «disinnesco degli aspetti di eteronomia che si traducono in una integrazione del contratto mediante altro da ciò che sia riconducibile alla pura autonomia» e dunque al «superamento di una considerazione del contratto come strumento di politica economica»¹⁵. E la stessa caratteristica dell'automazione esecutiva, che sembra tendere all'autoregolazione, escludendo ogni valutabilità dell'accordo e della sua attuazione potrebbe pensarsi come un argine al «significato eversivo» delle clausole generali che «riposano non più sull'oggettività di norme calcolabili, ma sull'incontrollabile soggettivismo della decisione»¹⁶.

Per altro verso, la preoccupazione per la possibile incompletezza del contratto e per l'incidenza delle sopravvenienze, come del resto l'esigenza di tutela del contraente debole, aprono il tema, che qui non può neppure aprirsi, dell'indicazione delle regole e dei rimedi applicabili.

5. Conclusioni

Claims made da un lato, contratti alieni dall'altro, segnano una volta di più la divaricazione irreversibile dei modelli, che la prassi del nuovo millennio ha definitivamente consegnato alla teoria del contratto. Quanto detto, mi pare consegna al dibattito due conclusioni.

La vicenda giurisprudenziale delle *claims made* evidenzia la forza espansiva delle discipline di settore: le Sezioni Unite utilizzano le norme in tema di responsabilità civile sanitaria e professionale (e quindi della legge speciale) in quanto esse individuano «le coordinate di base, inderogabili *in pejus*, che individuano il substrato del modello negoziale “meritevole”»; e da queste, che vengono definite espressamente «regole di struttura», si ricava un criterio guida nell'interpretazione, applicabile «anche in settori diversi da quello sanitario o professionale e, segnatamente, in quelli che postulano l'esigenza di una copertura dai rischi per danni da eziologia incerta e/o caratterizzati da una lungolatenza»¹⁷.

Come dicevamo prima: dalla disciplina del sottotipo si trae un (sotto)principio, di cui si ammette la forza espansiva in nome della medesima esigenza di tutela.

¹⁵ Esito auspicato, pur se in altro contesto, da C. SCOGNAMIGLIO, *Contratto tra secondo e terzo millennio*, in *Enc. Treccani – XXI secolo*, 2009.

¹⁶ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 14 s.

¹⁷ Le citazioni si ritrovano in Cass. 24 settembre 2018, n. 22437, cit., rispettivamente ai paragrafi 19.4, 19.6 e 19.8.

La seconda conclusione: il confronto tra la vicenda giurisprudenziale delle *claims made* e le aspirazioni delle parti dei contratti alieni sembra riflettere il diverso rilievo assunto nei due ambiti, al fine della ricostruzione causale e dell'applicazione di principi e clausole generali, da testo e contesto.

Tradotto in chiaro: ammettendo che – pragmaticamente – ogni ricostruzione della causa – e ogni qualificazione – debba avvenire apprezzando il significato sociale di alcuni elementi di fatto (per come assorbito dall'ordinamento giuridico), potrebbe dedursene che:

nei rapporti tra parti in eguale condizione di potere contrattuale, il *testo* del contratto continui a costituire l'elemento primario, se non esclusivo;

mentre nei rapporti tra parti asimmetriche, esso debba cedere spazio a una valutazione standardizzata degli interessi e del *contesto*.

E dato che questo è prima di tutto contesto sociale, si torna così alla nitida lezione di Luigi Mengoni, secondo la quale compito della buona fede altro non è che veicolare «una valutazione del contratto alla stregua di tipi normali di comportamento riconosciuti come norme sociali»¹⁸.

¹⁸ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 13.

Disciplina del contratto e “*non – moral goods*”

SOMMARIO: 1. I fattori tradizionalmente unificanti della disciplina dei contratti: autonomia e giustizia commutativa. – 2. L'autonomia contrattuale: un *essentially contested concept*. – 3. Il conflitto tra diverse concezioni e il declino della capacità unificante del riferimento all'autonomia. – 4. La giustizia commutativa dipende dalla contestualizzazione e il concetto di giustizia commutativa non è in grado di rappresentare un polo astrattamente unificante. – 5. Il diritto dei contratti in una società complessa basata su specializzazione e incentivi. – 6. La frammentazione del sistema e le clausole generali. – 7. Un possibile centro di gravità: disciplina del contratto e “*non – moral goods*”.

1. I fattori tradizionalmente unificanti della disciplina dei contratti: autonomia e giustizia commutativa

Il tema che mi è stato assegnato, quello delle clausole generali, declinato in rapporto al titolo del convegno “Il contratto o i contratti?”, si specifica nella domanda: nell'attuale diritto dei contratti, le clausole generali agiscono come un fattore unificante, o come un fattore di disgregazione¹?

La corretta impostazione di questa domanda dipende però dalla risposta ad altra più generale domanda, e cioè: quali sono, nel diritto attuale, i fattori che incidono, rispettivamente, nel senso della ricomposizione o della frammentazione della disciplina dei contratti²?

Questa domanda richiede a sua volta una precisazione. Il tema unità/frammentazione evoca non tanto una questione di applicazione / non applicazione di norme più o meno generali (il problema che l'art. 1323 del nostro cod. civ.

¹ Disgregazione così efficacemente descritta, quasi mezzo secolo fa, da G. GILMORE, *The Death Of Contract*, Ohio state University Press, Columbus, 1974, 111: “The systems have come unstuck and we see, presently, no way of gluing them back together again”.

² Un recente riepilogo dei termini generali della questione in S. HEDLEY, *Two laws of contract, or one?* (July 1, 2019), in T.T. Arvind and Jenny Steele (eds), *Contract Law and the Legislature*, Hart, 2020, 147, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3821369>; Id., *Private Law Theory: The State of the Art* (September 5, 2021), SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3917777>.

vorrebbe risolvere), quanto una questione di diversi criteri sostanziali di interpretazione. Diversità che può condurre ad applicazioni profondamente diverse anche di norme e principi che appaiono letteralmente simili³.

Il tema unità/ frammentazione va quindi propriamente affrontato non al livello della formulazione più o meno generale delle regole, ma al livello dei principi sostanziali che vengono usati per la loro interpretazione.

Se ci si sposta su questo piano, credo non sia difficile censire un consenso abbastanza largo intorno ad una prospettiva generale che identifica un fattore (una volta potentemente)unificante in una visione (chiamiamola privatistica⁴) della funzione dei contratti come strumento di esaltazione dell'autonomia privata e della giustizia commutativa, contrapposta ad una visione disgregante, in cui la disciplina dei contratti è al servizio di una pluralità di obiettivi politici, come l'efficienza, lo sviluppo di questo o quel mercato, la crescita sostenibile, l'equità distributiva, ecc.⁵

³ Un esempio: l'art. 5 della Direttiva 93/13 sulle clausole abusive conteneva originariamente una norma in sostanza non dissimile da quella dell'art. 1370 del nostro cod. civ.; la ricca elaborazione giurisprudenziale che ha introdotto il c.d. “controllo di trasparenza”, in *pendant* con il “controllo di correttezza” previsto dall'art. 3, ha però trasformato una semplice regola, quale quella che impone l'interpretazione contro il predisponente, in un rilevante strumento di tutela sostanziale del consumatore. Sul controllo di trasparenza v., tra i tanti, M. LOOS, *Transparency of standard terms under the Unfair Contract Terms Directive and the proposal for a common European sales law*, in *European Review of Private Law*, 2015, 23.2.

⁴ Nel senso in cui E. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, 5, afferma che, “the purpose of private law is to be private law.”

⁵ Negli ordinamenti europei questa impostazione individua spesso nel c.d. diritto regolatorio europeo il più potente fattore di disgregazione del diritto contrattuale “privatistico”, v. ad es., M. HESSELINK, *Contract theory and EU contract law*, in *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Edward Elgar Publishing, 2016; G. COMPARATO, *Public policy through private Law: Introduction to a debate on European Regulatory Private Law*, in *Eur. L.J.*, 2016, 621; S. OSMO-LA, *Corrective Justice, Freedom of Contract, and the European Contract Law*, in *AVANT Pismo Awangardy Filozoficzno-Naukowej*, 2019,159. V. anche: O. CHEREDNYCHENKO, *Rediscovering the public/private divide in EU private law*, in *European Law Journal*, 2020, 27; Ead., *Islands and the ocean: Three models of the relationship between EU market regulation and national private law*, in *The Modern Law Review*, 2021, 1294; G. COMPARATO, *What is European Regulatory Private Law? Stakes and perspectives*, in *Revue internationale de droit économique*, 2018, 123. Con particolare riferimento alla disciplina del contratto: R. BROWNSWORD, R.VAN GESTEL, H. MICKLITZ, *Introduction—contract and regulation: changing paradigms*, in: *Contract and Regulation*, Edward Elgar Publishing, 2017; M. ANDENAS, F. DELLA NEGRA, *Between Contract Law and Financial Regulation: Towards the Europeanisation of General Contract Law*, in *European Business Law Review*, 2017, 499; G. BELLANTUONO, *Contract law and regulation*, in *Comparative Contract Law*. Edward Elgar Publishing, 2017.

Non mi soffermo sulle infinite e importanti varianti che questa narrazione può assumere⁶ e dico subito che a mio avviso la visione privatistica non è in realtà in grado di assicurare nessuna reale unificazione per la semplice ragione che i due concetti fondanti (l'autonomia contrattuale e la giustizia commutativa⁷) su cui dovrebbe costruire il suo armonico edificio, sono in realtà due "pilastri" a dir poco traballanti.

In un certo senso può apparire addirittura sorprendente che sia ancora necessario illustrare le fragilità della costruzione "privatistica", visto che le sue debolezze ed aporie vennero lucidamente costatate, già più di un secolo fa, e poi abbondantemente illustrate soprattutto dai giusrealisti americani⁸.

Riepilogo comunque in maniera sintetica quelli che mi sembrano i punti essenziali.

2. L'autonomia contrattuale: un *essentially contested concept*

In una visione, tradizionale, la promozione e difesa dell'autonomia contrattuale rappresenta il principale riferimento intorno a cui costruire un sistema contrattuale unitario e giusto. Il fatto però è che l'autonomia contrattuale, lungi dal poter costituire un solido punto di riferimento, è in realtà quello che si usa chiamare un *essentially contested concept*.⁹

Prescindendo dalla tribolata costruzione filosofica della nozione di autonomia¹⁰, il punto che vorrei qui sottolineare è che la nozione giuridica di autonomia

⁶ Tra le più apprezzabili, e discusse, v. quella di H. COLLINS, *Regulating Contracts*, OUP, Oxford, 1999, o quella di H. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law. The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation* EUI LAW, 2008/14.

⁷ Un recente riepilogo in J. GORDLEY, H. JIANG, *Contract as Voluntary Commutative Justice*, in *Mich. St. L. Rev.*, 2020, 725. V. anche H. DAGAN, A. DOREMAN, *Justice for Contracts*, (August 11, 2019), SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3435781>.

⁸ Si avvicina il centenario della pubblicazione del fondamentale lavoro di R.L. HALE, *Coercion and distribution in a supposedly non-coercive state*, in *Political Science Quarterly*, 1923, 470, in cui sono efficacemente presentati alcuni di quelli che diventeranno i temi centrali dell'elaborazione giusrealista. Sul pensiero di Hale (che era prevalentemente un economista) e sul suo contributo al giusrealismo v. B. FRIED, *The progressive assault on laissez faire: Robert Hale and the first law and economics movement*, Harvard University Press, 2009. W. SAMUELS, *The economy as a system of power and its legal bases: the legal economics of Robert Lee Hale*, in *U. Miami L. Rev.*, 1972, 261.

⁹ W. GALLIE, *Essentially contested concepts*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1956, 167.

¹⁰ Iniziata da Cartesio e completata da Kant, J. SCHNEEWIND, *The invention of autonomy: A history of modern moral philosophy*, Cambridge University Press, 1998.

contrattuale¹¹, e di comportamento autonomo, è stata di fatto collassata in quella di consenso¹², oscurando¹³ così il fatto che ciò che conta, ai fini dell'autonomia, non è la *consensualità*, ma la *volontarietà* del comportamento¹⁴.

Per comodità espositiva, e per evitare confusioni terminologiche, intendo qui per “*consenso*” il concetto empirico che fa riferimento al fatto che qualcuno ha acconsentito a qualcosa, mentre userò “*volontarietà*” come concetto normativo, che fa riferimento ai criteri che consentono di affermare che qualcosa è stata effettivamente voluta da qualcuno¹⁵ (ovviamente si può invece caricare di normatività il concetto di consenso e allora parlare di consensi effettivi e validi contrapposti a consensi inesistenti o invalidi¹⁶; qui mi è sembrata più semplice la scelta di distinguere *consenso* e *volontarietà*).

È allora evidente che mentre la ricorrenza del consenso (in questo senso inteso) è un fatto facilmente definibile e, spesso, altrettanto facilmente constatabile sulla base di dati oggettivi¹⁷, la ricorrenza della volontarietà è oggetto di inevitabili

¹¹ Nozione su cui v. la recente, completa, ricostruzione, anche storica, di G. ALPA, *Autonomia contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto – i tematici, Contratto*, Milano, Giuffrè, 2021.

¹² Come sottolinea A. BAGCHI, *Voluntary Obligation and Contract*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2019, 433, 442, “We presume the “fact” of voluntariness where there is evidence of agreement”; analogamente B. BIX, *Foreword to [Consentability] Symposium*, in *Loyola L. Rev.*, 2020, 1. Oppure, per usare una diversa terminologia che esprime però lo stesso concetto, ci accontentiamo di una concezione statica di consenso “...based upon objective manifestations of consent as opposed to an examination of overall contexts in which the consent was made”, così E. ZACKS, *Contract Consentability: Autonomy Threats, Benefits, and Framing*, in *Loyola L. Rev.*, 2020, 103, 107.

¹³ Sulla storia delle ideologie delle codificazioni dell'ottocento e del novecento e sul ruolo svolto in questo ambito dal riferimento al “consenso”, v. R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, 11 ss.

¹⁴ Una ragionata elaborazione dei rapporti tra consenso e volontarietà, con considerazioni in parte simili a quelle svolte qui nel testo, in A. BAGCHI, op. cit. nota 12.

¹⁵ In questa prospettiva la nozione di consenso viene impoverita, e ridotta ad evocare l'insieme di fatti che possono essere considerati come manifestazione di una certa volontà positiva comunque formatasi. Gli elementi necessari a giudicare il processo di formazione di questa volontà confluiscono invece nella nozione di volontarietà. Come subito preciso nel testo si può invece intendere il consenso non come un “all – or – nothing concept” ma “.. as a dynamic which is context dependent, incremental, variable and relative”, così N. KIM, *Consentability: Consent and its limits*, Cambridge University Press, 2019,3.

¹⁶ B. BIX, *Consent and Contracts*, in *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Routledge, 2018, ad es. distingue vari gradi di consenso fino a quello massimo che chiama “consent in its fullest form” e nota che per considerare un contratto come concluso, la legge richiede in genere un consenso di grado molto inferiore rispetto a quello massimo

¹⁷ Id., p. 3, rileva che “Consent (or its absence) will be found based on what contracting parties do and say even if their actual mental states indicate a different conclusion”.

contestazioni, connesse alla scelta della nozione di volontarietà preferita. In questa prospettiva, il consenso c'è o non c'è, mentre la volontarietà è graduabile¹⁸.

Non solo è contestabile che siano volontari (e perciò rilevanti) i consensi manifestati in condizioni in cui qualcuno esercita sul dichiarante forza o frode (i classici vizi della volontà variamente articolati in tutti gli ordinamenti moderni), ma ci si può chiedere se sia effettivamente volontario l'atto compiuto in maniera riflessa, senza pensarci, senza avere tutte le informazioni rilevanti, in preda al panico o alla passione, sotto la pressione di eventi generali più o meno occasionali (la pala comprata a caro prezzo in caso di grandi nevicate, la bassa remunerazione accettata per un lavoro in caso di eccezionale disoccupazione) o sotto la pressione di situazioni personali (oggetti di consumo lussuosi acquistati per mitigare gli effetti emotivi di un dolore) in riferimento ad eventi non previsti (l'affogamento di chi si è imbarcato volontariamente sulla nave di poi affondata, è volontario?) in assenza di alternative (nel mondo moderno la partecipazione al mercato, e al sistema dei contratti, è volontaria o, essendo imposta da esigenze di sopravvivenza, non lo è?¹⁹) Ecc.

Come dicevo, questi, che sono i veri problemi²⁰, sono stati occultati assumendo come riferimento il consenso, così trasformando gli elementi inerenti alla volontarietà da fattori centrali, quali dovrebbero essere, in semplici elementi di possibile disturbo (disturbo che si concretizza, peraltro, come tale, solo passando le forche caudine dei c. d. vizi della volontà²¹). Basti pensare alla vicenda dei

¹⁸ In questa prospettiva il consenso c'è o non c'è, mentre la volontarietà è graduabile. Una osservazione analoga già in O. W. HOLMES, *Privilege, malice, and intent*, in *Harvard Law Review*, 1894, 1.

¹⁹ Già M. WEBER, *Economy and society*, edited by Guenther Roth and Claus Wittich, University of California Press, 1978, vol II, p. 730, evocava l'espressione latina "coactus voluit" per descrivere il grado (molto ridotto) di volontarietà dei contratti (Weber si riferisce specialmente a quelli di lavoro subordinato) stipulati nei mercati dei sistemi capitalistici.

²⁰ È evidente che l'autonomia, intesa come capacità di autogoverno, è connessa a ciò che qui ho chiamato "volontarietà" e non a ciò che qui ho chiamato "consenso". L'esaltazione dell'autonomia, e il conseguente rispetto delle decisioni prese dalle parti, sono giustificati dal riconoscimento che le parti sono capaci di autogoverno e dalla valutazione per cui la capacità di autogoverno dei privati deve essere adeguatamente valorizzata. Gli atti consensuali, ma non volontari, non possono essere classificati come manifestazione di autonomia del soggetto e non esiste (dal punto di vista dell'autonomia) nessuna ragione per giustificare il fatto che il soggetto resti ad essi vincolato. V. A. BAGCHI, op.cit., nt. 12, p. 434: "Contract imposes burdensome, sometimes regrettable obligations and triggers state-enforced liability. Those burdens are accepted, individually and systematically, because they are regarded as self-assumed".

²¹ Come è stato notato "Despite the theoretical centrality of voluntariness to most normative defenses of contract law, however, contract doctrine places relatively few demands on contractual consent ... contract doctrine is content to enforce agreements where the parties are almost wholly

motivi, che ben possono essere considerati essenziali per determinare la volontarietà, o non volontarietà, di un atto, e che invece sono tradizionalmente espulsi dal novero dei fattori generalmente rilevanti ai fini dell’invalidità del contratto.

In questa visione il consenso in grado di superare il rigido filtro del numero chiuso dei c.d. vizi della volontà, diventa una sorta di passaporto²², in grado di fare entrare i soggetti privati in ogni genere di relazioni non vietate, e di assicurare loro che lo stato non esiterà ad usare la sua forza per garantire l’adempimento degli impegni assunti.

La situazione è progressivamente cambiata. Prescindendo dai timidi passi evolutivi presenti già nel nostro codice civile vigente,²³ negli ultimi decenni si sono moltiplicati i casi in cui viene attribuita rilevanza non solo al fatto che consenso vi sia stato, ma anche alle circostanze che caratterizzano il contesto in cui il consenso è stato prestato²⁴. Molta maggiore importanza di una volta viene, come è ben noto, attribuita, in numerosi, rilevanti, casi, alle circostanze che possono incidere sul livello di conoscenza posseduto dalle parti²⁵. Oltre a ciò, esiste oggi una vasta e disparata tipologia di altre circostanze cui viene riconosciuta la capacità di incidere sulla volontarietà dell’atto e in definitiva sulla significatività del consenso²⁶.

ignorant of the terms to which they agree and have been subject to substantial pressure to consent” N. OMAN, *Reconsidering Contractual Consent: Why We Shouldn’t Worry Too Much About Boilerplate and Other Puzzles*, In *Brooklyn L. Rev.*, 2017, 215, 216s.

²² Di “... ruolo legittimante del nudo consenso...” nei sistemi liberali parla R. DI RAIMO, Sub art. 1428, in E. Navarretta – A. Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale. Artt. 1425-1429-bis e leggi collegate*, IV, in E. Gabrielli (diretto da), *Commentario al codice civile*, Torino, 2011, 58.

²³ Su cui v. per tutti il commentario di DI RAIMO citato alla nota precedente e un riassunto dei punti centrali in Id., *Giustizia e fondamento variabile dell’autonomia negoziale*, in *Diritti, lavori, mercati*, 2017, 239, 245.

²⁴ Tanto da indurre a parlare di “*framed autonomy*” N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Intersentia: Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, 28. Non conta solo e tanto il fatto che vi sia stato un consenso, ma che il consenso sia stato prestato in “an ambit, in which consumers could conclude fair agreements, well suited to their preferences” M. GROCHOWSKI, *European Consumer Law after the New Deal: A Tryptich*, in *Yearbook of European Law*, 2021, 387, 413.

²⁵ Con riferimento ai rapporti finanziari v. ad es. R. DI RAIMO, *Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche: il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati*, in *Giustizia Civile*, 2014, 1095, 1116, che descrive anche il passaggio dalla rilevanza di un consenso “consapevole” alla rilevanza di un consenso definibile come “assistito”.

²⁶ Ad es. il fatto che vi sia o non vi sia stata una negoziazione individuale (art. 3.1 *Unfair Contract Terms Directive*); il fatto che il contratto venga negoziato nei locali commerciali o fuori di essi (art. 44 ss. Cod. consumo) oppure a distanza (art. 51 Cod. consumo) o che sussista o non sussista la possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti (art. 9 della legge 192/1998) ecc., Per non parlare poi del generale controllo sulle circostanze in cui il consenso è stato prestato che può essere esercitato attraverso il riferimento ad istituti come la buona fede, l’abuso del diritto o la c.d. *unconscionability*.

Ciò conferma quanto qui sostenuto e cioè che quello di autonomia, se l'autonomia viene correttamente collegata alla volontarietà, e non alla semplice consensualità, degli atti, è un concetto contestabile e contestato²⁷ (delle diversissime, possibili, concezioni dell'autonomia, mi occuperò diffusamente, sia pure da altro punto di vista, nel paragrafo conclusivo del presente lavoro).

3. Il conflitto tra diverse concezioni e il declino della capacità unificante del riferimento all'autonomia

In questa prospettiva un elemento che balza agli occhi immediatamente è che molto spesso quelli che appaiono, e vengono usualmente presentati, come conflitti tra il rispetto dell'autonomia (rispetto concepito come pilastro e garanzia dell'unità del diritto contrattuale "privatistico") ed esigenze di varia funzionalità e giustizia (concepite come fattori di disgregazione), non sono in realtà conflitti tra autonomia ed altri valori, ma conflitti interni alla nozione di autonomia²⁸, conflitti inerenti ai diversi contenuti che si possono dare a questo concetto (quando l'autonomia sia riferita, appunto, non al consenso, che c'è o non c'è, ma alla volontarietà, che deve essere invece valutata).

Con riferimento in particolare alla giustizia, il conflitto non è tanto tra il rispetto della volontarietà / autonomia e le esigenze della giustizia sociale. Il conflitto è invece spesso tra differenti concezioni in ordine a quale debba essere il "giusto" grado di volontarietà che deve essere richiesto per la vincolatività di un atto di autonomia privata.

Nel momento in cui si abbandona l'idea del consenso come passaporto universale per ogni tipo di lecita relazione contrattuale, e si ammette che le circostanze (le c.d. *background conditions*) in cui il consenso è manifestato possono incidere sull'efficacia del consenso stesso, si apre un vero vaso di pandora di diversi possibili scenari in cui i diversi modi di concepire la volontarietà e l'autonomia, e i diversi interessi che possono premere per la scelta dell'una o dell'altra concezione, entrano in irrimediabile conflitto.

²⁷ "In general, the nature of autonomy is currently murky and contested", così R. WRIGHT, *Consent and the Pursuit of Autonomy*, in *Loy. L. Rev.*, 2020, 91, 93 ed ivi numerose citazioni.

²⁸ Il più evidente e clamoroso tra tali conflitti è probabilmente quello tra una concezione formale dell'autonomia, che tende ad ignorare le circostanze in cui l'interazione ha luogo, e una concezione sostanziale, che invece impone di tenere conto di queste circostanze in tutti i casi in cui esse possono essere "... crucial for the interacting parties' ability to act as self determining agents" H. DAGAN, *Between Regulatory and Autonomy-Based Private Law*, in *European Law Journal*, 2016, 644.

Molto si potrebbe approfondire sulle questioni che ho sollevato, ma io credo che quanto detto sia sufficiente ad escludere che la nozione di autonomia rettamente intesa possa svolgere una funzione unificante del diritto dei contratti.

4. La giustizia commutativa dipende dalla contestualizzazione e il concetto di giustizia commutativa non è in grado di rappresentare un polo astrattamente unificante

Relativamente alla giustizia commutativa, la mia tesi è radicale ed è che le interazioni (comprese quelle contrattuali) tra due soggetti astratti, non sono suscettibili di essere giudicate come di per sè giuste o ingiuste²⁹.

La giustizia dipende dal contesto. Ce lo insegna già uno dei testi fondanti della nostra civiltà. È l'inizio folgorate dell'Iliade: Agamennone deve rinunciare alla sua schiava e restituire la fanciulla al padre, per compiacere, nell'interesse dell'intera spedizione, Apollo. Prende allora in cambio la schiava di Achille³⁰. C'è giustizia commutativa in questa serie di interazioni?

È ovvio che in astratto non c'è risposta e che i giudizi possono essere molto diversi secondo che le interazioni vengano immaginate in società che ammettono, oppure non ammettono, la schiavitù, in società in cui religione e beneficenza sono fatti privati, oppure pubblici, in società mercantili, oppure in società di predoni e pirati, in cui non è concepibile che proprio il capo resti senza la sua parte di bottino.

Concentrando l'attenzione sulla giustizia commutativa in ambito contrattuale³¹, è evidente già al più elementare livello di osservazione, che in tanto si può parlare di giustizia in un trasferimento di risorse tra due soggetti, in quanto siano

²⁹ Il più elaborato tentativo di affermare la piena significatività ed autonomia della nozione di giustizia contrattuale commutativa è, a mia conoscenza, quello di P. BENSON, *The basis of corrective justice and its relation to distributive justice* in *Iowa L. Rev.*, 1991, 515.

³⁰ Il litigio tra Agamennone ed Achille è assunto come tema di riflessione sui problemi della giustizia distributiva da C. TAYLOR, *The Nature and Scope of Distributive Justice*, in *Philosophical papers: Vol. 2, philosophy and the human sciences*. Cambridge University Press, 1985, 289, 301.

³¹ Nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, dove la giustizia bilaterale prende il nome di giustizia correttiva, il punto illustrato nel testo può essere riassunto in maniera immediatamente evidente rilevando che “...the core of tort consists of the primary rights and responsibilities that its remedial norms enforce” e che “The question of what rights people have is not a question of corrective justice. If anything, the question of what rights people have is a question of distributive justice.”, così G. KEATING, *Corrective Justice: Sovereign or Subordinate?* (November 1, 2020), *The Oxford Handbook of the New Private Law 2020*, USC CLASS Research Paper No. CLASS 21-49, USC Law Legal Studies Paper No. 21-49, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3872107>.

state prima definite le risorse e i relativi titoli di proprietà. Riadattando ai nostri fini il celebre esempio di Sen³², se il costruttore del flauto anziché consegnarlo a chi ne ha più bisogno lo vende a caro prezzo ad un appassionato suonatore, ciò potrà essere giusto se avviene in una società in cui i beni sono assegnati a coloro che li hanno prodotti, con il potere di farne quello che vogliono, mentre sarà ingiusto se avviene in una società in cui i costruttori vengono compensati, ma i beni vanno consegnati a chi è in grado di farne il miglior uso, o a chi ne ha più bisogno, ecc.

Come è stato osservato “...corrective justice presupposes the existence of entitlements and a world of shared social meanings”³³.

A ciò si può aggiungere, ad un livello altrettanto elementare, che una volta trovato un criterio per stabilire la legittimità dei titoli che le parti vantano su ciò che viene scambiato, occorre ancora porsi il problema dei criteri con cui stabilire se esiste, o non esiste, oggettiva equivalenza tra i valori dei beni oggetto dello scambio³⁴.

Se, come avviene nei sistemi occidentali da qualche secolo in qua, il problema viene risolto invocando in un modo o nell'altro le valutazioni operate dal mercato è facile obiettare (a parte l'ontologica l'arbitrarietà della scelta) che il problema è semplicemente spostato, restando da dimostrare la giustizia di questi prezzi, tanto più ove si consideri che non tutti i mercati sono uguali, non tutti producono gli stessi prezzi e non tutti sono perciò ugualmente “giusti”.

Ancora una volta il criterio della giustizia commutativa mostra di non possedere autonomia e di dipendere da altre valutazioni.

³² A. SEN, *The idea of justice*, Harvard University Press, 2009, 12, dove l'autore si chiede se sia giusto attribuire maggiori titoli ai fini dell'assegnazione dei flauti a coloro che li hanno costruiti, a coloro che li sanno suonare meglio o a coloro che possiedono meno e ne hanno più bisogno (Sen pone quindi un problema di giustizia distributiva e non di giustizia commutativa, come invece qui nel testo).

³³ A. GLASS, *The Markus way with dichotomies: Corrective and distributive justice*, in *Thesis Eleven*, 2020, 1, n. 14. Un giudizio in termini di giustizia commutativa presuppone in sostanza che siano già stati risolti i problemi di giustizia distributiva, v. H. DAGAN, *The distributive foundation of corrective justice*, in *Michigan Law Review*, 1999, 138. In effetti le concezioni che attribuiscono alla giustizia commutativa una posizione autonoma e talvolta addirittura primaria (come ad es. A. BEEVER, *Forgotten Justice: The Forms of Justice in the History of Legal and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2013) si trovano a tentare di risolvere un problema in realtà insolubile, che è quello di generare diritti opponibili a tutto il mondo sulla base di argomenti puramente commutativi, v. D. Priel, *Private Law: Commutative or Distributive?*, in *The Modern Law Review*, 2014, 308.

³⁴ W. SADURSKI, *Social Justice and Legal Justice*, in *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Edward Elgar Publishing, 2011, 61, 65: “... commutative justice standards are derivative, not primary”.

Se invece si tenta di aggirare il problema, evitando la formulazione di criteri oggettivi e rimettendo invece il giudizio di equivalenza al fatto che vi sia stata una concorde valutazione delle parti interessate³⁵ (sono, in questa prospettiva, commutativamente giusti i contratti in cui entrambe le parti attribuiscono a ciò che ricevono valore non minore di quello che attribuiscono a ciò che si impegnano a dare) il criterio della giustizia commutativa finisce inevitabilmente per riproporre, in diversa prospettiva, gli stessi problemi già esaminati con riferimento al tema della volontarietà.

Si ripresentano, prima di tutto, i molti problemi connessi al possibile errore soggettivo.

Si apre poi anche il problema dell'eventuale rilevanza da attribuire a circostanze esterne che possono avere influito sulla valutazione: se una eccezionale nevicata mi spinge a comprare una pala da neve al prezzo esossissimo richiestomi dal venditore, lo scambio è comunque di per sé giusto per il solo fatto che in quel momento io valuto più la pala del denaro? La giustizia commutativa non ha nulla da dire sui casi di approfittamento di circostanze esterne che possono produrre eccezionali alterazioni nei criteri soggettivi di valutazione dei beni?

In conclusione, credo che il criterio della giustizia commutativa o finisce per risultare indeterminato, o finisce per dipendere in realtà da altri contestabili criteri (il mercato, la giustizia della preventiva assegnazione dei titoli, ecc.). In ogni caso siamo molto lontani dalla possibilità di utilizzare la giustizia commutativa come un riferimento in grado di orientare la costruzione di una disciplina contrattuale unitaria e coerente.

5. Il diritto dei contratti in una società complessa basata su specializzazione e incentivi

Da tutto quanto esposto sopra, deriva che la possibilità di costruire un diritto dei contratti “privatistico”, compatto, e coerente con l'unica e univoca funzione di garantire interazioni volontarie e/o commutativamente giuste, non esiste. Le scelte del diritto dei contratti sono inevitabilmente condizionate dalle esigenze di funzionamento dell'intero sistema, esigenze che, a pena di condannare l'ordinamento alla totale incapacità di governare la realtà, non possono essere ignorate

³⁵ Cosa che sembra essere ampiamente avvenuta nella storia della nozione di giustizia commutativa, v. C. CHWASZCZA, *Can We Make Sense of Commutative Justice? A Comment on Professor Wojciech Sadurski*, in *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*. Edward Elgar Publishing, 2011, 80.

Il fatto che oggi il diritto dei contratti appaia più frammentato di una volta è in parte frutto della caduta (peraltro avvenuta, come si è detto, almeno un secolo fa) della maschera ideologica con cui lo stile classico nascondeva le sue crepe, ed è, soprattutto, frutto della improponibilità di un progetto in cui la complessità delle società attuali possa essere regolata da un sistema concettuale semplicistico e rozzo (nel senso di molto poco disposto ad apprendere) quale è quello fondato sulla ipostatizzazione del consenso, spacciato come esaltazione dell'autonomia.

Non entro in dettagli che qui sarebbe impossibile illustrare. Due sole osservazioni.

Sul piano analitico basterà osservare che le leggi di sviluppo del sistema capitalistico esigono³⁶ una continua crescita della specializzazione e della divisione del lavoro, o, direbbero, più in generale, altri³⁷, una crescente “differenziazione funzionale” della società.

Se ciò è vero, è facile rendersi conto che la crescita della specializzazione aumenta la produttività, ma rende più complicato il coordinamento tra i vari settori specializzati. Proprio la specializzazione crea tutti i vari fenomeni (dipendenza da investimenti specifici altrui, incertezza nella possibilità di rifornirsi, mancanza di informazioni essenziali sulla qualità dei prodotti e sui comportamenti della controparte, ecc.) che sono all'origine di quei c.d. costi di transazione³⁸ che alla fine determinano le infinite diverse caratteristiche delle singole interazioni e pretendono per ognuna una diversa, quasi personalizzata, disciplina contrattuale.³⁹

³⁶ Come insegnato, da diversi punti di vista, sia da A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, l'inizio e i primi tre capitoli, che da K. MARX, *Il capitale*, vol. I, Parte 4, Cap. 14. Nella dottrina moderna v. soprattutto G. STIGLER, *The Division of Labor is Limited by the Extent of the Market*, in *Journal of political economy*, 1951, 185.

³⁷ N. LUHMANN, *Social systems*, Stanford University Press, 1995.

³⁸ Tutti i fattori considerati da O. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, markets, relational Contracting*. Free Press, 1985, come decisivi dal punto di vista della crescita dei costi di transazione, sono connessi ad una più spinta divisione sociale del lavoro, che comporta maggiore idiosincrasia delle merci e degli investimenti, maggiore specializzazione, maggiore incertezza. Nessuna sorpresa allora che ciò si traduca nella frammentazione di un diritto che da una parte deve incrementare ad ogni costo gli scambi (senza scambio la specializzazione diventa una fonte non di benefici, ma di guai) e che dall'altra deve, per raggiungere questo obiettivo, dettare regole atte ad incentivare una varietà pressochè infinita di transazioni

³⁹ Ho sostenuto altrove, in vari lavori, che l'idea di poter positivamente indirizzare i mercati reali attraverso l'opportuno governo delle singole transazioni è un pilastro teorico portante del diritto neoliberale (quello sviluppatosi all'incirca dagli settanta/ ottanta del secolo scorso ad oggi) in contrapposizione all'idea, diffusa tra i liberali del periodo keynesiano – fordista, che l'obiettivo fondamentale fosse il controllo dei grandi aggregati economici, e non il governo delle varie interazioni private. F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in M. Rispoli Farina, A. Sciarrone

In una battuta: il diritto dei contratti deve anch'esso creare le sue “specializzazioni” per confrontarsi con l'aumento dei rischi creati dallo sviluppo della differenziazione sociale e della divisione del lavoro. L' aumento del rischio, collettivo, che gli scambi non riescano ad equilibrare i rapporti tra i vari segmenti (come clamorosamente avvenuto nella crisi finanziaria), e l' aumento del rischio, individuale, di non riuscire a scambiare adeguatamente o di sbagliare scambio (per non parlare del rischio di finire nel segmento di coloro con cui nessuno vuole – più – scambiare).

La seconda osservazione ci porta sul piano dei rapporti con lo stato. Credo si possa ipotizzare che il diritto dei contratti può tanto più permettersi di restare concentrato su poche funzioni ed obiettivi, quanto più forte è lo stato del cui ordinamento fa parte. Non sorprende allora la maggiore apparenza di compattezza esibita dal diritto dei contratti nei forti stati dell' '800 (che separavano nettamente il privato dal pubblico e reprimevano ogni istanza sociale emergente nella scollatura tra i due) e neppure che la disgregazione del diritto dei contratti sia stata in parte ritardata dagli interventi che gli stati del periodo keynesiano – fordista compivano alacrememente sui mercati nella parte centrale del '900.

Credo che la frammentazione del diritto privato, e del diritto dei contratti, vada posta in relazione con una trasformazione che ha riguardato l'intero ordinamento e che ha comportato il regredire di interventi pubblici basati sul modello c.d. comando e controllo, e la diffusione, invece, di una regolazione c.d. *incentive based*.⁴⁰

Il sistema comando e controllo è caratterizzato dalla presenza di obblighi e divieti, autoritativamente fissati in via generale, ed il cui rispetto è assicurato soprattutto dall'intervento di autorità pubbliche, che si incaricano di scoprire le violazioni e di infliggere le sanzioni. In questo contesto la disciplina dei rapporti tra privati non ha motivo di darsi carico alcuno né delle finalità perseguite dalle norme “regolatorie” (quelle che costringono i privati a comportarsi in un certo modo nell'interesse pubblico), né, tanto meno, del problema di contribuire al

Alibrandi, E. Tonelli, *Regole e Mercato*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2017, XV, e nell'introduzione (*Lo stile giuridico neoliberale*), nonché nelle conclusioni (*Conclusioni: lo stile giuridico neoliberale e il suo superamento*) raccolte nel volume *Esiste uno “stile giuridico” neoliberale?*, Atti dei seminari per Francesco Denozza, a cura di R. Sacchi, A. Toffoletto, Milano, Giuffrè, 2019. V. anche, ID., *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 13.

⁴⁰ V., in generale, J. BRAITHWAITE, *The new regulatory state and the transformation of criminology*, in *British journal of criminology*, 2000, 222, 224s.; D. LEVI-FAUR, *Regulation and regulatory governance*, in *Handbook on the Politics of Regulation*, 2011,1; S. DUDLEY, *Milestones in the Evolution of the Administrative State*, in *Daedalus*, 2021,33; L. GRAMCHEVA, *Comparative institutional law and economics: reclaiming economics for socio-legal research* in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, 372, 381.

loro rispetto. Le due prospettive, quella attenta alla regolazione, e quella attenta alle relazioni inter-private, sono nettamente separate e la seconda ha motivo di dare per scontato che gli obiettivi inerenti alla prima verranno raggiunti grazie all'intervento dell'autorità pubblica e comunque di ritenere che detti obiettivi non la riguardano e non devono interferire con quelli suoi propri.

Questo, che era il sistema dominante più o meno sino alla seconda metà del secolo scorso, è stato progressivamente affiancato (e localmente addirittura sostituito⁴¹), da un altro sistema in cui si persegue l'obiettivo di incentivare i privati a comportarsi nelle loro reciproche relazioni in maniera "virtuosa" non solo dal punto di vista del successo della loro interazione, ma anche dal punto di vista del raggiungimento di obiettivi di politica generale. Profili "interindividuali" e profili "regolatori" in tal modo si intrecciano e si diffonde l'idea che anche le norme tradizionalmente più "privatistiche" non possano non darsi, almeno in parte, carico della varietà degli obiettivi da perseguire e del vario modo in cui il loro perseguimento si configura nelle diverse situazioni.⁴² Prendendo ad esempio la responsabilità civile, credo che oggi pochi possano pensare alle regole sulla responsabilità civile come a regole esclusivamente preoccupate dalle esigenze della giustizia correttiva e disposte perciò ad ignorare totalmente i temi della prevenzione e della deterrenza⁴³.

⁴¹ Un autore, con specifico riferimento ai mercati finanziari statunitensi, così descrive l'evoluzione verificatasi "This recognition of the failure of command-and-control regulation led to a movement in the 1960s and 1970s toward disclosure requirements in place of substantive restrictions on products and terms, best exemplified by the enactment of the Truth in Lending Act. Disclosure regulation rests on the presumption that, rather than dictating terms and conditions of credit, regulators should try to work within the market structure by providing standardized disclosure formats and similar tools that will enable consumers to comparison shop among different providers of credit", T. ZYWICKI, *The consumer financial protection bureau and the return of paternalistic command-and-control regulation*, in *Issues in Regulation*, 2015, 14.

⁴² Questa convinzione è alla base di tutte le teorizzazioni che, in un modo o nell'altro, si richiamano all'analisi economica del diritto ed al c.d. *law and economics*. V. ad es., con riferimento al diritto della responsabilità civile, quanto osservano di recente G. CALABRESI, S. SMITH, *On Tort Law's Dualisms*, in *Harvard L. Rev. Forum* 2022, 184 "At one level, tort law is about wrongs and redress. That is the private side of torts. And it is what courts do much of the time. At another level, tort law is about preventing harms or, if you like, about the regulatory needs of society. That is the public side of torts. And it is what courts do on occasion, and what legislatures and administrative agencies do very often. If you fixate only on one side or the other, you fail to appreciate the whole of tort law".

⁴³ I due sistemi (quello che persegue certi obiettivi, come ad es. efficienza e deterrenza, in maniera diretta, ricorrendo all'intervento pubblico, e quello che persegue analoghi obiettivi con la disciplina delle relazioni interprivate) hanno, sul piano sociale complessivo, implicazioni molto diverse che ho tentato in parte di illustrare in F. DENOZZA, *I risarcimenti punitivi tra razionalità e ragionevolezza*, in *Il contributo di Pietro Trimarchi all'analisi economica del diritto*, a cura di G. Bellantuono e U. Izzo, Università di Trento, Quaderni della facoltà di giurisprudenza, 2022, 55,69.

Funzioni che nel modello comando e controllo erano affidate in esclusiva al sistema pubblico, e ai suoi apparati repressivi, sono ora affidate in parte anche al sistema dei rapporti tra privati. Sistema, quest'ultimo, in cui un ruolo decisivo è svolto da una opportuna distribuzione di incentivi destinati ad operare sia sul piano della sollecitazione di comportamenti virtuosi (che, spesso, anziché essere definiti ed imposti autoritativamente, vengono rimessi alla capacità del privato di opportunamente calibrarli) sia sul piano delle conseguenze negative che il privato dovrà sopportare in caso di mancata adozione dei comportamenti sollecitati⁴⁴.

6. La frammentazione del sistema e le clausole generali

Venendo alle clausole generali, la prima cosa che in questa situazione possiamo notare è che la vecchia funzione di strumento per consentire libera respirazione ad un corpo immaginato come soggetto ad eccessivi irrigidimenti⁴⁵ non ha più senso. Credo nessuno pensi più che l'azione delle clausole generali riguardi interventi localizzati, volti solo a porre rimedio alle situazioni in cui le peculiarità di specifici casi creano tensione tra il sistema positivo di regole e valori largamente condivisi.

Ciò detto, mi rendo conto di quanto possa essere presuntuosa la pretesa di descrivere in poche battute le funzioni che le clausole generali svolgono nell'attuale sistema. Limitandoci al punto di vista unità/ frammentazione, qualche osservazione che confronti il tema delle clausole generali con i ragionamenti sinora svolti è tuttavia possibile.

Mi sembra facile osservare, anzitutto, che è in atto una moltiplicazione di clausole generali settoriali. Su cerchi concentrici di clausole generali è in sostanza basato il nucleo essenziale della disciplina europea a tutela dei consumatori e se si volge lo sguardo ad un istituto importante come la società per azioni, è facile constatare l'enorme frequenza del ricorso alle più disparate e “specifiche” clausole generali (principi di *corretta amministrazione*, art. 2403; *corretta gestione societaria e imprenditoriale*, 2497; *adeguatezza organizzativa*, 2381, 3;

⁴⁴ Il fatto che la disciplina dei rapporti tra i privati sia chiamata a farsi carico di problemi regolatori, come prevenzione, deterrenza, efficienza allocativa, ecc. non è la paradossale conseguenza dell'attiva presenza di un lupo “regolazionista” mimetizzato da agnello neoliberale, ma è la conseguenza naturale dell'indebolimento dell'ideologia statalista e della diffidenza che il neoliberalismo nutre nei confronti degli interventi statali basati sul modello comando/ controllo, in confronto a quelli basati su incentivi/ disincentivi (quelli basati, potremmo dire, su un modello bastone / carota).

⁴⁵ Secondo l'immagine, classica, recentemente ricordata ad esempio da M. ORLANDI, *Torto e tipo*, *Jus*, 2020, 447, 456s.

trasparenza e correttezza sostanziale e procedurale, 2391, *bis*; *ragionevolezza del conferimento*, 2467, ecc.).

Ciò, evidentemente, non opera nella direzione della ricostituzione di una generale unità del sistema.

Mi sembra, poi, che il riferimento a valori generalmente condivisi sia stato sostituito da un uso delle clausole generali come regole volte a conformare i comportamenti dei singoli alle legittime aspettative che altri possono avere nei loro confronti nelle date circostanze e nel dato ambiente.

La clausola generale diventa allora necessariamente un “camaleonte”⁴⁶ posto che le aspettative di comportamento che si possono legittimamente avere in un convento di Francescani, non sono uguali a quelle che si possono legittimamente avere in un club di speculatori finanziari.

Io credo che questo fenomeno non sia locale, ma sia espressione di una più generale insofferenza di tutto il sistema nei confronti di criteri che potrebbero operare uniformemente in tutte le sue parti, e imporre al sistema stesso forti vincoli di coerenza.

Da questo punto di vista, anche l'esaltazione dell'efficienza, da taluni⁴⁷ presentata come obiettivo unificatore di tutto il sistema, è significativo. Quello di efficienza è infatti un concetto vuoto o, se si preferisce, puramente procedurale, nel senso che occorre prima definire i fini, e solo dopo si può discutere se un certo impiego di mezzi è efficiente oppure non lo è⁴⁸.

Il che consente di presentare come ugualmente efficienti impostazioni anche diversissime. Basti pensare al risultato, in apparenza paradossale, per cui le esigenze di massimizzazione della circolazione mercantile hanno prodotto, nel diritto dei contratti, la retorica “della parte debole”, mentre analoghe esigenze di massimizzazione – riferite al c.d. “*consumer welfare*” o al c.d. “*shareholder value*” – hanno contribuito, nel diritto *antitrust* e nel diritto delle s.p.a., alla crescita dei monopoli, all'approfondimento delle disuguaglianze,⁴⁹ e alla crisi finanziaria.

⁴⁶ Come dice R. POSNER in qualità di Giudice, in *Empire Gas Corporation v. American Bakeries Company*, 840 F.2d 1333 (7th Cir. 1988)

⁴⁷ Alludo ovviamente soprattutto ai cultori dell'analisi economica del diritto. V. in argomento F. DENOZZA, *Norme efficienti*, Milano, Giuffrè, 2002.

⁴⁸ Come giustamente sottolinea N. IRTI, *Nichilismo e concetti giuridici*, Editoriale scientifica, 2005, 15, “la ragione tecnica ci dice soltanto la regolarità del rapporto tra mezzi e fini...ma tace intorno al “merito” dei fini...”

⁴⁹ Sugli effetti sociali dell'affermazione della teoria dello *shareholder value*, e soprattutto sugli effetti negativi per i lavoratori, v. il recentissimo lavoro di N. FLIGSTEIN, A. GOLDSTEIN, *The Legacy of Shareholder Value Capitalism*, in *Annual Review of Sociology*, 2022. V., più in generale, e con

L'ultima notazione che vorrei fare riguarda il rapporto tra sistemi di norme e clausole generali. A me sembra che mentre le clausole generali nella rappresentazione tradizionale, cui ho fatto pocanzi cenno, servissero a sovrapporre sul sistema delle norme una rigida barriera di protezione di valori intoccabili, oggi esse servono piuttosto a “normalizzare” l'operatività delle norme ed a “controllare” che il traffico giuridico si svolga in maniera effettivamente conforme agli obiettivi realmente perseguiti dai singoli sotto-sistemi di norme.

Ho cercato di concretizzare questa impressione osservando, per esempio, che la nozione di abuso del diritto, partita da una costruzione giuridica in cui predominava il riferimento all'abuso inteso come “sfruttamento”, si è progressivamente trasferita ad occupare lo spazio denotato dalla nozione di “eccesso” (che è, anche nel linguaggio comune, l'altro significato della parola: ha abusato, nel senso di sfruttato, della stupidità di tizio; ha abusato, nel senso di ecceduto nel consumo, di alcol). Il divieto di abuso non tende più tanto, e solo, ad impedire “sfruttamenti” apparentemente consentiti dalla lettera della norma, e, però, moralmente riprovevoli, ma serve anche ad impedire “eccessi”, nel senso di risultati anomali rispetto alle finalità che la norma persegue⁵⁰.

Volendo collegare questa evoluzione con una visione più generale, direi che questo cambiamento nella funzione svolta dalle clausole generali è coerente con il passaggio da un modello di società “disciplinare”⁵¹ (dove dominano nette separazioni e forti contrapposizioni binarie) ad una società di controllo (secondo la concettualizzazione di Deleuze⁵²) o di “normalizzazione”, per tornare ancora Foucault⁵³.

In ogni caso, anche qui vedo poche speranze di reale ricomposizione unitaria del sistema.

riferimento anche all' *antitrust*, J. STIGLITZ, *The Price of Inequality*, W.W. Norton & Company, New York – London, 2012; A. ATKINSON, *Inequality*, Harvard University Press, Cambridge, London, 2015.

⁵⁰ F. DENOZZA, *L'abuso come eccesso e le metamorfosi delle tutele soggettive*, 2016, dattiloscritto non pubblicato, ma reperibile a orizzontideldirittocommerciale.it; Id, *I limiti all'esercizio delle libertà economiche fondamentali: abuso del diritto e rent-seeking*, in *L'abuso del diritto in materia tributaria e gli istituti del diritto civile e commerciale* a cura di G. Scognamiglio e F. Gallo, Milano, Giuffrè, 2019, 29ss.

⁵¹ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, 1975.

⁵² G. DELEUZE, *Postscript on the Societies of Control*, Routledge, 2017.

⁵³ M. FOUCAULT, *Security, territory, population: lectures at the Collège de France, 1977-78*. Springer, 2007.

7. Un possibile centro di gravità: disciplina del contratto e “non – moral goods”

Dobbiamo rassegnarci a vivere in un sistema “liquido”⁵⁴ in cui “all that is solid melts into air”⁵⁵, in cui, per citare ancora Irti⁵⁶ “il disordine del mondo è assai più forte delle finzze metodologiche del giurista”?

Io credo che una possibilità di unità e coerenza vada cercata in una reinterpretazione della centralità dell’esigenza di giustizia⁵⁷. Il tema è ovviamente complesso e non può essere affrontato qui compiutamente. Mi limiterò necessariamente ad accenni.

È ovvio, anzitutto, che un centro potenzialmente unificante non può essere fornito dal riferimento alla nozione di giustizia commutativa che a mio avviso, e come ho cercato di chiarire, è un concetto che può essere riempito solo dopo che siano stati definiti altri parametri generali attinenti alla natura che si ritiene debba avere la società in cui avviene l’interazione della cui giustizia si discute.

Più complesso il discorso relativo alla giustizia distributiva che, come si sa, è oggetto di ricorrenti dibattiti in ordine alla sua possibile rilevanza nel diritto privato in generale, e in quello contrattuale in particolare⁵⁸.

⁵⁴ Z. BAUMAN, *Liquid modernity*, John Wiley & Sons, 2013.

⁵⁵ Riprendendo la nota espressione di Marx ed Engels che dà il titolo al libro di M. BERMAN, *All That Is Solid Melts into Air: The Experience of Modernity*, New York, 1982.

⁵⁶ N. IRTI, op.cit. nt. 46, p. 20.

⁵⁷ Come è ben noto, l’idea che il contratto debba oggi cercare il suo baricentro più nel riferimento alla giustizia, che in quello alla libertà contrattuale, conta molti e autorevoli sostenitori, v. in particolare V. ROPPO, *Intervento* al convegno *Squilibrio contrattuale e tutela del contraente debole*, Roma 20 ottobre 2010, Aula Magna della Corte di Cassazione (reperibile in rete). Più in generale v. F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, p. 509 ss.; E. NAVARRETTA, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 5/ 2016, 1262. Un riepilogo in V. CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto – Annali VII*, Milano, Giuffrè, 2014. A livello europeo, v. per tutti H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *RCDP*, 2003, p. 667, M. HESSELINK, *Justice in Transactions: A Public Basis for Justifying Contract Law?* In *European Review of Contract Law*, 2021,231. Per una recente panoramica generale, v. S. GRUNDMANN, H. MICKLITZ, M. RENNER, *Preface, New Private Law Theory: The Core Ideas*, in *New private law theory: a pluralist approach*, Cambridge University Press, 2021, IX.

⁵⁸ Un recente riepilogo di uno dei principali filoni del dibattito (quello relativo alla c.d. “doppia distorsione” che sarebbe implicata da una redistribuzione attuata tramite norme di diritto privato, o comunque diverse da quelle fiscali, su cui v. in particolare L. KAPLOW, S. SHAVELL, *Fairness versus Welfare*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 2009) in M. DIMICK, *The Law and Economics of Redistribution*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2019, 559. Tra i più recenti critici della tesi della “doppia distorsione” v. D. TABACHNICK, K. KORDANA, *Kaplow and Shavell and the Priority of Income Taxation and Transfer*, in *Hastings L.J.*, 2017, 1; L. FENNELL, R. MCADAMS, *“Inverted Theories,”* Univer-

Sintetizzando, in maniera apodittica, il mio pensiero al riguardo, a me sembra ovvio che siccome il diritto privato ha sicuramente effetti anche distributivi, non si possa considerare irrilevante il fatto che una norma (come capita anche a tante norme in materia contrattuale) possa spostare ricchezza da soggetti che hanno certe caratteristiche, a soggetti che ne hanno altre. Gli effetti distributivi delle norme non possono essere puramente e semplicemente ignorati.

Non mi sembra però che allo stato siano state elaborate teorie atte a porre il diritto privato in grado di realizzare programmi di intervento, coerenti e completi, integralmente ispirati da ideali di giustizia distributiva. Mi sembra anche che, a tacere di tutta un’ampia serie di altri problemi⁵⁹, interventi di questo tipo, e di questa ambizione, richiederebbero una quantità di imposizioni autoritative tali da mettere in discussione la nozione stessa di contratto, come tradizionalmente concepita⁶⁰. Mi sembra evidente, infatti, che esiste un limite al di là del quale l’autonomia contrattuale non può essere ulteriormente compressa senza che venga messa inevitabilmente in discussione la tradizionale immagine del contratto come strumento per consentire l’instaurazione di volontarie relazioni inter-private.

sity of Chicago Law School, Chicago Unbound, Working Paper, 2017. Con particolare riferimento al tema dell’uguaglianza, v. K. DAVIS, M. PARGENDLER, *Contract Law and Inequality*, NYU Law and Economics Research Paper No. 21-11, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3860204>.

Un altro filone di dibattito prende spunto dalla nozione rawlsiana di “basic structure” (J. RAWLS, *A Theory of Justice*, London, Oxford University Press, 1971), v. K. KORDANA, D. TABACHNIK, *Rawls and Contract Law*, in *The George Washington Law Review*, 2005, 603; S. SCHEFFLER, *Distributive justice, the basic structure and the place of private law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, 213. Z. TAN, *Where the action is: Macro and micro justice in contract law*, in *The Modern Law Review*, 2020, 725.

⁵⁹ A cominciare dal fatto che il diritto contrattuale, come tutto il diritto privato, si trova a dovere regolare situazioni le cui caratteristiche non dipendono da lui, e che non può sostanzialmente modificare. Il fatto, ad esempio, che alcuni contraenti siano forti e altri siano deboli, dipende da molti fattori (economico – sociali anzitutto) che il diritto contrattuale non può modificare e che spesso non può neanche neutralizzare senza innescare catene di conseguenze che non può controllare (come quando un aumento di tutela determina una crescita dei prezzi e la conseguente esclusione dal mercato di una parte dei potenziali beneficiari della tutela stessa).

Da un altro punto di vista, questo problema può essere descritto rilevando la difficoltà di traslare “the demands of social justice into the rights and responsibilities of particular persons toward one another... in a context where only the entitlements of two people are in dispute”. Così A. BAGCHI, *Distributive injustice and private law* in *Hastings L.J.*, 2008, 105, 106

⁶⁰ Come osserva E. NAVARRETTA, op. cit. n. 54, p. 1287, “...il contratto rinnega se’ stesso se è orientato verso la logica distributiva”. Mi sembra comunque che sulla rilevanza della giustizia distributiva nel diritto contrattuale l’autrice complessivamente giunge a conclusioni che non sono molto lontane da quelle sostenute qui nel testo.

In conclusione, a mio avviso, il piano distributivo in senso stretto non può essere considerato irrilevante, e considerazioni di giustizia distributiva ben possono essere utilizzate al fine di orientare, in un senso o nell'altro, singole scelte⁶¹. Non credo, però, che allo stato sia disponibile una prospettiva che riesca ad imporre al diritto dei contratti una coerente impostazione distributiva senza con ciò introdurre limitazioni e vincoli imperativi incompatibili con l'istituto del contratto quale a noi storicamente tramandato. Se si cerca un terreno unificante, non è nella giustizia distributiva che si possono trovare, allo stato, riconosciuti criteri in grado di sistematicamente inquadrare le scelte in materia di disciplina dei contratti.

A quale giustizia possiamo allora rivolgerci se, ci riconosciamo orfani, sia pure in modi e per ragioni diverse, sia della giustizia commutativa, sia di quella distributiva?

Io credo che convenga ripartire dalle fondamenta e proporrei un ripensamento, e un approfondimento, dell'indicazione che ci viene dal miglior pensiero liberale, quando ci dice che lo scopo del diritto dei contratti non dovrebbe essere quello di rendere vincolanti le promesse, ma quello di proteggere una pratica sociale che consiste nell'interagire scambiandosi volontarie promesse⁶².

Da questa indicazione alcune riflessioni seguono. La prima riguarda un dato molto rilevante (che in verità la dottrina liberale tende invece ad ignorare) e cioè che non esiste una univoca pratica sociale che il diritto dei contratti possa limitarsi a riconoscere e proteggere. Le promesse vincolanti non esistono in natura. Sono le convenzioni sociali, e il diritto, là dove decide di intervenire, che stabiliscono quali dichiarazioni, o quali comportamenti, possono essere considerati promesse e quali tra queste, e a che condizioni, debbono essere tenute per vincolanti.

L'interazione per il tramite di volontarie promesse può essere organizzata in realtà in tanti modi diversi e questi modi possono risultare più o meno rischiosi, più o meno impegnativi, più o meno potenzialmente profittevoli per alcuni, più o meno potenzialmente svantaggiosi per altri, ecc. Si può immaginare un sistema in cui viene considerato volontario e impegnativo qualsiasi atto che esprima consenso, così che basti il click ad uno *smart contract*⁶³ per provocare l'assunzione

⁶¹ In questo senso e prospettiva, vanno a mio avviso approvati e sostenuti i tentativi (uno dei più noti risale oramai ad alcuni anni orsono, v. Study Group, *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*, in *European Law Journal*, 2004, 653) di richiamare l'attenzione sulla rilevanza degli aspetti sociali su cui il diritto contrattuale comunque incide.

⁶² J. RAZ, *Promises in Morality and Law*, in 95 *Harv. L. Rev.*, 1982, 916.

⁶³ V. in argomento recentemente M. MAUGERI, *Smart contract e disciplina dei contratti – Smart contract and Contract Law*, Il Mulino, 2021.

di obbligazioni anche rovinose; un sistema in cui nessuno deve dare informazioni a nessuno, in cui non ci si può mai sciogliere unilateralmente dai contratti conclusi, in cui il verificarsi di eventi imprevedibili e imprevisi non incide sugli obblighi acconsentiti, in cui non è attribuita nessuna rilevanza alle pressioni sociali, o ambientali, che possono avere indotto a formulare la promessa, ecc. Si può, viceversa, immaginare un sistema in cui, su ognuna dei punti indicati, vengono adottate soluzioni opposte. In tutti i casi, siamo comunque in presenza di una pratica sociale in cui si interagisce scambiandosi volontarie promesse, ma le differenze tra i diversi modi di organizzarla appaiono immediatamente come abissali.

Se si riconosce che il diritto contrattuale concorre a modellare le caratteristiche della pratica sociale consistente nell' interagire scambiandosi promesse, la questione centrale diventa quella della definizione del modello normativo in grado di indicare le caratteristiche positive di questa pratica, che meritano di essere promosse, e le caratteristiche negative, che devono essere, invece, scoraggiate.

Ovviamente i modelli proponibili possono essere diversi, come diverse sono le attitudini nei confronti di tanti altri beni (affettività, amicizia, sicurezza, dignità, ecc.). La collocazione del problema in un ambito altro rispetto a quello governato dai temi distributivi, trasforma i termini del possibile dissenso, ma non lo elimina. È ben concepibile che alcuni preferiscano che la pratica sia costruita in modo da valorizzare la responsabilità degli individui, o la loro sobrietà nel rilasciare o accettare promesse, o il loro istinto solidaristico, o altre virtù, posto che ovviamente si può legittimamente ritenere più apprezzabile una società maggiormente basata non sulla difesa sociale dal rischio, ma sull' auto-responsabilità, non sulla solidarietà, ma sulla capacità di mettere a frutto le proprie doti individuali, non sul mito (tanto caro al liberalismo classico) della sicurezza ma, come ora si usa dire, sulla *resilience*, ecc.

È così ben concepibile che si possa dissentire sul fatto che le parti debbano, o non debbano, preoccuparsi di aiutarsi a proteggersi dalle rispettive ignoranze ed errori; che debbano essere più o meno attente alla reciproca dignità, che debba o non debba essere permesso di discriminare e di sfruttare le altrui passioni e manie (magari ipotizzate grazie alla correlazione stabilita da un algoritmo), che debbano esservi maggiori o minori garanzie di sicurezza nei confronti di eventi imprevisi (uno dei fattori che hanno esacerbato la crisi finanziaria è stata proprio la mancata ricontrattazione dei mutui che avrebbe potuto evitare il crollo rovinoso che si è invece verificato), ecc.

Evidente, infine, è che le scelte indicate non sono destinate ad incidere solo sui rapporti tra le parti dei vari contratti, ma sono destinate a caratterizzare l'intera società. Una prassi orientata in un certo modo tenderà a creare un ambiente in cui si possano formare cittadini che praticano e apprezzano la solidarietà, la

sicurezza, il rispetto dell'uguaglianza e della dignità ecc. Una prassi orientata in modo diverso produrrà cittadini che praticano valori diversi.

Ciò che conta è che nella ricerca di questo modello, la pratica di interagire mediante contratti sia concepita come un bene comune, con la conseguenza che il diritto anteponga, ad ogni altra considerazione, la preoccupazione di rendere il ricorso a questa prassi utile, sicuro e gratificante per tutti coloro che vi partecipano.

In questa prospettiva si chiarisce meglio anche il senso in cui le considerazioni strettamente distributive dovrebbero essere posposte. Il diritto dei contratti, prima di preoccuparsi di quello che si deve distribuire (cosa che, come ho detto, non deve comunque ignorare) dovrebbe preoccuparsi di creare le condizioni per il migliore, generalizzato, godimento di una pratica sociale concepita, come ho appena detto, come un bene comune, che deve essere messo a disposizione di ciascuno. Una pratica sociale che possa risultare utile e gradita a tutti. Una prospettiva, questa, che può essere meglio compresa ed esplorata facendo riferimento non alle istanze di giustizia distributiva, ma a quelle connesse allo sviluppo della discussa categoria dei “*non – moral goods*”⁶⁴.

⁶⁴ V. in argomento, tra i più recenti, J. BOWEN, *Aristotle's Virtue Ethics*, in *A Companion to World Literature*, Hoboken, New Jersey: Wiley-Blackwell, 2020, 1, 8ss.

Un intenso dibattito sulla natura di questa categoria di “beni” è connesso alla questione se sia possibile e sensato giudicare un ordinamento sociale non dal punto di vista della sua conformità a definiti canoni di giustizia distributiva, ma da quello della sua capacità di assicurare a tutti i membri della società il godimento di determinati beni. Lo spunto principale per questo dibattito è fornito da una precisa questione, la ricostruzione del giudizio che Marx dà del capitalismo, e dalla interpretazione del pensiero marxiano a questo riguardo proposta da A. Wood, *Karl Marx*, London, Routledge, 1981, secondo cui Marx condanna il capitalismo non in quanto “ingiusto” ma in quanto incapace di produrre beni fondamentali che Wood – non Marx – qualifica come *non – moral* e che nella sua esemplificazione sono self – actualization, security, physical health, comfort, community, freedom (p. 127). L'esistenza, la nozione e la rilevanza della categoria dei *non moral goods* (anche prescindendo dalla loro capacità di descrivere un aspetto del pensiero marxiano) sono comunque oggetto di perduranti controversie (v. tra i più recenti Y-Z. LI, *Moralität and Sittlichkeit: Marx on Moral Justice Reconsidered*, in *UCD Postgraduate Journal of Philosophy*, 2021, 72; M. ROSEN, *The Marxist critique of morality and the theory of ideology*, in Edward Harcourt (ed.), *Morality, Reflection, and Ideology*. Oxford University Press 2000, 21, 37 s.).

Come dovrebbe apparire chiaro dal testo, ciò che cerco qui di cogliere della categoria dei *non moral goods* è l'aspetto relativo alla loro capacità di andare al di là delle questioni governate dai principi della giustizia distributiva. L'esempio che mi capita di solito di usare è molto banale e riguarda gli apparecchi televisivi. È possibile giudicare una società in base ai criteri con cui distribuisce il bene televisori (e altri beni) ed è possibile qualificare come giusta una società che, per esempio, assegna gli apparecchi televisivi in maniera ugualitaria. Questioni completamente diverse sorgono con riguardo all'assegnazione del bene “guardare piacevolmente la televisione con

È nella discussione sulla sostanza di questo modello normativo che dovrebbe essere a mio avviso ritrovato un comune inquadramento sistematico dei problemi di disciplina dei contratti. Non, quindi, un meccanico criterio in grado di risolvere ogni problema, ma la condivisione di un riferimento in grado di orientare concretamente la discussione, superando le ideologizzate contrapposizioni tra libertà, autonomia, giustizia, efficienza, ecc.

Concludo ribadendo che ciò che caratterizza questa prospettiva è il fatto di porre in primo piano non la discussione sui diversi possibili criteri distributivi, quanto la valorizzazione di beni (sicurezza, responsabilità, dignità, benevolenza, solidarietà, ecc.) in relazione ai quali la giustizia di una istituzione (qui il contratto) non si realizza togliendo qualcosa a qualcuno per darla a qualcun altro, ma creando una risorsa di cui tutti possano godere in comune e nelle migliori condizioni possibili.

persone care”. Questo è un bene che la società non può “allocare” obbligando l’uno o l’altro soggetto a guardare la televisione insieme. La società può solo creare le condizioni che aiutino e facilitino le persone nel volontario godimento di questo bene (un bene, perciò, non suscettibile di essere oggetto di imperativi morali attinenti alla sua distribuzione e che, in questo senso, potrebbe essere appunto chiamato “*non – moral*”).

Clausole generali e principi nella dialettica attuale tra parte generale e contesti ‘speciali’ del contratto

SOMMARIO: 1. Il rapporto tra parte generale e speciale nell’evoluzione del diritto dei contratti. – 2. Nuove clausole generali e nuovi principi in contesti di diritto contrattuale “speciale”: (a) il divieto di abuso di dipendenza economica, come nuova clausola generale nel contesto della distribuzione commerciale e dei contratti tra imprese. – 3. (b) il principio di adeguamento del contratto e gli obblighi di rinegoziare per la gestione delle sopravvenienze nel contesto dei contratti di durata. – 4. La ‘generalizzazione’ di norme e principi maturati in particolari contesti del diritto contrattuale come spinta alla ‘modernizzazione’ della parte generale del contratto.

1. Il rapporto tra parte generale e speciale nell’evoluzione del diritto dei contratti

Il tema del rapporto, solitamente presentato in termini dialettici, tra parte generale e speciale del diritto dei contratti non è certamente nuovo, essendo stato vivacemente discusso già un trentennio addietro, in occasione delle celebrazioni dei cinquant’anni del codice civile¹. Il presupposto della riflessione, nella nostra dottrina, s’incentrava allora nella distinzione della disciplina contrattuale in due Titoli – il secondo dedicato al contratto in generale e il terzo dei “singoli contratti” – del Libro IV del codice civile, ma è evidente che le diverse problematiche connesse all’irrinunciabile presenza di una parte generale del diritto contrattuale accanto a una (altrettanto inevitabile, si direbbe) parte speciale, relativa a singole figure contrattuali (i tipi del Titolo III) ovvero a settori e ambiti commerciali (non riconducibili, né riducibili, evidentemente, ai singoli modelli tipizzati), possono presentarsi anche in assenza della scansione codicistica.

¹ Cfr. DE NOVA, *I singoli contratti: dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, in *I cinquant’anni del codice civile*, I, Milano, 1993, 218 (si veda già, dello stesso A., *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impresa*, 1988, 333 e in AA.VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Venezia, 1989, 321) e Vitucci, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, *ibid.*, 445.

La riprova è, in primo luogo, nella disciplina settoriale dei contratti di provenienza europea, che supera la semplificante logica codicistica funzionale a distinguere le due parti. Non è certo un caso quindi che, in tempi più recenti, il tema sia stato ripreso in una nuova prospettiva, ossia considerando i “livelli di armonizzazione” nel diritto europeo dei contratti, operante s’è detto mediante discipline settoriali che prescindono dalla logica (s’è detto, superandola) dei tipi disciplinati nel codice (alla stregua di “singoli contratti”, caratterizzati dall’esigenza di norme specifiche, spesso in deroga a quelle dettate nella disciplina generale)².

La proliferazione delle normative di settore non sembra aver determinato l’abbandono delle aspirazioni generalizzanti, come del resto confermano i molteplici e paralleli tentativi di codificazione, avvenuti di solito mediante il ricorso a un termine ricorrente, forse utilizzato in modo improprio, ossia quello di “principi generali”: si allude ai Principi Lando, preceduti dall’esperienza dei Principi UNIDROIT e seguiti dalle diverse iniziative come quella dei PECL e, successivamente, del *Draft for a Common Framework of Reference* (DCFR). Peraltro, non sono mancati tentativi paralleli di generalizzazione di regole e principi anche in altri settori del diritto privato, in particolare della responsabilità civile, un ambito nel quale il progetto unificante si è sviluppato in modo particolare.

Il riferimento a queste esperienze vale a dimostrare che il tema di fondo, relativo al rapporto fra parte generale e parte speciale (del diritto privato e/o dei suoi ambiti), intesa come disciplina di specifiche figure e vicende, è sempre vivo, con una particolare rilevanza nel diritto contrattuale, ove l’attività del legislatore si concentra, inevitabilmente, sulla disciplina dei nuovi rapporti commerciali, che stentano a trovare nell’impianto del codice risposte adeguate agli interessi che l’ordinamento intende tutelare (sufficientemente emblematici sono i casi della sempre più ampia e sofisticata disciplina a tutela dei consumatori, così come della disciplina dei rapporti tra imprese, ogni volta in cui il rapporto sia caratterizzato dallo squilibrio o asimmetria di potere contrattuale).

Per parte sua, la dottrina cerca di razionalizzare le specificità in un ambito più ampio e appunto ‘generale’, con una sorta di precomprensione – espressione della lunga e radicata tradizione degli studi civilistici sul negozio giuridico –, relativa alla centralità della parte generale nel sistema del diritto dei contratti. Era dunque inevitabile che, nella cultura giuridica europea, non ci si potesse accontentare dell’armonizzazione assicurata dalle direttive settoriali, ma si dovesse ricercare un’unificazione più ampia, lavorando sui “principi” condivisi, assecon-

² Si veda AA. Vv., *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, a cura di Navarretta, Milano, 2007.

dando in tal modo l'esigenza dei giuristi di tenere insieme il sistema attraverso livelli crescenti di generalizzazione, sino a immaginare un codice civile europeo (rivelatosi presto, peraltro, un progetto velleitario).

Il concetto di sistema cui occorre riferirsi è quello che, alla metà del XX secolo, il giurista austriaco Walter Wilburg, definiva “*bewegliches System*” (letteralmente, sistema mobile o in movimento)³, sottolineando il continuo assestamento del (sistema di) diritto privato, mentre per altro verso la tendenza dei giuristi a cercare la “generalizzazione”, espressione di un più ampia propensione del pensiero – secondo quanto affermava Gian Battista Vico, ricordando che “la mente umana è naturalmente portata a dilettersi dell'universale”-, risponde a un'esigenza di organizzazione logica del discorso giuridico, caratterizzato dalle categorie astratte e generalizzanti che rendono il diritto “scienza” giuridica.

È inevitabile che l'intrinseca storicità di tutte le categorie giuridiche finisca per proiettare numerosi interrogativi anche sulla parte generale dei contratti, quale categoria o partizione del diritto privato (poco considerata dai giuristi della tradizione romanistica e invece) valorizzata dalle codificazioni ottocentesche, da quella napoleonica a quella tedesca, che ha costruito su questa idea l'*Allgemeiner Teil*, come parte generale ideale del diritto privato, ossia introduttiva (non già dei contratti e delle obbligazioni, ma) dello stesso codice civile.

Tali interrogativi sono, naturalmente, figli del loro tempo, che ne determina i caratteri. Nel momento in cui, in occasione delle celebrazioni del cinquantennio del codice civile, si discuteva dei rapporti tra le parti (generale e speciale) del diritto contrattuale, ci si chiedeva – in particolare, la riflessione più significativa è quella già ricordata di Giorgio De Nova – quale parte dovesse considerarsi prevalente e in che modo si ponesse l'alternativa regola-eccezione, al cospetto di nuovi scenari normativi, che un'attenta e autorevole dottrina aveva ricondotto a un'inedita fenomenologia, etichettata come ‘decodificazione’.

Gli scenari attuali sono molto diversi da quelli di trent'anni fa, sicché questa impostazione è stata superata dai fatti, rimanendo l'espressione di un momento della storia del diritto privato del nostro tempo. Da tempo, infatti, ci confrontiamo con nuove forme di ‘specializzazione’ ovvero ‘tipizzazione’ – se si vuole utilizzare ancora la categoria dottrinale riflessa nella scansione codicistica dei tipi contrattuali –, che per un verso impongono un riordino della materia e della disciplina degli affari mediante concetti aggreganti ignoti al codice civile, per altro verso determinano l'affermarsi di regole e principi generali di nuovo conio, inducendo a interrogarsi sui processi formativi di queste nuove forme di generalizzazione. L'esperienza del codice del consumo potrebbe essere sufficientemente emble-

³ Il titolo dello studio è: *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, Graz, 1950.

matica, ma non è l'unica in questo senso (si pensi, ad esempio, al codice degli appalti). La tendenza a generalizzare si realizza, in altri termini, anche in queste raccolte di norme e principi, impropriamente etichettate in termini di codici, utilizzando così il concetto che, storicamente espressivo, nella tradizione del pensiero giuridico, una modalità pratica per ordinare sistematicamente la materia.

Chi ha approfondito o, comunque, ha seguito l'evoluzione del c.d. 'diritto privato europeo', inoltre, non ha potuto fare a meno di interrogarsi sugli effetti dell'armonizzazione settoriale, se e in che modo quest'ultima incida sulla parte generale (per noi, consegnata al codice civile, ma anche negli ordinamenti di *common law* è ben presente e affermata l'idea di una parte generale del contratto). Ci si interrogava poi sul modo (o sui diversi modi) in cui si sarebbe svolto il processo di (ri)definizione della parte generale in via legislativa negli ordinamenti nazionali, prima che il legislatori, rispettivamente tedesco e francese, proponessero due diverse alternative. Sullo sfondo della riflessione vi è poi la riflessione sul modo di operare (ossia sul ruolo) della giurisprudenza nazionale – tanto quella comune, quanto quella costituzionale – in questo complesso processo evolutivo, ponendosi in questo senso la questione dell'effettività dei principi e delle clausole generali (nel diritto privato in genere, ma in particolare) nella disciplina del contratto, in termini nuovi rispetto a come era già emersa nella civilistica degli anni Settanta.

Le brevi e sommarie considerazioni sin qui svolte valgono, se non altro, a confermare come la dialettica, che in un recente passato era stata prospettata come caratterizzante il rapporto tra la parte generale e quella "speciale" nella disciplina dei contratti, non potrà più porsi negli stessi termini, essendosi ormai avviato un percorso – verosimilmente irreversibile, in termini brevi almeno – per la costruzione di una nuova parte speciale del diritto contrattuale. Quest'ultima va formandosi mediante l'individuazione di singoli "contesti", ove il legislatore (europeo e nazionale) opera attraverso discipline che consideriamo ormai settoriali, ma al tempo stesso suscettibili di 'generalizzazione', nella misura in cui (non si limitano a disciplinare fattispecie specifiche, innovative rispetto ai modelli rinvenibili nel codice civile, ma) fissano norme, anche in forma di nuove clausole generali e principi, per la tutela di interessi legati alla disciplina di determinate attività e ambiti economici (che, s'è detto, non potrebbero mai trovare adeguata tutela nella 'specificità' delle singole strutture negoziali corrispondenti ai tipi contrattuale del codice civile).

Benché talvolta corrispondenti ad attività economiche e a settori del mercato – si pensi, ad esempio, ai contratti bancari o alle diverse forme di assicurazione –, i tipi contrattuali codificati soffrono, del resto, dell'astrazione concettuale che, storicamente, ha consentito e accompagnato l'elaborazione della dottrina del negozio e, in ultima analisi, la parte generale del diritto contrattuale. Né ci si

sarebbe potuto attendere molto di più dal legislatore, anche all'esito dell'unificazione dei codici, che finiva per determinare, secondo alcuni, la c.d. "commercializzazione" del diritto civile, stante la natura di disciplina "di classe" del diritto commerciale, tradizionalmente attento, evidentemente, alla tutela del commercio e dunque del soggetto storicamente considerato il protagonista del mercato, ossia l'imprenditore commerciale.

È per altro verso evidente la limitata incidenza che la fusione dei codici ha avuto sulla parte generale del contratto, in ragione verosimilmente della sostanziale incompatibilità tra le due (ideali) "parti generali" – rispettivamente, del contratto 'civile' e dello scambio mercantile, incentrato sull'atto di commercio, categoria decisiva nel codice dei commercianti ma che non aveva più ragion d'essere nel codice unificato –, mentre norme, principi e, più in generale, caratteri genuinamente commerciali compaiono nella disciplina dei singoli contratti, determinando in diversi casi la sostituzione delle corrispondenti regole 'civilistiche' con quelle 'commerciali' (di qui, probabilmente, anche il senso della 'commercializzazione' del diritto privato, al di là del ruolo assunto dall'impresa e dall'attività economica svolta in forma organizzata nel codice civile).

La parte generale del contratto, in questo senso, sembra essere rimasta fondamentalmente radicata nel modello dello scambio negoziale istantaneo, con la conseguente rilevanza fondamentale della manifestazione di volontà del soggetto, quale valore decisivo da tutelare attraverso un'analitica disciplina dei diversi istituti sui quali è impostata la dottrina del negozio giuridico. È evidente, al limite dell'ovvietà, la sottovalutazione dei modelli alternativi (allo scambio istantaneo di beni), che fanno capo ai rapporti comunemente definiti di durata, in cui la prestazione di un servizio acquista una rilevanza decisiva e fa sì che il contratto si allontani dal modello dello scambio istantaneo.

La considerazione, sulla quale occorrerà ritornare nelle battute conclusive, vale a rendere, per un verso, più impellente l'esigenza, per altro verso più stimolanti i motivi d'interesse, nei confronti di una riflessione sul modo in cui clausole generali e principi, di vecchio e nuovo conio, sono destinati a operare in un sistema che va rapidamente e continuamente modificandosi. E il primo dato da registrare, osservando l'evoluzione che si registra sul piano legislativo e giurisprudenziale, attiene alla formazione di nuove clausole generali, nascenti dalla definizione di fattispecie normative, cui i giuristi (espressione della dottrina e della giurisprudenza pratica, ossia del diritto vivente) riconoscono vocazione espansiva, al punto da farle assurgere appunto a clausole generali, tipiche di determinati contesti. Allo stesso modo, è possibile ravvisare una tendenza all'affermazione di principi non desumibili dall'assetto tradizionale del diritto contrattuale, così come consegnato al codice civile, ma non certo incompatibili con il sistema, che in tal modo si arricchisce (non soltanto di nuove discipline settoriali,

ma) anche di nuovi principi, pur sempre originati da più o meno specifici ambiti commerciali, e destinati tuttavia alla generalizzazione.

Nelle pagine seguenti si darà conto, sia pure in modo rapido e sommario – ossia al solo fine, dunque, di esemplificare le linee evolutive dell'ordinamento, rispetto al tema in esame –, di due vicende, entrambe espressive di una significativa 'modernizzazione' del diritto contrattuale, attraverso l'effettività e dunque l'operatività di clausole generali e principi, che inducono a ripensare il rapporto tra la parte generale e i singoli contesti del diritto contrattuale nel nostro tempo, anche nel contesto dell'eventuale riforma della disciplina generale del contratto contenuta nel codice civile.

2. Nuove clausole generali e principi in contesti di diritto contrattuale "speciale": (a) il divieto di abuso di dipendenza economica, come nuova clausola generale nel contesto della distribuzione commerciale e dei contratti tra imprese

Occorre muovere dalla riconsiderazione dell'idea diffusa, secondo la quale il codice civile e, in modo più evidente, le discipline generali ivi contenute (emblematicamente, nel nostro caso, il Titolo II del IV Libro) costituirebbero le sedi normative di clausole generali e principi del diritto privato, mentre le discipline settoriali, in ragione proprio della loro 'specialità', sarebbero caratterizzate da previsioni costruite secondo la tecnica della fattispecie legalmente tipizzata e, in tal modo, destinate a tutelare interessi particolari, rilevanti all'interno di rapporti non agevolmente riconducibili all'impianto codicistico. In questo senso, clausole generali e principi ricavabili dal codice civile (segnatamente, s'è detto, dalle disposizioni generali, che caratterizzano tutti gli ambiti disciplinari del codice) finirebbero per doversi confrontare con discipline nuove e non omologabili alla logica delle schematizzazioni codicistiche, entrando in una dialettica nuova tra fattispecie (di nuova formazione) e clausole o principi generali.

L'esigenza di rivedere il punto di partenza deriva dalla constatazione, secondo la quale le discipline 'speciali' – da quelle codicistiche, dei singoli contratti, a quelle introdotte nell'ordinamento dal legislatore, nazionale o europeo, che siamo soliti definire "settoriali" – non pongono (se non altro, non pongono più soltanto) un problema applicativo della norma, secondo il criterio della "specialità" (relegando così le norme del Titolo II a un ruolo in un certo senso subordinato rispetto a quelle della parte speciale, come si diceva all'incirca trent'anni fa, ragionando sull'attualità dell'impianto del codice civile: v. *supra*), ma impongono una riflessione sistematica più complessa, nella misura in cui sono idonee ad esprimere esse stesse principi e clausole generali.

Può essere sufficiente considerare l'esperienza, soprattutto nel diritto vivente, del divieto di abuso di dipendenza economica, quale fattispecie nuova, anzi si direbbe nuovissima al momento della sua introduzione nell'ordinamento, caratteristica di una particolare figura contrattuale – concepita dal legislatore all'interno della fattispecie della subfornitura, così come legislativamente tipizzata dall'art. 1, l. 192/1998 –, che tuttavia la giurisprudenza, nell'evoluzione avvenuta in tempi relativi rapidi del diritto vivente, non ha esitato a riconoscere dotata di capacità espansiva⁴, al punto da poter dire che si è in presenza di una nuova clausola generale⁵, operante come regola fondamentale nell'ampio settore della distribuzione commerciale, ma anche, e più generale, della contrattazione tra imprese.

Non è questa la sede per ripercorrere i passaggi che hanno condotto alla 'generalizzazione' della norma, espressiva – come rilevava la più autorevole dottrina, riconducibile al pensiero di Giorgio Oppo, impegnato a ricostruire i "principi" del nuovo diritto commerciale – dell'esigenza di 'moralizzazione' del mercato⁶, sembra evidente che, nella struttura della parte generale, così come consegnata alla tradizione codicistica, non si riuscirebbe a rinvenire facilmente uno spazio per far operare il principio espresso dalla nuova norma, in assenza della sua previsione espressa, dovendosi caricare di una notevole dose di effettività, per così dire, la clausola generale di correttezza ex art. 1375 c.c., reprimendo le condotte abusive del contraente (ma è fuor di dubbio che non si potrebbe comunque giungere alla nullità delle pattuizioni e delle clausole espressive dell'abuso, dovendosi rimanere nell'ambito della disciplina delle norme di comportamento, dalla violazione delle quali può discendere esclusivamente l'obbligo risarcitorio). In questo senso, la

⁴ Si tratta di un percorso, ben tracciato dalle (invero, non particolarmente numerose) sentenze, nella direzione della "generalizzazione" della tutela, con il superamento dei confini della "fattispecie" contrattuale delineata dalla disposizione di esordio della normativa sulla "subfornitura industriale", determinandosi, grazie al diritto vivente, via via maturato nell'applicazione della norma, una sorta di nuova clausola generale nei contratti – si potrebbe anche dire: nella contrattazione – tra imprese, in grado di condizionare lo statuto, per così dire, di tali contratti, allo stesso modo in cui il giudizio di vessatorietà (se si preferisce, di abusività) delle clausole unilateralmente predisposte ha caratterizzato la disciplina dei contratti con i consumatori

⁵ Ci si permette di rinviare, per la ricostruzione dei passaggi in modo più analitico, allo studio di chi scrive *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Giust. civ.*, 2016, 509.

⁶ Vale ancora il richiamo a OPPO, *Principi*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore, Torino, 2001, 78, che intitola significativamente il paragrafo ove si sintetizza la tendenza a sottoporre al sindacato giudiziale le scelte di autonomia, almeno ove manchi la parità contrattuale, "Un nuovo principio?", mentre, poco prima, con riferimento all'art. 9, l. 192/1998, aveva con chiarezza affermato quanto già ricordato in ordine all'introduzione di un "principio di ordine generale e di grande momento, capace di moralizzare i rapporti tra i imprenditori" (p. 72).

definizione della nuova fattispecie normativa si rivela, al contempo, effetto e causa del funzionamento virtuoso del diritto contrattuale e, in ultima analisi, della conseguita effettività del principio di correttezza in questo ambito del diritto privato.

L'idea della forza espansiva della norma, al di là del ristretto confine della fattispecie "tipologica" delineata dall'art. 1, l. 192 del 1998, inizia a radicarsi nella giurisprudenza, con buona pace dell'argomento (*alias*, del preconcorso) relativo al carattere eccezionale del divieto, superato senza particolari difficoltà dall'inquadramento della disciplina, in chiave assiologica, nell'ambito della correttezza e buona fede tra contraenti imprenditori, non senza il puntello dei principi costituzionali, in primo luogo con riferimento alla solidarietà⁷. La stessa rapidità con cui si svolge l'*iter* evolutivo giurisprudenziale dimostra come fosse difficilmente contestabile la prevalenza degli argomenti, sviluppati dalla dottrina più consapevole e attenta a valorizzare il contesto all'interno del quale avrebbe operato il nuovo dato formale, nel senso del carattere generale del divieto.

Il diritto vivente si consolida, con l'autorevole avallo della Suprema Corte⁸, nella giurisprudenza di merito, grazie alla quale si comprende il modo in cui, in concreto, operano i criteri di valutazione della dipendenza economica e dell'esercizio abusivo dei poteri e delle facoltà contrattuali, mentre appare ormai fuori discussione l'adesione alla linea tracciata dai precedenti nel senso della "generalizzazione" del divieto.

Tale processo di generalizzazione della norma in esame, che diventa così clausola ineliminabile della contrattazione tra imprese, può aiutare a superare, o almeno a ridimensionare, l'obiettivo difficoltà di conciliare le esigenze di natura "normativistica" – ossia di chi vorrebbe individuare i connotati disciplinari della figura dell'abuso del diritto e, non trovandoli al di fuori delle fattispecie tipizzate, si vede costretto a negare qualsiasi rilevanza giuridica al concetto – con le aspirazioni a ricostruire il sistema attraverso una formula ovvero una dottrina che «nei suoi limiti e nella sua vocazione» – s'è detto in modo lapidario, ma a tutt'oggi

⁷ Trib. Isernia, 12 aprile 2006, in *Giur. mer.*, 2006, 2149, secondo cui l'art. 9 l. n. 192 del 1998, che vieta l'abuso di dipendenza economica, ancorché inserita nella disciplina della subfornitura, deve ritenersi applicabile per analogia anche ai contratti di distribuzione, attesa l'identità di *ratio* ed il carattere non eccezionale della norma, costituente, al contrario, espressione dei principi di buona fede e solidarietà contrattuale, di correttezza nei rapporti tra imprenditori, nonché di tutela del principio costituzionale della libera iniziativa economica. Cfr. anche Trib. Trieste, 20 settembre 2006, in *Corr. mer.*, 2007, 178 e ancora, Trib. Torre Annunziata-Castellammare di Stabia, 30 marzo 2007, in *Giur. mer.*, 2008, 341.

⁸ Cass., 23 luglio 2014, n. 16787, in *Contratti*, 2015, 241, che fa seguito, idealmente, a Cass., sez. un., ord. 25 novembre 2011, n. 24906, in *Foro it.*, 2012, I, 805 (in sede di regolamento di giurisdizione, ma con significative argomentazioni sul punto).

insuperato – «finisce con testimoniare l'antica miseria del diritto e la pena del giurista che cerca di riscattarla»⁹. l'itinerario giurisprudenziale di razionalizzazione della nuova clausola generale sul divieto di condotte abusive, all'interno di una consapevole valorizzazione dell'argomentazione incentrata sull'abuso del diritto, si svolge parallelamente ai già ricordati interventi con cui il legislatore ha provveduto a disciplinare vicende e/o fattispecie negoziali, facendo ricorso, in via diretta o indiretta, proprio al concetto di abuso. Le regole sono tanto note quanto variegate, difficilmente classificabili in un'unitaria categoria o tipologia di norma, non mancando lo stesso legislatore (in verità, in sede europea ossia di direttiva) di far ricorso al concetto di "abuso della libertà contrattuale".

Volgendo poi lo sguardo verso la dottrina, si può constatare come l'auspicio di una delle voci più sensibili e autorevoli che, indagando le prospettive del diritto dei contratti, aveva sperato che si potessero riannodare i fili del discorso di altro profilo nella civilistica dei nostri tempi intorno a grandi concetti ordinanti¹⁰, trovi concreto riscontro nella valorizzazione di regole incentrate sulla considerazione dei comportamenti dei contraenti, al fine di sanzionarne le deviazioni e correggerne gli effetti, alla ricerca di un contratto "giusto" ovvero, con espressione ormai entrata nel gergo comune (sia pure con contrastanti valutazioni da parte degli interpreti), della c.d. "giustizia contrattuale"¹¹.

3. (b) il principio di adeguamento del contratto e gli obblighi di rinegoziare per la gestione delle sopravvenienze nel contesto dei contratti di durata

La seconda esemplificazione attiene al complesso tema dell'adeguamento del contratto in corso di esecuzione, con il connesso problema dell'individuazione di obblighi di rinegoziare a carico delle parti nei contratti di durata (specie se a lungo termine), caratterizzati da un rischio particolarmente alto di sopravvenienze idonee a rendere, in punto di fatto, inesequibile il contratto alle condizioni originariamente pattuite.

Affrontato dalla dottrina italiana – sulla scia di alcune suggestioni provenienti essenzialmente dall'esperienza giuridica tedesca – all'incirca un trentennio addie-

⁹ Così P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna Il Mulino, 1998, 144, con una frase in cui riesce a sintetizzare magistralmente il senso ultimo della figura in esame.

¹⁰ Per tutti, esemplarmente, BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 167.

¹¹ Si segnala la lettura della magistrale sintesi di LIPARI, *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016 e, più di recente, D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa dir. priv.*, 2019, 1, nonché dello stesso A. la corrispondente "voce" nel volume *Il contratto*, della collana *Tematici*, dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 2021.

tro, alla metà degli anni Novanta, il tema ha interessato sempre più gli studiosi, specialmente i più giovani civilisti, finendo per diventare – in tempi relativamente recenti, per un verso materia di riflessione persino per la Corte Suprema, che ne ha fatto oggetto di analisi in un approfondito e attualissimo studio dell'Ufficio del Massimario – complice l'evento, certamente 'straordinario e imprevedibile', della pandemia e soprattutto le drastiche misure normative per il contenimento del contagio, che ha indotto la Cassazione a interrogarsi sul modo più opportuno di affrontare le questioni giuridiche relative alla 'ineseguibilità' dei contratti, in ragione della sopravvenienza costituita dalla situazione emergenziale –, per altro verso la proposta di revisione del codice civile, abbozzata in un disegno di legge delega, allo stato apparentemente messo da parte, il DDL Senato 1151 del 2019, ove si prevede la "integrazione" del codice sul punto, alla stregua della rubrica dell'art. 1. Alla lett. *I*) è stabilito che il legislatore dell'ipotizzata riforma preveda e disciplini: *"il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti"*. Secondo il disegno di legge delega, si dovrebbe, pertanto, intervenire sulla disciplina delle sopravvenienze, di cui agli artt. 1467-1469 c.c., applicabili come norme "generali" a tutti i contratti e agli atti unilaterali a contenuto patrimoniale, incidendo in modo sostanziale sulla normativa vigente.

Se la tematica in esame suscita molteplici interrogativi, tanto di tipo tecnico-applicativo, quanto di indole autenticamente metodologica, sono proprio questi ultimi a rilevare maggiormente (comunque, in prima battuta), ove si debba ragionare sull'eventuale riformulazione delle norme codicistiche, anche sulla scia dell'appena menzionato disegno di legge delega¹². In tal senso, una problematica ineludibile, di ordine preliminare si direbbe, attiene al rapporto tra parte generale e parte speciale, nella consapevolezza che, allo stato, i problemi dell'esecuzione del contratto trovano, del tutto comprensibilmente, nella seconda la loro prevalente disciplina (alludendosi tanto ai singoli contratti tipizzati e perciò

¹² Occorre concentrarsi in primo luogo su questi ultimi, poiché l'eventuale redazione di nuove disposizioni (o la modifica di quelle già esistenti), ove mai dovesse maturare la volontà politica di porre mano alla riforma (sulla scia di quanto peraltro già avvenuto, di recente, in diversi ordinamenti vicini e affini al nostro), non potrà che avvenire all'interno di un nuovo (in ogni caso, fortemente innovato) sistema normativo del "contratto in generale", caratterizzato da alcuni principi ispiratori, alla cui razionalità le disposizioni specifiche dovranno corrispondere, affinché possa essere garantita la coerenza e, in ultima analisi, la concreta praticabilità delle soluzioni proposte dal legislatore della riforma.

presenti nel codice, quanto agli specifici settori, disciplinati al di fuori del codice civile, secondo logiche di contesto lontane dalla visione del legislatore del 1942).

Ove il tema del rapporto tra le due parti, generale e speciale, del diritto dei contratti venga considerato nel contesto della vicenda relativa al trattamento delle sopravvenienze, non può non notare come anche la disciplina dei “tipi” (ossia dei “singoli contratti”) sia il luogo in cui si esprimono principi ordinanti della materia, soprattutto per quel concerne i contratti più tipicamente “commerciali”. Se infatti, come è stato più volte rilevato, la parte generale è stata edificata sul modello del contratto di scambio, quale fatto negoziale episodico e tendenzialmente istantaneo, nel novero dei “singoli contratti” figurano, invece, numerosi tipi che rappresentano una determinata attività economico-imprenditoriale e, per tale ragione, la loro disciplina deroga alle norme e agli stessi principi della parte generale. Esempio appare, in questo senso, la disciplina dell’appalto, che proprio in tema di sopravvenienze, offre soluzioni normative molto diverse, sostanzialmente antitetiche, rispetto alla disciplina generale, che affida alla risoluzione del contratto la tutela, in prima istanza, della parte onerata, mentre soltanto l’iniziativa della parte contro cui la risoluzione è domandata, può decidere di offrire l’equa modifica delle condizioni, se vuole evitare la risoluzione¹³.

Le sopravvenienze, del resto, non possono che rilevare nell’esecuzione del contratto, assumendo connotazioni giuridiche inevitabilmente diverse a seconda del tipo o, se si preferisce, della tipologia del rapporto contrattuale, con l’altrettanto inevitabile conseguenza che la disciplina autenticamente ‘generale’ stenta a trovare spazio nel Titolo II (è noto che la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità è anomala e poco giustificabile sul piano dogmatico, al pari della stessa figura dottrinale della “presupposizione”, cui è connessa la disciplina delle sopravvenienze, non prevista espressamente in altre codificazioni). Di qui, l’esigenza di ricercare le fattispecie normative nelle singole discipline – di tipi, sottotipi, gruppi di contratti, settori dell’attività economica etc. –, con l’esigenza inevitabile di far riferimento ai “diversi contesti” (richiamati nel titolo della tavola rotonda).

¹³ Al giurista che intenda ragionare sulla riformulazione delle norme della parte generale del contratto si presentano pertanto, in questo senso, delicati interrogativi su compatibilità e coerenza tra le due parti, acuiti dal fatto che gli indici normativi da considerare non sono – anche in questo caso, da tempo – soltanto nel tessuto (di per sé non sempre così lineare e armonico) del codice civile, ma possono avere provenienza e matrice diverse, rendendo più complessa l’opera di razionalizzazione del sistema. Al contempo, proprio l’articolazione del quadro di riferimento, che il legislatore della riforma dovrebbe considerare con particolare attenzione, consente (e, si direbbe, impone) un significativo ripensamento della parte generale del contratto, finalizzato a recepire principi e tendenze che si esprimono attraverso nuove disposizioni normative, ma anche e soprattutto le più recenti evoluzioni della cultura giuridica civilistica.

In questo senso, proprio nell'esame dei diversi contesti, ci si può allora domandare se per caso emergano principi o clausole generali, riconducibili a norme dunque a vocazione espansiva – emblematico il caso, appena considerato, del divieto di abuso di dipendenza economica, quale clausola generale di correttezza nei rapporti tra imprese – ovvero espressive di tali principi o clausole generali e, in caso positivo, occorrerebbe considerare il modo in cui potrebbero (dovrebbero) rapportarsi tali principi o clausole generali con la disciplina del Titolo II, nel senso che potrebbero verificarsi scenari di vario tipo, nel senso essenzialmente della compatibilità o incompatibilità.

In un primo scenario, la parte generale finirebbe per arricchirsi, in un certo senso, con nuove norme, autenticamente d'indole generale, in qualche modo specificative di principi e clausole generali già esistenti: si pensi agli obblighi d'informazione, che si collegano – in modo pressoché automatico – alla regola di correttezza, in fase tanto precontrattuale, quanto di esecuzione del contratto. Un secondo scenario, certamente più complesso, è quello in cui può registrarsi lo sforzo congiunto, per così dire, del legislatore e dei giuristi (intendendo costoro come espressione del “diritto giurisprudenziale”, nel senso più ampio del concetto: ossia la dottrina e la giurisprudenza).

L'intervento del legislatore non deve essere mai sopravvalutato, nel momento in cui debba ricostruirsi il sistema generale, ma neanche può essere sottovalutato, dal momento che la definizione di una nuova fattispecie generale, ancorché relativa a determinate tipologie contrattuali – come è avvenuto, s'è appena visto, con la disposizione dell'abuso di dipendenza economica e come potrebbe avvenire nel caso della disciplina delle sopravvenienze, ove il disegno di legge delega fosse rivitalizzato in qualche modo – può svolgere una funzione importante, nella misura in cui consenta la ‘modernizzazione’ (formalizzata, con l'intervento del legislatore) della parte generale, che così non sarà più soltanto espressiva di un solo modello di contratto: quello di scambio, tendenzialmente a effetti istantanei, nonché de-contestualizzato rispetto al mercato.

Quel che appare poco discutibile è che le due vicende appena considerate, sia pure nella sinteticità estrema imposta dalla situazione, consentono di inquadrare la dinamica del rapporto tra parte generale e speciale del diritto contrattuale in termini diversi rispetto al passato, nel senso che, in vari contesti contrattuali, normalmente caratterizzati decisamente dall'attività economica, cui il contratto è funzionale (l'atto negoziale quale strumento dell'attività, in altri termini), clausole generali e principi possono condurre a soluzioni diverse da quelle previste nella parte generale del contratto, mentre, per altro verso, si comprende come la “generalizzazione” (tipica della codificazione e così come avvenuta, in modo specifico, nel Titolo II del Libro IV) rischi di neutralizzare eccessivamente la sostanza economica del rapporto concretamente posto in essere.

Non si tratta, evidentemente, di disconoscere l'enorme rilevanza della parte generale, con il suo innegabile plus-valore sul piano normativo, proprio in ragione della sua maggiore distanza dai singoli contesti, ma di considerare come le diverse soluzioni, derivanti dall'applicazione di clausole generali e principi provenienti dal diritto contrattuale che potremmo ritenere "speciale" – soltanto in ragione della più evidente delimitazione del suo ambito applicativo, rispetto alla disciplina generale – non devono essere considerate eterodosse, soltanto perché non allineate con le norme della parte generale, con la conseguenza che, anche in assenza della fattispecie legalmente tipizzata, si possono percorrere vie nuove, purché giustificabili, ossia razionalmente coerenti con il sistema (che, occorre ribadirlo, non è soltanto quello del contratto di scambio, a effetti istantanei, avulso dal mercato). In questo senso, la recente vicenda della pandemia ha dimostrato come ciò sia ben possibile, utilizzando tanto la logica formale della fattispecie legalmente tipizzata – e degli istituti del contratto più collaudati nella tradizione –, quanto le tecniche (all'apparenza e secondo alcuni studiosi, fortemente condizionati dalla cultura gius-positivista) meno 'certe' e affidabili delle clausole generali, calate nel contesto contrattuale in esame.

Proprio questa vicenda vale peraltro a dimostrare, con sufficiente immediatezza, come la convivenza tra clausole generali, principi e fattispecie legalmente tipizzate sia non soltanto possibile, ma anche altamente auspicabile, perché consente un'evoluzione più armonica del sistema (ove tanto i giuristi, quanto il legislatore svolgono la loro funzione). Nello specifico, la voluta latitanza del legislatore, rispetto a un intervento normativo che regolasse i casi tanto frequenti – quasi alluvionali, nel contenzioso post-pandemico, come è ben noto, a cominciare dalle controversie nei rapporti di locazione e affitto di natura commerciale –, quanto semplici da regolare (con disposizioni caratterizzate dall'efficacia temporanea, ossia una sorta di diritto autenticamente 'emergenziale'), l'unica risorsa, intrinsecamente e inevitabilmente connaturale alla storia del diritto, è nel pensiero dei giuristi e, dunque, nella costruzione razionale della regola.

Da un diverso punto di vista, ossia considerando i possibili interventi del legislatore in termini generali, per una riforma del diritto dei contratti che 'modernizzi' anche il nostro sistema normativo (come è avvenuto in altri ordinamenti, anche a noi molto vicini), si nota come lo stesso testo del disegno di legge delega, cui s'è fatto riferimento, costruendo una nuova fattispecie – *prima facie* addirittura eterodossa, rispetto alla tradizione dogmatica civilistica –, non possa fare a meno di richiamare esplicitamente la clausola generale per eccellenza del diritto dei contratti, ossia la buona fede, nel disegnare quella che potrebbe diventare la nuova regola cardine della disciplina (generale) delle sopravvenienze, relativa al diritto delle parti di richiedere la rinegoziazione e/o l'adeguamento (per via giudiziale) delle condizioni contrattuali eccessivamente onerose, prima

di percorrere la via (oggi prioritaria, ma che potrebbe diventare residuale) dello scioglimento mediante risoluzione.

È dunque evidente come nel confronto tra la (costruzione legislativa della) fattispecie e le (applicazioni giurisprudenziali delle) clausole generali, una questione metodologica preliminare attiene alla relazione tra parte generale e parte speciale del diritto dei contratti, muovendo dall'assunto secondo il quale le vicende e i problemi dell'esecuzione del contratto trovano, peraltro in modo del tutto ragionevole, nella seconda la loro prevalente e specifica disciplina, non sfuggendo a tale 'collocazione' anche i problemi delle sopravvenienze.

L'innovazione legislativa del 1942, cui può ascriversi anche il merito di aver ricevuto – si tratta dell'opinione di giuristi impegnati nello studio delle possibili proposte di riforma del diritto dei contratti in altri ordinamenti, come avvenne in Germania negli anni Ottanta – giudizi lusinghieri come esempio di equilibrata disciplina legislativa delle sopravvenienze nei rapporti contrattuali di durata – al punto da essere stata assunta a modello da moderni legislatori impegnati nella revisione codicistica, come nel caso del codice civile brasiliano riformato vent'anni fa –, ma soprattutto il confronto della normativa vigente con la proposta di riforma, di cui al disegno di legge delega, costituiscono un ottimo banco di prova per comprendere il modo in cui può atteggiarsi, in un tempo quale il nostro caratterizzato da numerose variabili innovative, il rapporto tra la fattispecie (legislativamente tipizzata) e le clausole generali (da applicare e dunque "concretizzare" in sede giurisprudenziale).

È evidente, al punto da costituire oramai considerazione banale e scontata, che il legislatore della riforma, se mai potrà mano concretamente alla riforma del codice civile – peraltro, particolarmente opportuna nella materia in esame, come si è avuto modo di considerare in termini più analitici in altra sede¹⁴ – non potrà ignorare il mutato ed evoluto rapporto tra il giudice (*rectius*, il diritto vivente) e la clausola generale, che consente di inserire nella disposizione normativa, sempre più di frequente, il riferimento alla buona fede, reiterando nella descrizione

¹⁴ Ci si permette di rinviare al contributo di chi scrive *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, 2020, V, 102, ove, dopo una necessaria breve premessa storico-comparativa, è stato esaminato il rapporto tra il modello dominante nella tradizione civilistica del contratto come fattispecie (atto costitutivo o traslativo di diritti) e l'esigenza di valorizzare l'esecuzione (nel tempo) del rapporto, nel confronto tra la disciplina "generale" e le norme sui "singoli contratti", per poi considerare le tecniche e gli strumenti per l'adeguamento e la rinegoziazione, in funzione conservativa del rapporto in corso di esecuzione, anche alla luce di recenti esperienze di codificazione delle norme in tema di adeguamento e rinegoziazione del contratto "in generale", dalle quali possono trarsi utili spunti per la riforma del codice civile.

della fattispecie un richiamo che già, nel nostro codice, compare molte volte nelle disposizioni generali e, si direbbe, generalissime (come emblematicamente dimostrano gli artt. 1175 e 1375 c.c.).

Il ricorso a clausole generali, standard valutativi delle condotte e dei rapporti, principi generali di matrice costituzionale, indici normativi e regolamentari di varia provenienza (anche da altri ordinamenti o sistemi giuridici, nonché da atti e documenti di matrice sovranazionale), ritenuti utili a costruire l'argomentazione più plausibile per realizzare un risultato di giustizia sostanziale, è sempre più familiare alla giurisprudenza, evidenziando tale nuovo approccio delle corti al "problema" come l'evoluzione del "sistema" vada svolgendosi con modalità del tutto diverse da quanto accadeva nel passato (anche recente, ossia soltanto di qualche decennio addietro).

Il notevole contributo fornito dalla giurisprudenza, in modo particolare quella di legittimità, nell'ultimo ventennio o poco più, al superamento di dogmi e vetusti pregiudizi, che per lungo tempo hanno condizionato l'evoluzione del diritto privato e, in modo particolare, la disciplina dei contratti e dei rapporti patrimoniali – non di rado ai danni, altresì, dell'affermazione dell'eguaglianza sostanziale, essendo del resto considerata quest'ultima valore estraneo al diritto dei contratti, sempre in conseguenza di risalenti e consolidati preconcetti –, consente oggi di guardare con fiducia alla riformulazione di norme di carattere generale, in quanto tali autenticamente espressive della struttura e dei contenuti di un codice civile, mediante le quali il legislatore si sforza di coniugare la costruzione della fattispecie affidata al legislatore con l'uso di clausole e principi generali, la cui applicazione, nella concretezza delle circostanze, non può che essere a carico del giudice (in questo senso, maggiormente responsabilizzato, rispetto al passato, nel formulare un percorso argomentativo convincente e, in ogni caso, più articolato di quello tradizionalmente affidato alla logica interpretativa e applicativa di tipo sillogistico).

4. La 'generalizzazione' di norme e principi maturati in particolari contesti del diritto contrattuale come spinta alla 'modernizzazione' della parte generale del contratto

Le esemplificazioni cui ci si è riferiti, tanto la vicenda giuridica dell'abuso di dipendenza economica, quanto quella delle sopravvenienze (in termini di ricerca della più adeguata disciplina legislativa, ove mai si dovesse porre mano alla riforma del codice civile), inducono, infine, a considerare – sia pure nella sommarietà che s'impone – alcune recenti esperienze straniere.

Queste ultime sembrano infatti confermare, per un verso le considerazioni sin qui svolte, evidenziando l'esigenza avvertita un po' ovunque di dotare

il codice civile di disposizioni autenticamente innovative in ambito di diritto contrattuale generale, ove la fattispecie – emblematica è proprio la previsione dell'obbligo di rinegoziare – venga disegnata (se si preferisce, delimitata) dal legislatore, per altro verso la compatibilità tra la definizione della fattispecie e il ricorso a clausole generali (o standard di condotta), se non addirittura la necessità, si sarebbe tentati di dire, di una compresenza delle due componenti, spesso indicate sommariamente ed erroneamente in termini antitetici, così da consentire un'applicazione della norma realmente indirizzata al conseguimento di un risultato di giustizia sostanziale.

Il primo esempio viene dalla riforma del *Code civil* francese, relativamente alla disciplina del contratto in generale, ove il legislatore è stato indotto – anche nel contesto d'oltralpe, non a caso, da un'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale all'incirca ventennale – a codificare l'obbligo di rinegoziare, in presenza di determinati presupposti, con il risultato che l'ordinamento francese appare oggi, quasi paradossalmente (considerando l'avversione nettissima della tradizione dottrinale e giurisprudenziale civilistica nei confronti dell'*imprévision* in materia contrattuale, di cui si diceva in apertura) il più moderno o, se si preferisce, il più coraggioso nel coniugare la costruzione della fattispecie generativa dell'obbligo con la valutazione di buona fede della condotta dei contraenti.

La seconda esperienza significativa per la comparazione, sostanzialmente contemporanea alla riforma francese, è quella del rifacimento – si noti, integrale e non limitato al diritto dei contratti, con la scelta politica, non priva di significato nella prospettiva innovatrice, di fondere codice civile e di commercio in un'unica codificazione, secondo il modello italiano del 1942 – del codice argentino, nel quale compare una norma, non meno originale di quella francese appena ricordata, che il legislatore argentino ha voluto esplicitamente dedicare ai contratti di “lunga durata”, sancendo l'obbligo, a carico della parte che intenda risolvere il contratto, di offrire alla controparte la “opportunità ragionevole di rinegoziare in buona fede”, senza incorrere – prosegue la disposizione – nell'esercizio abusivo dei diritti.

La norma disciplina, in termini generali e attraverso il requisito essenziale dell'oggetto, l'esecuzione dei contratti di lunga durata, fissando il “dovere di collaborazione” delle parti, nel rispetto della “reciprocità delle obbligazioni contrattuali”. È sin troppo evidente che l'individuazione della nuova fattispecie, intesa ad attribuire rilevanza all'interesse delle parti alla realizzazione di un risultato perseguibile concretamente soltanto attraverso il rispetto delle regole di condotta, non avrebbe potuto aver luogo senza attribuire la dovuta rilevanza normativa a queste ultime regole, espresse da clausole generali o principi ordinanti. In altro luogo del codice, viene poi collocata la disciplina dello scioglimento del vincolo

contrattuale in ragione della “*frustración de la finalidad*”¹⁵ e della “*imprevisión*”¹⁶.

I legislatori delle riforme codicistiche appena ricordate sembrano avere, in entrambi i casi, piena consapevolezza del ruolo decisivo del giudice, chiamato a un compito – specialmente quando è in gioco l’adeguamento (*adaptation* o *adecuación*) e non soltanto la valutazione delle condotte dei contraenti, ai fini della decisione sullo scioglimento del contratto – cui non è abituato (se non altro considerando la tradizione franco-italiana, che ha certamente inciso anche sulla cultura giuridica argentina e sudamericana più in generale), se non altro in materia di autonomia contrattuale.

Allo stesso modo, si può notare come sia strettamente connesso alla funzione giurisdizionale – in qualche modo arricchita di compiti inusuali rispetto al passato, con lo scopo di garantire maggiore effettività alla tutela della parte interessata alla conservazione del vincolo contrattuale – il rilievo, nella riforma francese così come in quella argentina, delle clausole generali (*in primis*, la buona fede e la correttezza), senza dimenticare la rilevanza dell’equità (quale parametro di valutazione di un risultato ‘di giustizia’, che nello specifico contesto risulta non opportuno predeterminare *a priori* con la tecnica della fattispecie). Pur non potendosi discorrere di clausola generale in senso proprio, anche con riferimento a quest’ultima si pone un problema di valutazione (non di una condotta in senso stretto, bensì di un esito economico) affidata a una decisione giudiziale ad alto grado di discrezionalità, che esige un’attenta motivazione, ancora una volta lontana dalla rassicurante logica sillogistica.

È sin troppo evidente, a questo punto, che il potere/dovere del giudice di ‘intervenire’ nella dinamica esecutiva del contratto non potrà più essere negato sulla base di pregiudiziali, generiche, nonché obsolete affermazioni, che fanno

¹⁵ Si tratta dell’art. 1090: *La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.*

¹⁶ La norma è nell’art. 1091: *Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.*

capo alla c.d. “intangibilità del contratto” e/o al ruolo giudiziale (esclusivamente) “esterno” al regolamento d’interessi concordato tra le parti, invero sempre meno espressive della più sensibile dottrina civilistica, in questo senso in sintonia con la migliore giurisprudenza delle corti, sin dalla sua sede apicale della Cassazione.

Pochissime battute conclusive, per riprendere il tema della tavola rotonda e constatare innanzitutto che, tramontata oramai da tempo l’idea (avanzata in dottrina negli anni Sessanta) di una legislazione di diritto privato affidata, essenzialmente, a principi e clausole generali, la costruzione della fattispecie legislativamente tipizzata, intesa a definire con la maggiore precisione possibile i confini applicativi della norma e, in tal senso, inquadrabile in una dimensione di ‘specialità’ rimane sempre auspicabile e, in ogni caso, imprescindibile, ove si dovesse procedere alla riforma del codice civile.

La dialettica tra parte generale e singoli contesti è destinata, tuttavia, a mutare, rispetto al passato, dal momento che abbiamo da tempo compreso che, anche in materia di autonomia privata e disciplina dei contratti, il legislatore ricorre sempre più spesso a principi, standard valutativi e clausole generali, facendo sì che la disposizione legislativa abbia quella elasticità e ampiezza applicativa tale da consentire la realizzazione di un risultato improntato alla giustizia sostanziale. Un esito, quest’ultimo, indubbiamente auspicabile, ove si considerino i rapporti contrattuali esposti al rischio dello squilibrio – come nell’esemplificazione svolta sul principio di adeguamento e sull’obbligo di rinegoziare, come caratteri dei contratti di durata –, tanto originario quanto sopravvenuto.

Alla inevitabile ridefinizione del rapporto tra parte generale e singoli contesti normativi, si aggiunge il superamento dell’alternativa tra la fattispecie e le clausole generali ovvero i principi, in primo luogo quelli enunciati o desumibili dalle norme costituzionali, considerando l’esito applicativo delle norme civilistiche, che vede la giurisprudenza più sensibile impegnata nel tentativo di conferire a clausole generali e principi una sempre maggiore effettività in sede giurisdizionale. Si tratta, al contrario, di comprendere quale sia – o possa/debba essere, in una corretta prospettiva metodologica, in linea con l’evoluzione della cultura giuridica del nostro tempo – il modo migliore per valorizzare la coesistenza e la complementarità tra l’opera di individuazione e definizione della fattispecie che compete al legislatore (il quale, in tal modo, procede opportunamente alla tipizzazione del conflitto d’interessi e delle sue possibili soluzioni) e, dall’altro lato, l’impiego giurisprudenziale di clausole generali e principi, che possono essere richiamati nella disposizione legislativa, ma non devono esserlo necessariamente ai fini della loro applicazione nella concretezza delle circostanze e dello specifico conflitto d’interessi.

Nella dimensione, inedita ma anche autenticamente espressiva del nostro tempo, di un diritto civile inesorabilmente – e, si potrebbe aggiungere, fortuna-

tamente, in considerazione della complessità dei rapporti sociali in cui il diritto civile si trova a dover operare – oscillante “tra legge e giudizio”¹⁷, è evidente che al giudice s’imponga una continua ricerca dell’equilibrio, nella specificità del caso concreto, tra il necessario rispetto dei confini posti dal legislatore con la definizione della fattispecie e l’effettività di clausole generali e/o principi, che consentano, le prime così come i secondi, di ottenere un esito applicativo della norma in primo luogo coerente con il dettato legislativo, ma al contempo ispirato alla giustizia sostanziale della soluzione nello specifico conflitto.

È parimenti evidente che anche il timore del venir meno della prevedibilità e “calcolabilità” del diritto applicato, quasi che aleggi, dietro il ruolo nuovo che va assumendo la giurisprudenza – si sente talvolta discorrere, in termini non certo lusinghieri, di un non meglio precisato “attivismo giudiziario” –, il fantasma del c.d. “soggettivismo giudiziale” – altra formula utilizzata dagli avversari di un’evoluzione significativa del ruolo del giudice, che peraltro è eni fatti da tempo –, non ha senso (soprattutto, non sembra offrire valide alternative sul piano metodologico) il richiamo al possibile attentato alla “certezza del diritto”, che si vorrebbe ricollegare alla disponibilità della giurisprudenza a ragionare (e decidere) utilizzando clausole generali e/o principi costituzionali nel senso su esposto, quando manchi la disciplina affidata alla fattispecie legale e, di conseguenza, si dischiuda un più ampio spazio per la “concretizzazione” della clausola generale.

¹⁷ I numerosi risvolti dell’attualissima problematica sono esaminati magistralmente da N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

Le clausole generali ed i principi nell'applicazione della parte generale del contratto

SOMMARIO: 1. Il diritto dei contratti e il 'tempo dei principi'. – 2. I principi 'oltre' la legge?. – 3. Il problema della giustizia contrattuale. – 4. Un'esemplificazione: la 'clausola generale' di meritevolezza degli interessi: le coordinate dottrinali. – 5. Segue. Le applicazioni giurisprudenziali.

1. Il diritto dei contratti e il "tempo dei principi"

Quasi quindici anni fa, Nicolò Lipari, nell'ambito del suo percorso di riflessione sulle fonti del diritto, rimetteva a fuoco il dibattito sul diritto giurisprudenziale, sottolineando come quest'ultimo non dovesse essere inteso "come fonte alternativa o parallela rispetto ad un diritto legale, ma...quale criterio di lettura dell'esperienza giuridica nella sua proiezione processuale"¹. Su tale premessa, egli perveniva all'affermazione che la giurisprudenza non si limita ad offrire la conoscenza di un diritto già formato, perché anzi contribuisce essa stessa alla formazione del diritto: così da condurre a qualificare come assurda una posizione che intendesse escludere la giurisprudenza dalle fonti del diritto².

Venivano creati, in questo modo, i presupposti per l'individuazione, in un successivo momento della riflessione del medesimo Autore³, di uno sviluppo "dalla consolidata struttura di un diritto consegnato ad un sistema di enunciati, alla mobile, ma storicamente viva, realtà di un diritto che si articola in una molteplicità di situazioni, di vicende, di esiti", delineando un quadro in cui "dottrina e giurisprudenza, confrontandosi tra loro e cercando mediazio-

¹ Così N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 32.

² In questi termini, N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, 152. L'Autore aveva comunque cura di precisare che la posizione da lui assegnata alla giurisprudenza nella costruzione del sistema non escludeva "la specificità dei ruoli e l'autonomia delle funzioni nonché la maggiore libertà del legislatore, posto che non è legato dal necessario riferimento alla specificità di un testo, fermo restando tuttavia il rischio che un suo enunciato, privo di raccordi con le convinzioni sociali, possa essere destinato a restare lettera morta (anche in funzione dei risultati interpretativi).

³ Cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 55-56.

ni storicamente comprensibili, pure nella loro inevitabile temporaneità, si sforzano di cercare un punto di equilibrio, riaffermando, nella stagione del postmoderno, la verità dell'affermazione di Capograssi". Già in quella sede, dunque, la conclusione era che "Davvero la scienza – assunta nella pienezza della sua dimensione teorico – pratica – è l'unica fonte del diritto": una scienza chiamata a servirsi, e sia pure in una prospettiva profondamente rinnovata rispetto al passato, dello strumentario delle categorie, posto che, come osservava di nuovo l'Autore della cui guida ci stiamo avvalendo per un primo approccio al problema oggetto di queste riflessioni, "Il richiamo alle categorie giuridiche...può oggi funzionare da valvola di apertura per fare del diritto civile una più penetrante chiave di lettura delle esigenze del tempo presente, nel tentativo di salvare la riflessione giuridica dalla pericolosa deriva di quel nichilismo che vuol tutto ridurre alla ratifica procedurale dei rapporti di forza, così negando la stessa funzione storica e al tempo stesso il valore intrinsecamente etico della giuridicità"⁴.

Coordinate simili a quelle sottese al discorso appena evocato si colgono, in questo stesso volgere di anni, anche nel pensiero di altri Autori. Basti rammentare, ad esempio, le riflessioni di chi ha invitato il giurista a spingersi oltre la legalità, considerata come "vocabolo/concetto intrinsecamente monodico, incapace di esprimere quella realtà polifonica che è oggi, anche sul continente, la dimensione giuridica", nella convinzione della necessità di "non smentire un preciso carattere del nostro tempo, contrassegnato da un manifesto ritorno al diritto...a un diritto che ha recuperato tutta la sua latitudine di ordinamento della convivenza umana"⁵; ovvero ancora il disegno del bravo giurista che emerge da un recentissimo contributo, disegno nel quale la capacità del giurista di cogliere tutte le caratteristiche della controversia che è chiamato a decidere deve andare di pari passo con quella di saperle "filtrare secondo gli schemi e le regole appropriati al caso e secondo i valori che la carta costituzionale ci raccomanda"⁶.

La stessa prospettiva, che chiama alla rilevazione di tutte le sfaccettature della vicenda di vita oggetto della decisione, è alla base, del resto, della recentissima attenzione metodologica verso la ragionevolezza come tecnica argomentativa cardine dell'interprete: una "ragionevolezza (che) non può mai essere valutata in astratto" dato che "la sua natura intrinsecamente relazionale e dinamica esige una

⁴ Così N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 42.

⁵ Cfr. P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari – Roma, 2020, 30, nel solco di spunti poi ripresi, ancora più di recente, in P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno*, Milano, 2021, in particolare 45 ss.

⁶ Così F. DI MARZIO, *La ricerca del diritto*, Bari – Roma, 2021, 129.

valutazione raccordata alla specificità della situazione concreta, alle peculiarità dei soggetti implicati, alla natura ed alla misura degli interessi coinvolti...⁷.

Sono sufficienti queste brevi considerazioni per rendersi conto che la messa a punto dei rapporti tra 'legge' e 'giudizio', per rievocare qui i termini intorno ai quali è impernata una delle opere che ci sono servite per impostare questi primi momenti del discorso, costituisce davvero uno degli snodi di maggiore rilievo della riflessione dello studioso del diritto civile, così come si è venuta delineando in questi ultimi anni, nell'ambito di una stagione che, con una formula forse un po' semplificante, potrebbe essere definita come il tempo dei principi e che interpella anche, ed in pieno, il problema del ruolo degli stessi, oltre che delle clausole generali, in sede di applicazione della parte generale del contratto ai singoli ambiti. Ed anche qui risulta particolarmente preziosa l'indicazione di chi si è venuto confrontando con particolare sensibilità con questi temi, osservando, dapprima, che "nel richiamo ai principi, sempre storicamente sottoposti a revisione ma mai riconducibili a mere opzioni legate a giochi di forza, si coglie la rivendicazione da parte del giurista di un ruolo, che, nella sua intrinseca autenticità, non può che rifiutare le pressioni della politica per riconnettersi alle più genuine ragioni del vivere sociale"⁸; e poi sottolineando che "l'interpretazione per principi è diventata oggi coesistente al procedimento applicativo del diritto, condannando ad un inesorabile insuccesso il tentativo dei teorici del nichilismo, i quali, nella volontà di arginare la pretesa irrazionalità che sarebbe necessariamente connessa a una decisione secondo principi, auspicano una sorta di sordina costituzionale con conseguente ritorno ad una legge ordinaria disciplinata secondo fattispecie e che quindi sia in grado di interrompere l'immediatezza del confronto fra principi (o valori) e fatti concreti'..."⁹.

2. I principi 'oltre' la legge?

L'ipotesi fin qui tratteggiata, nel solco di alcune testimonianze culturali di questi ultimi anni, e che consente di descrivere non arbitrariamente la stagione che stiamo vivendo come il tempo dei principi, così reimpostando radicalmente rispetto al passato il ruolo del giudice, chiamato appunto a concretizzare i principi nella singola vicenda di vita controversa, è, a nostro avviso, facilmente verifica-

⁷ Cfr. N. LIPARI, *Contratto e principio di ragionevolezza*, in *Enc. dir., – I tematici, Il contratto*, Milano, 2021, 356 ss.

⁸ Cfr. N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., 226. Non casualmente, del resto, in un'altra delle opere di Lipari che hanno scandito quest'ultimo quindicennio (*Diritto civile e ragione*, Milano, 2019) il cap. II descrive il passaggio dalle fonti ai principi.

⁹ Così N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, Bologna, 2021, 55-56.

bile sulla base della ricognizione di alcuni casi giurisprudenziali che si collocano tutti all'interno dell'ultimo quindicennio e che si prestano in effetti largamente ad essere collocati nella prospettiva dell'applicazione dei principi, e delle clausole generali, così come ricostruibili a livello di disciplina di parte generale del contratto, ai singoli ambiti problematici.

Si pensi alla decisione¹⁰, nell'ordito argomentativo della quale è stato ravvisato un punto di emersione proprio di quella clausola generale o principio (la meritevolezza dell'interesse) di cui discorreremo più ampiamente tra breve, che ha ravvisato in un'applicazione in presa diretta dei principi generali costituzionali degli artt. 2, 29 e 30 Cost. la tecnica argomentativa attraverso la quale colpire con la sanzione della nullità la clausola di un contratto di locazione che, sotto pena della risoluzione di diritto del contratto, faceva divieto al conduttore di ospitare non temporaneamente persone estranee al nucleo familiare anagrafico, quale indicato all'atto della stipula del contratto. In questo modo, tuttavia, è stata accreditata – è opportuno osservarlo fin da ora – una soluzione che appare innanzi tutto carente sul piano del controllo, secondo buona fede, della razionalità della scelta contrattuale estrinsecata nella clausola: razionalità che qui poteva essere ravvisata nell'interesse del locatore ad evitare modalità di uso dell'immobile tali da comprometterne, quanto meno in via potenziale, la buona conservazione; e che non considera, poi, che l'esigenza di inibire atti di esercizio, da parte del locatore, del diritto discendente dalla clausola, che risultino tali da impedire modalità di sviluppo della personalità del conduttore costituzionalmente garantite (come, ad esempio, il diritto di scegliere, e di cambiare, il proprio partner e, dunque, la persona con cui convivere), avrebbe potuto più opportunamente essere affidata alla regola di buona fede nell'esecuzione del contratto, così come arricchita, dal punto di vista dei valori, al richiamo forte alla dignità, contenuto anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹¹.

¹⁰ Il riferimento è a Cass. 19 giugno 2009 n. 14343, in *Corr. giur.*, 2010, 58, con nota di N. Izzo.

¹¹ L'argomento svolto nel testo potrebbe sembrare confutato da quanto, in epoca ormai non più recente, autorevolmente sostenuto da L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, 10, secondo il quale "in generale si può dire che il contenuto assiologico della clausola della correttezza e della buona fede è sempre in grado, per chi sappia e voglia leggerla, di tradursi in giudizi di dover essere appropriati al caso concreto, senza bisogno di stampe costituzionali": in realtà, sembra che l'ammonimento di Mengoni possa essere inteso in senso conforme a quanto qui sostenuto, laddove mette in guardia da una troppo facile utilizzazione in presa diretta dei principi costituzionali quale sostegno argomentativo di decisioni che si possano più direttamente fondare sul canone di buona fede, la cui concretizzazione presuppone peraltro comunque la ricerca di "standards valutativi socialmente accreditati" (così L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 18), che ben possono essere reperiti anche in fonti di rango costituzionale.

Dal canto suo, l'accreditamento, da parte di un'altra, ed assai nota, pronuncia¹² dell'abuso del diritto come tecnica di controllo dell'autonomia privata, in un contesto tipicamente relazionale, qual è quello dell'esercizio di un diritto potestativo di fonte contrattuale, sconta il limite metodologico della scelta di un principio – quello dell'abuso del diritto – meno specifico (oltre che di statuto normativo ancora quanto meno controverso, nonostante la previsione dell'art. 54 della Carta dei diritti), rispetto alla clausola generale di buona fede, che sarebbe stata invece di per sé certamente idonea a costituire una stregua di valutazione dell'atto di esercizio del diritto di recesso anche sul piano della razionalità del medesimo¹³, intesa come congruenza rispetto agli interessi perseguiti con esso; e questo fermo restando che, come è stato opportunamente notato, la buona fede è certamente in grado di conferire fondamento alla pretesa che i diritti derivanti dal contratto non siano esercitati con modalità tali da pregiudicare "l'interesse di controparte in misura superiore a quanto necessario per soddisfare l'interesse proprio (quale consacrato nel regolamento contrattuale, e/o previsto da norme di legge), ma non può servire a far venire meno diritti che (validamente, e) lecitamente il contratto o la legge attribuiscono al contraente, oppure a creare obblighi che già non discendano dal contratto o dalla legge (a meno che non si tratti di obblighi meramente 'accessori' e strumentali, ossia attinenti alle semplici modalità di adempimento degli obblighi principali, o alle modalità di esercizio corretto del proprio diritto)"¹⁴.

Altrettanto note sono le due ordinanze della Corte Costituzionale¹⁵ che hanno ritenuto che l'assenza di una previsione normativa sulla riducibilità della caparra confirmatoria eccessiva e l'esistenza di un 'diritto vivente' che escludeva l'applicazione analogica a tale ipotesi dell'art. 1384 c.c. non fossero tali da determinare

¹² Si intende alludere a Cass. 18 settembre 2009 n. 20106, pubblicata, tra gli altri luoghi in *Nuova giur. civ., comm.*, 2010, I, 231 ss. e sulla quale si vedano, ivi, II, gli scritti di M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18.9.2009, n. 20106)*; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, 139 ss.; F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto tra le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, 148 ss.. La sentenza è pubblicata anche in *Contratti*, 2010, 5 ss., con nota di D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*

¹³ Ci si permetta, sul punto, il rinvio a quanto osservavamo già ormai quasi venti anni fa in *Buona fede e recesso dal contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, pp. 797 s..

¹⁴ Per questa critica, cfr. G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, – *I tematici*, *Il contratto*, cit., 602.

¹⁵ Si tratta di Corte Cost., ord. 24 ottobre 2013 n. 248, pubblicata tra l'altro in *Contratti*, 2014, 926 ss., con nota di D'Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria 'eccessiva' e della analoga Corte Cost.*, ord. 2 aprile 2014 n. 77.

un problema di illegittimità costituzionale dell'art. 1385, co. 2° c.c.; infatti, secondo l'impostazione della Corte, il giudice del merito ben avrebbe potuto proporre un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina di riferimento, pervenendo al rilievo d'ufficio "della nullità (totale o parziale) ex articolo 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost., (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis normativa*, 'funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato'"¹⁶. Ed anche in questo caso l'impostazione è apparsa per molti aspetti eversiva dell'attuale sistema del diritto dei contratti: infatti, se "i 'principi' costituzionali (e le clausole generali) sono direttamente idonei a conformare il potere di autonomia privata, viene 'relativizzata' d'un solo colpo qualsiasi regolamentazione legale dell'esercizio di tale potere, perché qualsiasi limite potrà (più o meno agevolmente) ricondursi ad un principio costituzionale (o ad una clausola generale), sicché la sua esplicita previsione da parte del legislatore non aggiungerebbe nulla che non sia già immanente nel 'sistema', e, per converso, la mancata previsione espressa non impedirebbe affatto di affermare comunque l'esistenza del limite (ricavandolo da principi e clausole generali)"¹⁷.

All'interno di questa – pur certamente incompleta, se non per alcuni aspetti arbitraria – ricognizione, merita qualche cenno, infine, la recentissima decisione¹⁸ per mezzo della quale ancora una volta l'abuso del diritto, disegnato in un intreccio non sempre lineare con la clausola generale di buona fede, è stato ritenuto idoneo ad attribuire rilevanza alla perdurante inerzia del creditore di un diritto nel pretendere l'adempimento al fine di determinare l'estinzione del diritto stesso: ed infatti la chiave per risolvere la questione appena evocata è stata ravvisata nell'esigenza di impedire che "il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio

¹⁶ Così la motivazione di Corte Cost. n. 248/2013; svolgimenti argomentativi identici si trovano anche in Corte Cost. n. 77/14.

¹⁷ Così G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali ecc.*, cit., 933,

¹⁸ Il riferimento è a Cass. 14 giugno 2021 n. 16743, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 1043 ss., alla quale si riferiscono, ivi, i commenti di G. D'AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, II, 1164 ss.; F. MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, 1171 ss.; M. ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, 1179 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di cassazione*, 1186 ss.

della controparte contrattuale, al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono stati attribuiti”, così entrando in gioco un ulteriore principio generale, e cioè quello di proporzionalità, intesa come “proporzionalità dei mezzi usati rispetto agli interessi regolati convenzionalmente”.

Anche la lettura di questo caso attraverso il prisma della dialettica tra ‘legge’ e ‘giudizio’ offre spunti di riflessione di rilievo; si coglie, infatti, una sorta di esuberanza argomentativa della decisione, resa ancora più percepibile come tale dalla scelta di privilegiare, ai fini della soluzione della vicenda controversa, la via dell’applicazione diretta di principi assai impegnativi dal punto di vista della ‘densità’ assiologica che esprimono (la buona fede e l’abuso del diritto), se non decisamente opinabili sotto il profilo del loro statuto normativo ed operativo, come la proporzionalità.

È certamente vero che questo incedere argomentativo della sentenza non sembra ricollegabile, qui, tanto a quella che era stata, ancora di recente, definita in termini di *principolatrie*¹⁹ nell’ambito del dibattito svoltosi in Francia circa il progetto di riforma del *Code civil* dapprima presentato (e poi largamente superato dalla riforma infine entrata in vigore, soprattutto sul punto specifico della posizione da riservare ai principi nella disciplina del diritto dei contratti²⁰) quanto alle peculiarità delle posizioni difensive delle parti contendenti²¹. Resta tuttavia la perplessità determinata dall’enunciazione di un principio di diritto²² che, così come è formulato, rispecchia fino in fondo l’oscillare della motivazione tra l’enfasi posta sulla buona fede e sull’abuso del diritto, da un lato, e la consapevolezza che, in fondo, è decisivo, per affermare l’esistenza di una vicenda estintiva di un diritto prima della maturazione del termine prescrizione, poter cogliere qualche punto di emersione della volontà delle parti del rapporto, idoneo a produrre il corrispondente effetto.

¹⁹ Cfr., in questi termini, proprio con riferimento al principio di proporzionalità, che è – tra tutti quelli evocati dalla sentenza – probabilmente quello meno attinente alla materia controversa, Terré, *La proportionnalité comme principe*, in *La semaine juridique*, n. 25, 15 giugno 2009, 54 s.

²⁰ Cfr., sul punto, RENDE, *Contrat d’adhesion e giustizia contrattuale nel Code civil riformato*, in *Giust. Civ.*, 2021, 347 ss., e, ivi, nota 4, dove, nel solco del *Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016*, si richiama l’attenzione sulla consapevolezza della scelta del legislatore di evitare di qualificare le regole introduttive alla disciplina dei contratti racchiuse negli artt. 1101 ss. come principi, per non accreditare l’idea che le disposizioni in esame avessero un rango superiore rispetto alle altre, venendo piuttosto in considerazione quelle regole al fine di interpretare, e se del caso integrare, la disciplina normativa.

²¹ Per la più articolata esposizione delle quali si rinvia al nostro, *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di cassazione*, cit., 1188, 1192.

²² Quello che si legge al § 36 della motivazione.

In altre parole, ed a voler seguire coerentemente l'impostazione (in un certo senso, imposta alla Corte di Cassazione, nel caso che abbiamo da ultimo citato, dal contenuto della sentenza d'appello e dalle difese delle parti in sede di legittimità) imperniata sulla clausola generale di buona fede e sull'abuso del diritto, la soluzione da seguire sarebbe stata quella di affermare l'inammissibilità della domanda giudiziale abusivamente proposta, senza necessità di ricorrere – come fa invece il principio di diritto enunciato dalla sentenza – all'idea di “un affidamento nella remissione del diritto di credito da parte del locatore *per facta concludentia*”, che diventa, in quel quadro argomentativo, un fuor d'opera.

3. Il problema della giustizia contrattuale

Il quadro fin qui descritto potrebbe accreditare in effetti l'immagine, già da tempo evocata con preoccupazione, del “dilagare di un modello argomentativo in cui il giudice attinge direttamente la soluzione del caso concreto dalla dimensione dei principi, quasi disinteressandosi della mediazione delle regole, così condannate ad un progressivo deperimento”, tale da risolversi in un'autentica egemonia dei principi “insidiosa perché vestita di pretese moralizzanti, aggravata da un uso disinvolto e grossolano degli stessi (che) incide negativamente sul tasso di prevedibilità delle decisioni e disvela una deriva che – magari sotto le mentite spoglie della giustizia contrattuale – nasconde lo spettro dell'arbitrio del giudice”²³.

È in effetti proprio sul piano della giustizia contrattuale che, come è stato osservato da ultimo, emerge il grado massimo di tensione all'interno di quel rapporto tra la legge ed il giudizio²⁴ che abbiamo scelto come ambito di svolgimento di queste considerazioni. Infatti, ed in un contesto storico e normativo in cui pure l'intervento legislativo si faceva più penetrante ed incisivo al fine di risolvere il problema delle asimmetrie di potere contrattuale e degli squilibri che le stesse determinavano tra le parti del rapporto, si è delineato – nei termini che, sia pure solo in minima parte, risultano da alcuni degli snodi giurisprudenziali poc'anzi passati in rassegna – ed è stato utilizzato in maniera sempre più pervasiva dagli interpreti, un nucleo di ‘principi generali’, a sua volta in via di espansione al proprio interno. Di qui l'entrare in gioco, da un lato, di principi (o, forse, clausole

²³ Cfr. C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, 58.

²⁴ Si vedano, infatti, le considerazioni di G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir – i tematici*, cit., in particolare, 604 ss.

generali²⁵) dotati di un univoco referente normativo, come la buona fede o la meritevolezza dell'interesse²⁶ (sulla quale, come si è già anticipato, si tornerà tra breve); dall'altro, anche l'accreditamento di principi, come la proporzionalità, o, ancora più di recente, la ragionevolezza, indubbiamente fascinosi ma in larga misura ancora da mettere a punto, sotto il profilo del loro preciso radicamento normativo: tutti, comunque, accomunati dalla idoneità (effettiva o ritenuta tale) ad accreditare un generale potere giudiziale di intervento sull'assetto di interessi realizzato col contratto, nella prospettiva del raggiungimento di obiettivi di riequilibrio di posizioni contrattuali asimmetriche o sperequate.

In questo quadro si colloca l'immagine, efficacemente proposta in dottrina con accenti critici, di un giudice che si pone in concorrenza con il legislatore, al fine di individuare sempre nuove debolezze da proteggere e nuovi rimedi da modulare in termini reputati via via più adeguati a soddisfare il bisogno di tutela effettiva dei diritti²⁷; e nel medesimo contesto si inserisce anche l'idea – talora condivisa, ed altre volte aspramente contrastata – di un superamento, o crisi²⁸, della fattispecie, quale quello che sarebbe prodotto dall'abbandono del metodo sussuntivo tradizionale (che impone al giudice di trovare, per ciascuna vicenda di vita sottoposta alla sua cognizione, una fattispecie normativa astratta in grado di offrirle disciplina) a favore di un metodo di decisione e di argomentazione che ponga invece il giudice a contatto con i principi, fino ad attingere egli stesso quella che, secondo una formula particolarmente felice per la sua espressività, viene ormai da tempo definita la legalità del caso²⁹.

Non è certamente questa la sede in cui poter anche soltanto prefigurare le linee di una possibile messa a punto del tema della giustizia contrattuale, tanto meno nella dimensione della tensione, se non proprio frizione, tra momento della legge e momento del giudizio. Eppure una considerazione in un certo metodologica forse è possibile proporla, anche qui nel solco di un'indicazione assai recente e par-

²⁵ Per una messa a punto della nozione di clausola generale, anche nel suo rapporto con quella di principi generali e di concetti giuridici indeterminati cfr. V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, Milano, 2010, 30 ss.

²⁶ Peraltro, sia la prima che la seconda, sovente caricati di un significato assai diverso rispetto a quello consegnato dalla tradizione: cfr., per quel che concerne in particolare, l'evoluzione ultima del concetto di meritevolezza dell'interesse, F. PIRAINO, *Meritevolezza degli interessi*, in *Enc. dir – i tematici*, cit., 667 ss.

²⁷ La propone G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, cit., 605.

²⁸ Il merito di avere richiamato tra i primi, ed in maniera particolarmente lucida, l'attenzione della dottrina su questo fenomeno è di N. IRTI, *Crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss.

²⁹ Cfr. F. VIOLA, in *La Corte Costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale*, I, Napoli, 2007, 315 ss.

ticolarmente acuta: ciò che rende la prospettiva del singolo caso, e dunque della singola, concreta vicenda contrattuale, inadatta ad offrire una risposta al problema della giustizia contrattuale è l'eccesso di funzioni, che, in questo modo, si finirebbe per attribuire alla dimensione della regolamentazione, che è suscettibile di essere attuata per mezzo della decisione del caso da parte del giudice³⁰. Ed allora il problema della giustizia contrattuale potrebbe semmai trovare una collocazione, all'interno del discorso sul contratto, attraverso un'argomentazione filtrata dall'utilizzazione rigorosa di categorie normative collaudate, anche se a loro volta in costante evoluzione: come accade, in particolare, con la categoria della causa del contratto, nella misura in cui quest'ultima riesce ad esprimere un controllo che, piuttosto e prima ancora che di giustizia, è di razionalità dell'operazione economica, rispetto agli interessi dei quali erano portatori i contraenti e che hanno trovato disciplina nel contratto³¹. Del resto, e come è stato efficacemente notato di recente in un'assai articolata prospettiva epistemologica, il prezzo di un abbandono delle 'categorie', sia pure riportate al grado zero della loro costruzione, può essere assai elevato³².

4. Un'esemplificazione: la 'clausola generale' di meritevolezza degli interessi: le coordinate dottrinali

Si è già fatto cenno alla circostanza che un banco di prova particolarmente significativo del modo in cui principi o clausole generali trovino applicazione ai singoli contesti problematici del diritto dei contratti può essere rappresentato da quella che è ormai correntemente definita appunto come una clausola generale³³

³⁰ Secondo G. D'AMICO, *La giustizia contrattuale*, cit., 606, la cui posizione viene evocata nel testo, "un contratto sul quale venga fatto gravare il peso delle 'disuguaglianze sostanziali' e a cui si attribuisca la funzione di superarle in nome della 'giustizia' è un istituto che viene caricato di un compito che esso non può assolvere e nel corpo del quale viene innestato un principio capace di portare alla dissoluzione dell'organismo del quale è entrato a far parte".

³¹ Per la più ampia esposizione di questa prospettiva, ci si permetta il rinvio al nostro *Prospettive della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, Milano, 2006, II, *Il regolamento*, a cura di Vettori, 83 ss.

³² Si vedano le considerazioni di B. MONTANARI, *La figura del giurista al tempo del "post pensiero"*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 423 ss.

³³ Sulla meritevolezza degli interessi come clausola generale, cfr. V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e meritevolezza*, in *Storia Metodo Cultura, La meritevolezza*, 1/2022, 13 ss. Si veda anche, per una messa a punto, dall'angolo visuale dello storico, del percorso che ha condotto ad una rinnovata fortuna del concetto di meritevolezza degli interessi, SABBIONETI, *La rivincita della meritevolezza: una fiaba giuridica della postmodernità*, in *Storia Metodo Cultura*, cit., 245 ss. nonché, dalla prospettiva del civilista, E. MINERVINI, *La 'meritevolezza' del contratto. Una lettura dell'art. 1322 comma 2 c.c.*, Torino, 2019.

di questo settore di disciplina. Il riferimento è alla meritevolezza dell'interesse che, ad onta di una collocazione all'interno del sistema del codice civile del 1942 – com'è noto, all'art. 1322, 2° co. c.c. – che pareva circoscriverne la rilevanza a tecnica di controllo dell'esplicazione dell'autonomia privata in sede di creazione di schemi contrattuali atipici e di una prima fase della riflessione su di essa largamente condizionata dall'impostazione ideologica originaria del codice, ha dato luogo negli ultimi anni a sviluppi applicativi di estremo rilievo anche dal punto di vista delle strategie argomentative delle decisioni: cosicché l'illustrazione di queste ultime può assumere un significato particolare all'interno del discorso qui svolto.

Una recentissima messa a punto dottrinale del problema della meritevolezza degli interessi ha sottolineato la sua piena inclusione all'interno del discorso sulla causa del contratto³⁴: così riannodando la riflessione sulla meritevolezza di interessi appunto alla categoria della quale si è fatto cenno poc'anzi nella prospettiva critica di un discorso sulla causa del contratto.

È opportuno premettere che, secondo l'impostazione dottrinale della quale si è fatto cenno, la scelta del legislatore del 1942 di etichettare come meritevolezza degli interessi un problema causale (perché attinente sia alla dimensione materiale degli interessi da regolare, sia alla giustificazione delle modificazioni della situazione giuridica e materiale preesistente attuate dall'autonomia privata), nel contesto dell'assenza di un richiamo interno dall'art. 1322 agli artt. 1343 e 1418, avrebbe determinato un processo di neutralizzazione del requisito della meritevolezza, reso particolarmente rigoroso dalla percezione di quest'ultimo come un punto di emersione dell'ideologia fascista. Ne sarebbe disceso il corollario di una sorta di rigetto del requisito della meritevolezza nell'assetto ordinamentale venutosi a creare all'indomani della caduta del regime³⁵ e soprattutto ad opera dell'indirizzo culturale che è stato definito liberal – liberista, senz'altro prevalente dopo la caduta del regime fascista ed impegnato “nella sterilizzazione delle letture in chiave social – tipologica tramite la sovrapposizione della meritevolezza alla liceità”³⁶. In questo ordine di idee, si collocherebbero, poi, ed anche in tempi

³⁴ Così F. PIRAINO, *Meritevolezza degli interessi*, in *Enc. dir. – I tematici, Contratto*, cit., 675, il quale sottolinea che la meritevolezza degli interessi rappresenta la riformulazione del requisito della ‘causa idonea’ suggerito da Emilio Betti, configurandosi come espressione della duplice funzione che anche prima della codificazione si era andata attribuendo al requisito della causa del negozio giuridico. Un'analoga sensibilità si coglie, anche da una suggestiva prospettiva semantica, nel contributo di T. DALLA MASSARA, *La causa come segno della meritevolezza: la parola, l'idea e la 'cosa'*, in *Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica*, cit., 28 ss.

³⁵ Così F. PIRAINO, *Meritevolezza degli interessi*, 679 ss.

³⁶ Per questo passaggio, cfr. ancora F. PIRAINO, *Meritevolezza degli interessi*, 677.

recenti, proposte ricostruttive che respingono senz'altro la possibilità di un sindacato, autonomo dal giudizio di liceità, inteso alla verifica di un'eventuale utilità sociale del contratto atipico, così ammettendo anche contratti posti in essere per bisogni esclusivamente individuali ed inidonei a produrre alcuna utilità sociale; mentre all'obiezione secondo la quale, in questo modo, si finirebbe per creare una sovrapposizione tra art. 1322 e 1343, si ribatte, da parte delle proposte appena evocate, e come si è già accennato, che accreditare l'esistenza di una norma inutile perché ripetitiva sarebbe pur sempre preferibile rispetto all'inserimento nel sistema di una norma dotata di significati che allo stesso ripugnano. Pertanto, alla meritevolezza dovrebbe essere affidata piuttosto una sorta di funzione antielusiva, tale da apprestare un presidio sostanziale della liceità, così prevenendo il rischio che per mezzo dei contratti atipici si producano effetti nella sostanza analoghi a quelli proibiti dalle norme imperative, per lo più modellate assumendo come termine di riferimento i contratti tipici³⁷.

Accanto a letture, quale quella appena richiamata, che hanno perseguito un disegno di ridimensionamento, se non – ancora una volta – di sterilizzazione del requisito della meritevolezza dell'interesse³⁸, se ne sono venute formando (nel quadro di un'attenzione sempre più viva ad istanze ascrivibili, nella loro diversità, al valore della solidarietà) altre di segno radicalmente opposto, pronte ad attribuire alla meritevolezza il compito di assicurare la funzionalizzazione dell'autonomia privata al perseguimento di interessi sovraindividuali e, dunque, secondo una linea (sul piano del metodo, non certo dei valori avuti di mira) in fondo non dissimile da quella sottesa all'impostazione originaria del codice civile³⁹. Proprio per questa ragione non sembra in effetti sostenibile fino in fondo l'assunto secondo il quale, nel contesto di una progressiva equiparazione tra regole e principi, si sarebbe giunti a ritenere superflua la mediazione dell'art. 1322

³⁷ Questa è nella sostanza la posizione di V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 402-403.

³⁸ Si veda il quadro puntuale che ne offre, da ultimo, F. PIRAINO, *Meritevolezza degli interessi*, cit., 680 ss. Questo Autore è, poi, tornato ancora più di recente sull'argomento: *La meritevolezza degli interessi. Genesi, evoluzione, concetto e applicazioni*, in *Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica*, cit., 89 ss. Secondo SACCO *Interesse meritevole di tutela*, in *Dig. Disc. priv. – sez. civ.*, Agg., V, Utet, 2010, 783, la giurisprudenza avrebbe utilizzato l'art. 1322 «come puro schermo, per colpire contratti visibilmente contrari ai buoni costumi». Dal canto suo, A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 799, accredita di fatto una lettura abrogatrice della disposizione.

³⁹ In questa prospettiva F. PIRAINO, *Meritevolezza degli interessi*, cit., 682 e nt. 119-122, menziona le proposte ricostruttive che hanno riferito il giudizio di meritevolezza all'impegno responsabile alla creazione di valori produttivi, alla realizzazione delle linee di politica economica generale, ovvero ancora al pieno sviluppo della persona umana ed alla conservazione dell'ambiente.

all'interno del giudizio di utilità sociale dell'autonomia privata, volto a verificare se la causa concreta del contratto contrasti con interessi sociali rilevanti sul piano costituzionale e, dunque, si sarebbe proposta un'impostazione formalmente analoga a quella proposta dalla lettura liberale del problema della meritevolezza, pur pervenendosi ad esiti sostanzialmente opposti⁴⁰. Infatti, l'elemento di novità della lettura appena richiamata consiste appunto nell'utilizzazione del giudizio di meritevolezza degli interessi davvero come una clausola generale in grado di riempirsi dei contenuti di valore espressi – o ravvisati dall'interprete – nei principi costituzionali; mentre il discorso è destinato a cambiare solo all'interno di quelle impostazioni, pure presenti, che accreditano un'applicazione diretta dei principi costituzionali, con equiparazione degli stessi alle norme analitiche imperative e con la conseguente inclusione degli stessi nel parametro di liceità.⁴¹

Il ritorno al centro del dibattito dottrinale in tema di causa del criterio della meritevolezza degli interessi⁴², a questo punto senza dubbio caratterizzato da una curvatura in termini di funzionalizzazione ai valori che l'interprete ritenga fondamentali all'interno del sistema, costituisce il contesto culturale all'interno del quale si collocano i più recenti sviluppi giurisprudenziali in materia; di questi ultimi si è peraltro constatata di recente – pure all'interno di una linea comune, rappresentata dal tentativo di riproporre la meritevolezza come criterio di giudizio distinto dalla liceità – l'assenza di una “ispirazione di fondo comune” così come di “una concezione di meritevolezza sufficientemente definita e condivisa”, al punto da assumere questa notazione come “una plastica rappresentazione

⁴⁰ Osserva, al riguardo, F. PIRAINO, *Meritevolezza degli interessi*, cit., 682, che “se la corrente liberal liberista affida all'assorbimento della meritevolezza nella liceità la neutralizzazione del possibile contenuto valutativo del giudizio sugli interessi meritevoli, grazie alla sua riconduzione ai paradigmi del formalismo positivistico e all'esclusione del creazionismo giudiziale, la corrente proclive al riconoscimento di efficacia immediata ai precetti costituzionali, per un verso, accentua i profili di funzionalizzazione dell'atto di autonomia privata e, per altro verso, giunge all'esito opposto, innestando nel sindacato di liceità quei profili inevitabili quando il parametro di giudizio si arricchisce di precetti che instaurano un giudizio morale come accade con i principi e i diritti fondamentali”.

⁴¹ Un esito di questo genere è, nella sostanza, quello accreditato dal percorso argomentativo di S. POLIDORI, *Meritevolezza e liceità dell'atto di autonomia*, in *Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica*, 1/2022, cit., 187 ss., benché l'Autore affermi di voler mantenere una distinzione tra liceità e meritevolezza – ivi, 189 – in quanto «mentre la liceità, pur sempre rapportandosi al sistema dei principi, individua un limite esterno, una barriera che all'autonomia privata è precluso valicare, la meritevolezza connota dall'interno il regolamento, conferendogli valutazione favorevole se in positivo attua una funzione compatibile con quel sistema».

⁴² Del quale costituisce un punto di emersione significativo anche la scelta, all'interno di una delle opere trattatistiche più autorevoli e diffuse, di riservare un'illustrazione specifica al problema della ‘Meritevolezza della causa’: cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, cit., 412 ss.

Sdegni inconvenienti dell'affidare l'evoluzione dell'ordinamento in via principale all'approccio casistico proprio della giurisprudenza⁴³. Quella da ultimo richiamata è tuttavia una critica non del tutto giustificata, posto che, all'interno di un materiale giurisprudenziale certamente variegato, non sempre lineare negli sviluppi argomentativi e neppure sempre condivisibile negli esiti decisorii, risulta possibile comunque individuare alcuni snodi argomentativi comuni⁴⁴, ancorché, come si avrà modo di dire, decisamente discutibili⁴⁵, che investono appunto, ed in pieno, il problema dell'applicazione della clausola generale di meritevolezza dell'interesse.

5. Segue. Le applicazioni giurisprudenziali

In particolare, e secondo le indicazioni che si desumono proprio da una delle decisioni della Cassazione⁴⁶ che compongono quella che potremmo definire la nuova stagione del giudizio in termini di meritevolezza degli interessi, si possono ravvisare pronunce nelle quali l'immeritevolezza viene ricollegata alla circostanza che il contratto abbia per "effetto di attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato"; altre in cui analogo esito viene affermato perché il contratto è tale da "porre una delle parti in indeterminata soggezione rispetto all'altra"; ed altre ancora in cui l'immeritevolezza si sostanzia nel "costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti".

Nel primo gruppo di decisioni, composto da quelle relative ai contratti che attribuiscono ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, posso-

⁴³ Così F. PIRAINO, *Meritevolezza degli interessi*, cit., 685.

⁴⁴ Lo nota di recente G. LENER, *La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 615 ss.

⁴⁵ Già per il fatto che, come diremo, il richiamo alla meritevolezza contenuto negli orientamenti che saranno brevemente illustrati si presenta come puramente 'ornamentale' di decisioni che poggiano, o comunque potevano essere senz'altro ricondotte, ad un diverso apparato argomentativo. In un ordine di idee non dissimile GENTILI, *La meritevolezza di tutela: da Emilio Betti ad oggi*, in *Storia Metodo Cultura*, cit., 293, osserva che «in molte sentenze l'immeritevolezza è solo un vestimentum argomentativo di una nullità per contrarietà a specifiche norme imperative che il giudice non manca di indicare».

⁴⁶ Il riferimento è a Cass. 28 aprile 2017 n. 10509, in *Foro it.*, 2017, I, 1919, con nota di R. PARDOLESI e A. PALMIERI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*, opportunamente richiamata da G. Lener *La meritevolezza degli interessi*, cit., 616, proprio per la sua portata di decisione che tenta una messa a punto complessiva dei recenti orientamenti della Corte di cassazione in materia di meritevolezza degli interessi

no essere inserite le pronunce⁴⁷ che hanno considerato immeritevole l'interesse perseguito con un'operazione realizzata per mezzo del collegamento negoziale tra un mutuo erogato dalla banca, finalizzato al finanziamento del cliente per la sottoscrizione di un prodotto finanziario approntato dalla medesima banca (che ha cura peraltro di garantirsi ulteriormente per mezzo della garanzia reale del pegno). Qui il fondamento dell'immeritevolezza dell'interesse perseguito dall'operazione viene ravvisato, ad ulteriore conferma della complessità di una strategia argomentativa che fa entrare, per così dire, in risonanza una clausola generale e principi costituzionali, nel "contrasto con i principi generali ricavabili dagli artt. 47 e 38 Cost. sulla tutela del risparmio e l'incoraggiamento delle forme di previdenza anche privata", nella misura in cui il congegno negoziale predisposto dalla banca finisce per far gravare integralmente il rischio d'impresa sul cliente, peraltro in un contesto caratterizzato anche dall'assenza, o dalla radicale opacità, dell'informazione precontrattuale. È proprio la combinazione di questi due elementi del caso concreto, e cioè l'incidenza integrale del rischio sul cliente – risparmiatore, che non era stato informato in alcun modo di queste caratteristiche dell'operazione contrattuale (che, diversamente, si sarebbe ben guardato dal sottoscrivere), a rendere tuttavia palese che il richiamo dei principi costituzionali suddetti finisce per risultare affatto sovrabbondante: poiché anzi questa ipotesi sembra adattarsi particolarmente bene ad una lettura più laica del controllo causale in termini di verifica della razionalità dell'operazione che si è tentato di argomentare in precedenza in questa sede⁴⁸. D'altra parte, non v'è dubbio che, in questo caso, ci si trova in effetti di fronte ad un'attribuzione patrimoniale – il vantaggio conseguito dalla banca che ha predisposto l'operazione – priva di una reale giustificazione, cosicché non v'è in effetti alcuna necessità di mettere in campo i principi costituzionali racchiusi negli artt. 38 e 47.

Un altro nucleo di decisioni è quello che, secondo l'elencazione operata da Cass. 10509/2017, ha riguardo a contratti che producono l'effetto di "porre una delle parti in indeterminata soggezione rispetto all'altra". In questo gruppo, rientrerebbe, per cominciare, una decisione⁴⁹ nella quale una concessione di derivazione di acque pubbliche prevedeva espressamente che il concessionario fosse obbligato a corrispondere il canone anche nel caso di mancata fruizione della

⁴⁷ Cfr. Cass. 30 settembre 2015 n. 19559, in *Banca borsa tit. credito*, 2016, II, 137, con nota di Tucci, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*; Cass. 10 novembre 2015 n. 22950, in *Società*, 2016, 721, con nota di Costanza, *For you for nothing o immeritevolezza*.

⁴⁸ Sembra concordare sul punto anche G. LENER, *La meritevolezza degli interessi* etc. cit., 628.

⁴⁹ Si tratta di Cass. S.U. 17 febbraio 2017 n. 4222, in *Foro it.*, 2017, I, 2007, con osservazioni di Ferrara.

derivazione per causa imputabile ad altri, allo stesso concedente a terzi. Anche in questo caso, in realtà, il riferimento ad un controllo in termini di meritevolezza dell'interesse non appare necessario, posto che veniva in considerazione una sorta di 'grado minimo' del controllo causale, per l'incidenza in maniera integrale sul concessionario del rischio per il verificarsi di ipotesi che avrebbero reso del tutto privo di senso per lui il contratto.

Non pertinente risulta il riferimento al controllo in termini di meritevolezza dell'interesse neppure nel secondo caso⁵⁰, richiamato dalla più volte citata decisione della Cassazione; infatti, in un'ipotesi in cui si trattava di un'intesa tra farmacisti che li vincolava all'apertura delle farmacie secondo l'orario minimo stabilito dalla legislazione regionale la questione si prestava semmai ad essere risolta dal punto di vista della contrarietà dell'accordo al principio di ordine pubblico della libertà ed effettività della concorrenza, senza che fosse necessario argomentare in termini di immeritevolezza dell'interesse perseguito.

Il terzo caso⁵¹, rientrante nel secondo gruppo di decisioni, aveva ad oggetto un'operazione articolata in più contratti (in particolare, un mutuo di scopo ed una compravendita) che racchiudeva una clausola invece intesa a scindere il nesso tra i due contratti, escludendosi che la mancata consegna del bene potesse spiegare effetto sull'obbligazione di versare il corrispettivo. Anche in quest'ipotesi, l'argomentazione in termini di meritevolezza dell'interesse non è in grado di apprestare un reale progresso ricostruttivo. Qui, infatti, ci troviamo di fronte ad un'operazione che, secondo l'obiettivo conformazione della medesima, era volta a realizzare un interesse unitario (secondo quanto era reso palese dalla circostanza che il mutuo era erogato solo per l'acquisto di un dato bene ed il bene non sarebbe stato acquistabile in mancanza del mutuo); mentre quel medesimo interesse unitario era, poi, frustrato dalla clausola che realizzava lo "scollegamento" dei due contratti, negando che l'inattuazione delle obbligazioni assunte in uno di essi potesse incidere sull'altro. Pertanto, la presenza di una – singola – clausola irrazionale rispetto alla razionalità complessiva dell'operazione, così come congegnata da ambo i contraenti, e tale da privare di giustificazione l'obbligazione di pagare il corrispettivo, imponeva la declaratoria di nullità della clausola stessa, così

⁵⁰ La decisione è quella di Cass. 8 febbraio 2013 n. 3080, in *Riv. dir. ind.*, 2014, II, 365, con nota di G. TASSONI, *Assetto anti – concorrenziale e immeritevolezza di tutela del contratto atipico ex art. 1322, 2° comma c.c.*

⁵¹ Cfr. Cass. S.U. 19 luglio.2012 n. 12454, in *Contr.*, 2012, 993 ss., con nota di G. CARADONNA, *Rilevanza del collegamento contrattuale nel mutuo di scopo e nelle operazioni di credito al consumo.*

consentendo la “riespansione” del senso reale dell’accordo complessivamente raggiunto⁵².

Un cenno soltanto merita, invece, e nell’economia del discorso qui svolto, l’ultima area di ipotesi – quella dei contratti che producano l’effetto quello di “costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti con i doveri di solidarietà costituzionalmente imposti” – trovando essa espressione in una pronuncia della quale si già riferito⁵³.

Resta da dedicare qualche cenno proprio all’utilizzazione delle argomentazioni imperviate sulla meritevolezza di interessi con riferimento alla questione del contratto di assicurazione con clausola *claims made*: questione che, come si è detto, ha, del resto, fornito l’occasione⁵⁴ per una sorta di messa a punto giurisprudenziale delle diverse decisioni in argomento. In particolare, e concentrando l’attenzione sugli ultimi sviluppi del dibattito giurisprudenziale in materia, è noto che – dopo un primo intervento delle Sezioni Unite sul tema⁵⁵ – una successiva ordinanza di rimessione⁵⁶ ha, in sostanza, addebitato alla clausola *claims made* tutti e tre i profili di immeritevolezza desunti, sia pure in maniera quanto meno opinabile, come si è detto, dalla precedente elaborazione giurisprudenziale. Infatti, la clausola assegnerebbe all’assicuratore un “vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita”, nella misura in cui esclude le richieste postume e, insieme ad esse, le richieste per sinistri verificatisi in prossimità della scadenza, in quanto non denunciabili tempestivamente; inoltre, collocherebbe l’assicurato in una posizione di indeterminata soggezione, anche se nei confronti del terzo danneggiato e non dell’assicuratore, essendo la concreta attivazione della tutela dell’assicurato dipendente dalla tempestività della richiesta risarcitoria della vittima; infine, “costringerebbe l’assicurato a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà imposti costituzionalmente”, perché egli sarebbe indotto a non risarcire spontaneamente il danno, prima di ricevere la richiesta del danneggiato, in violazione del dovere di buona fede (e, dunque, della sua corrispondente matrice costituzionale: appunto

⁵² Ma per una diversa impostazione della questione si veda G. LENER, *La meritevolezza degli interessi* etc. cit., 634, secondo il quale la clausola di scollegamento dovrebbe dirsi nulla per contrasto con l’art. 1375 c.c., nella misura in cui impone l’esecuzione del contratto secondo buona fede.

⁵³ Il riferimento è a Cass. 19 giugno 2009 n. 14343, cit. *supra*, nota 10.

⁵⁴ Per mezzo di Cass. 10509/2017.

⁵⁵ Cfr. Cass. S.U. 6 maggio 2016 n. 9140, in *Foro it.*, 2016, I, 2014, con nota di R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*.

⁵⁶ Cfr. Cass. gennaio 2018 n. 1465, in *Foro it.*, 2018, I, 452, con osservazioni di Palmieri.

l'art. 2 Cost). Ne è seguita, com'è noto, una nuova decisione a Sezioni Unite⁵⁷. Quest'ultima, nell'ambito del nostro discorso, rileva soprattutto in relazione al passaggio nel quale si afferma la necessità di sottoporre il contratto di assicurazione recante la clausola *claims made* ad un giudizio imperniato sulla causa in concreto, giudizio che viene considerato animato dalla stessa tensione ispiratrice dello scrutinio di meritevolezza (ancorché distinto da quest'ultimo, poiché la Corte assume la premessa della riferibilità del giudizio di meritevolezza ai soli contratti atipici e ritiene che l'assicurazione *claims made* non possa più definirsi come tale). Si tratterebbe di un giudizio destinato ad avere riguardo al quadro complessivo delle norme e dei principi fondamentali che innervano il sistema giuridico, per mezzo delle fonti costituzionali e di quelle sovranazionali, e che sono volti a favorire l'esercizio dell'autonomia privata in maniera coerente all'esigenza di promozione della tutela della dignità della persona e dell'utilità sociale. In questo quadro, il giudizio causale così delineato avrebbe come finalità quella di scrutinare l'adeguatezza del contenuto del contratto alla realizzazione degli interessi delle parti. In particolare, nel caso dell'assicurazione su base *claims made* il sindacato risulterebbe negativo soltanto se, sulla base di una valutazione caso per caso, "lo scopo pratico del regolamento... negoziale presenti un arbitrario squilibrio giuridico tra rischio assicurato e premio, giacché, nel contratto di assicurazione contro i danni, la corrispettività si fonda in base ad una relazione oggettiva e coerente con il rischio assicurato, attraverso criteri di calcolo attuariale". Ove si verifici quest'ipotesi, al giudice viene attribuito il potere di instaurare l'equo contemperamento degli interessi delle parti, reprimendo eventuali forme di abuso del contraente più forte, per mezzo del rimedio manutentivo e correttivo della nullità parziale e non già tramite la sostituzione della copertura su base *claims made* con quella codicistica *loss occurrence*.

La soluzione che in questo modo si delinea – e che, nell'impianto complessivo della motivazione della sentenza, oltre che del principio di diritto dalla stessa

⁵⁷ Si tratta di Cass. S.U. 24 settembre 2018 n. 22437, in *Foro It.*, 2018, I, 3015 ss., con nota di De Luca, *Clausole claims made: sono tipiche ma di tutto si può abusare* nonché, *ivi*, 3511 ss. con commenti di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Claims made nel postdiritto*; Candian, *Ultima tappa (per ora) nella saga delle claims made* e B. TASSONE, *Le clausole claims made di nuovo al vaglio delle Sezioni Unite: tanti punti oscuri e due proposte*. Si vedano anche i commenti di CARNEVALI, *La clausola claims made e le Sezioni Unite*: bis in idem, in *Contr.* 2018., 639 ss.; di A.M. GAROFALO, *L'immeritevolezza nell'assicurazione claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2019, 70 ss. e lo scritto di F. PIRAINO, *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura claims made*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 1045 ss.

enunciato, evoca una pluralità di possibili ‘registri rimediali’ per l’assicurato⁵⁸ – non sembra meritare le critiche anche assai severe cui è stata sottoposta da parte di qualche Autore⁵⁹, nella misura in cui riconduce il discorso del controllo causale su un piano di adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti: che è quello su cui si attesta, come abbiamo accennato in precedenza, pur nell’impossibilità di approfondire in questa sede l’argomento, anche il giudizio imperniato sulla rilevazione della causa concreta del contratto.

Pare trovare allora conferma l’ipotesi, della quale si è fatto cenno anche nello svolgimento del discorso fin qui illustrato, che vede nelle categorie di parte generale del contratto – secondo la fisionomia che esse hanno assunto nella sistemazione dottrinale – la tecnica più adeguata per ‘governare’ il processo di concretizzazione, nei singoli ambiti di disciplina del diritto dei contratti, dei principi e delle clausole generali: che è, poi, a ben vedere un altro modo per esprimere l’idea, dall’esposizione della quale avevamo preso le mosse, di una scienza del diritto, intesa nel duplice senso di scienza teorica e scienza pratica, che si pone, nel tempo presente, come reale fonte del diritto.

⁵⁸ Infatti, e proprio all’interno del principio di diritto, si afferma che “la tutela invocabile dal contraente assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell’attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando): responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell’adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)”.

⁵⁹ Si veda, in particolare, F. PIRAINO, *Meritevolezza degli interessi*, cit., 688, il quale definisce la soluzione pessima “perché in un colpo solo destinata a snaturare sia il giudizio causale sia quello di meritevolezza, sebbene richiamato soltanto per affinità, e finanche il rimedio della nullità per difetto di causa...”.

Perché non possiamo rinunciare alla parte sui contratti in generale nel codice civile¹

SOMMARIO: 1. La logica specifica dell'oggetto specifico – 2. Postmodernità e illuminismo. – 3. Fenomenologia della fattispecie. – 4. In difesa della parte generale sul contratto.

1. La logica specifica dell'oggetto specifico

Se dovessimo individuare un'espressione in grado di dare il senso del *trend* fondamentale del diritto contrattuale contemporaneo, nessuna sembra più adatta di quella che ricaviamo da un grande testo di critica filosofica, la *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico* di Karl Marx. L'espressione è «logica specifica dell'oggetto specifico»². Contro il carattere astratto e separato dei concetti hegeliani bisognava per Marx tornare alla «logica specifica dell'oggetto specifico». Sia detto per inciso, anche alla luce di quello che diremo a breve, è davvero notevole quanto l'invito marxiano a guardare il concreto e a rifuggire dal diritto astratto e separato sia anticipatore di tendenze centrali del nostro tempo. Al cospetto di alcune dinamiche contemporanee la parte sui contratti in generale nel codice civile ci appare proprio come la visione hegeliana sul diritto pubblico, che Marx giudicava astratta e separata e pertanto da superare (o meglio, da rimettere con i piedi per terra, in modo da coglierne la vera natura e superarla in nome di un'autentica universalità, ma questa è un'altra storia...).

A porre in un angolo gli artt. 1321 sgg. del codice civile non c'è solo la loro identificazione con la disciplina del c.d. primo contratto, cui si aggiungono la disciplina del secondo contratto, fra professionista e consumatore, e quella del terzo

¹ Pubblicato in *Il Foro italiano*, 2022, V, 106.

² K. MARX, *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*, in ID., *Opere filosofiche giovanili*, Roma 1950, 125: di questa opera sono ormai classiche le letture alternative da una parte di G DELLA VOLPE, *Rousseau e Marx*, Roma 1962, 101 ss. (e U. CERRONI, *Marx e il diritto moderno*, Roma 1972, 115 ss.), dall'altra di B. DE GIOVANNI, *Marx e lo Stato*, in *Democrazia e diritto*, 1973, n. 3, 37 ss.

contratto, fra imprenditore in posizione di dominanza e imprenditore in soggezione economica. C'è anche, e soprattutto, la proliferazione delle discipline per i mercati regolamentati (energia, telecomunicazioni, assicurazioni, banche, intermediazione finanziaria, agro-alimentare ecc.), sovente affidata anche ad autorità amministrative. La specificità del bene o del servizio prestato porta con sé discipline sempre più specifiche. È appena il caso di aggiungere che anche i singoli contratti (la compravendita, la locazione, ecc.), i quali appaiono specifici rispetto alla parte generale, possono diventare a loro volta generali se messi a raffronto con le attuali tendenze specializzanti dell'ordinamento. Al confronto con queste tendenze marginalizzanti delle disposizioni sui contratti in generale, la decodificazione di cui si parlò sul finire degli anni settanta del secolo scorso pare una vicenda limitata alla locazione di immobili urbani e qualcos'altro. L'art. 38 del codice del consumo, che rinvia per quanto non previsto dalla disciplina speciale alle disposizioni del codice civile, acquista oggi un ruolo paradigmatico: il centro di gravità del sistema non è più nella parte generale ma si è disperso nella moltiplicazione di centri di gravità che ciascuna normativa speciale reca con sé, per cui alle disposizioni sui contratti in generale non resterebbe che una funzione residuale e di contorno.

La "logica specifica dell'oggetto specifico" fa capolino anche su un altro versante, ed è quello della montante giurisprudenzialità del diritto, o fattualità del diritto, come l'ha definita Paolo Grossi³. La centralità del formante giudiziale vuol dire riabilitazione del caso concreto. Il diritto si va così collocando sempre più nel particolare, sia questo uno specifico bene o servizio di mercato o una singola vicenda giurisdizionale.

La tendenza alla specializzazione è in realtà una tendenza fondamentale del nostro tempo quale conseguenza dell'aumento della complessità sociale. Come insegna la sociologia dei sistemi sociali di Niklas Luhmann, una delle teorie più influenti nell'ambito delle scienze sociali della seconda metà del secolo scorso, il passaggio da società semplici a società più complesse è caratterizzato dall'aumento della differenziazione all'interno dei sistemi sociali⁴. Le società arcaiche erano costituite, secondo questa teoria, da sistemi unitari ed indifferenziati dell'agire. Aumento della complessità vuol dire progressivo dileguare dell'unitarietà dell'azione sociale e correlativo aumento delle possibilità di agire. L'ambiente diventa sempre più ricco di possibilità che il sistema non riesce più a selezionare se non al prezzo dell'introduzione di nuovi meccanismi selettivi. Alla crescente complessità i sistemi sociali reagiscono differenziandosi al loro interno e specializzandosi. Il sistema

³ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma – Bari 2015, 33 ss..

⁴ All'interno di una vastissima letteratura, si vedano almeno N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Roma-Bari 1997 e ID., *La differenziazione del diritto*, Bologna 1990.

assorbe la complessità differenziandosi al suo interno e veicolando la complessità in nuovi sotto-sistemi, che diventano l'uno ambiente per l'altro. Alla semplicità di un sistema indifferenziato che fronteggia l'ambiente sociale succede la specializzazione crescente del sistema, il quale incorpora complessità differenziandosi al suo interno. Questa tendenza alla specializzazione non ha in realtà limiti, segue la complessità crescente, per cui si possono immaginare società iper-frammentate e iper-specializzate lungo una direttrice che può non avere fine.

Seguendo questo moto evolutivo non è difficile concepire un universo giuridico in cui non vi siano più la parte generale del contratto ed un ambiente esterno, rispetto al quale quella parte generale si ponga come precetto normativo e dover essere. Proviamo a immaginare un ambiente esterno interamente assorbito all'interno della parte generale, la quale si è così trasformata in sotto-parti specializzate. Una volta che la disciplina normativa rispecchi per intero la "logica specifica dell'oggetto specifico", la parte generale potrebbe non avere più senso. Non vi è più un dislivello fra l'ambiente esterno e la parte generale, ma la complessità ambientale si è riprodotta all'interno del sistema differenziandolo in sotto-sistemi specifici congruenti all'oggetto specifico. Quella che si fa avanti è una prospettiva di frammentazione del sistema normativo in discipline speciali che non conoscono più una parte generale. Del resto, gli istituti della parte generale ben potrebbero essere assorbiti nelle discipline di settore: cosa impedisce di concepire una disciplina specifica della rappresentanza volontaria per i mercati finanziari? Tutti gli istituti del contratto sono suscettibili di specializzazione, per cui anche la cosiddetta funzione residuale della parte generale potrebbe venire meno.

Chiediamoci: è una prospettiva augurabile quella della progressiva sparizione della parte generale? Possiamo insomma rinunciare alla parte sui contratti in generale nel codice civile?

2. Postmodernità e illuminismo

Per tentare di dare una risposta all'interrogativo che ci siamo posti dobbiamo guardare al significato profondo del processo di specializzazione normativa. Più la regola è congruente all'oggetto specifico, più si perde la distanza fra essere e dover essere. È il processo che Jürgen Habermas ha definito, nei termini della filosofia kantiana, come "detrascendentalizzazione"⁵. Quanto più la disciplina

⁵ «La coscienza trascendentale perde la connotazione di una grandezza "oltremondana", domiciliata nell'ambito dell'intelligibile; è scesa in terra nella figura de-sublimata della prassi comunicativa quotidiana. Il mondo profano della vita ha occupato il luogo oltremondano del noumeno» (J. HABERMAS, *Verità e giustificazione*, Roma – Bari 2001, 21).

si conforma al proprio oggetto, adeguandosi alla specificità dell'oggetto, tanto più perde la sua carica (trascendentale) di indipendenza ed autonomia rispetto all'oggetto da regolare. Quanto più la logica è specifica per l'oggetto specifico, tanto più il dover essere si confonde con l'essere. Dalla regola astratta e generale si passa a una proliferazione di regole particolari, ma mentre la regola astratta e generale è indipendente dall'oggetto da regolare, le regole particolari sono dipendenti dall'oggetto regolato. La parte generale esprime una propria logica normativa, la disciplina speciale mira ad esprimere la logica specifica dell'oggetto specifico e non una logica normativa autonoma ed indipendente.

Stiamo descrivendo il paradigma della postmodernità, che Jean-François Lyotard nel suo classico *La condizione postmoderna* del 1979, descrisse come fine delle grandi narrazioni⁶. Non c'è più una meta-regola, ma la pluralizzazione illimitata di regole regionali che, per quanto abbiamo appena detto, delinea un processo di abbassamento della soglia di indipendenza del diritto dalla realtà pratica. È il dominio del frammento, nel quale tutto vi è incluso, sia la realtà che la sua regola. La regola è ormai diventata del tutto interna all'oggetto da regolare. Il venir meno di un punto di riferimento normativo che sia comune alla generalità corrisponde alla perdita di autonomia della regola rispetto al regolato. Siamo così vicini a quelle teorie del diritto, che non a caso si auto-definiscono postmoderne, per le quali la regola giuridica non risiede nella fattispecie astratta e generale ma è interna al fatto. Abbiamo menzionato la fattualità del diritto di Grossi, ma in questa direzione va anche il criterio della ragionevolezza di Nicolò Lipari quale parametro di congruenza del precetto alle esigenze del caso⁷. Secondo queste teorie la vera chiave del diritto non è nella legge ma nella giurisprudenza, dove cioè domina il diritto del caso concreto. Ricordiamo che per uno dei maestri del postmoderno, Gilles Deleuze, la giurisprudenza, quale «unione del concetto con la singolarità»⁸, rappresenta l'esemplificazione del molteplice come replicazione di singolarità, ciascuna retta da un proprio ed individuale principio costitutivo.

Dobbiamo avere chiaro che l'idea del diritto come “logica specifica dell'oggetto specifico” entra in contraddizione con una delle caratteristiche identitarie del diritto moderno. Non a caso si parla di postmodernità, e dunque di una soluzione di continuità rispetto alla modernità, quale si è venuta configurando a partire dalla stagione dell'illuminismo. L'ordine giuridico medievale era connotato non solo dalla frammentazione del diritto a seconda dei ceti e dei territori, ma anche dalla consustanzialità dei criteri di giustizia alla realtà pratica, era un diritto

⁶ J-F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano 1981.

⁷ N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, Bologna 2021, 59 ss.

⁸ G. DELEUZE, *La piega. Leibniz e il Barocco*, Torino 1990, 102.

del caso concreto nel senso dell'immanenza della regola al caso, regola che era a sua volta però espressione di un ordine ontologico più vasto. Il diritto moderno è un artificio, è una creazione artificiale, ma che tuttavia risponde ad un ideale regolativo. Il diritto moderno persegue ideali normativi, che corrispondono ad ideali di ragione, secondo la grande lezione illuministica. Si tratta di ideali che sono programmaticamente astratti dalla realtà pratica, e che dunque non rispecchiano un ordine ontologico che sarebbe nelle cose, perché il loro compito è la trasformazione della realtà, l'adeguamento di quest'ultima a principi normativi. La normatività del diritto moderno risiede proprio nella sua astrattezza rispetto al reale. Il punto di avvio del sistema è dunque l'enunciazione di un insieme di ideali. La disciplina normativa è la risultante dell'incontro di quegli ideali con i fatti da regolare. Dall'incontro di questi ideali con classi astratte e generali di fatti nascono le fattispecie legali.

3. Fenomenologia della fattispecie

Le fattispecie sono la risultante dell'incontro di forme ideali con fatti circostanziati, proprio come fa il giudice quando concretizza una clausola generale quale quella del dovere di comportamento secondo buona fede. Quest'ultima, come ogni clausola generale, costituisce un ideale di regolazione cui il giudice si appella per la disciplina del caso concreto (artt. 1337 e 1375 c.c.)⁹. La buona fede non resta però una forma ideale di comportamento, ma al cospetto di classi astratte e generali di fatti, quali le ipotesi di invalidità del contratto (art. 1338), i vizi della cosa locata (art. 1578), comodata (art. 1812) o mutuata (art. 1821), si materializza come obbligo di comunicazione e diventa fattispecie legale. Non è più una clausola generale, che spetta al giudice di concretizzare in base alle circostanze del caso, ma è diventata un fattispecie rispetto alla quale fare la classica operazione di sussunzione. Quella fattispecie è il risultato dell'adattamento della forma ideale ad una classe di fatti. Alla concretizzazione dell'ideale ha provveduto qui il legislatore, con riferimento non al caso concreto, come fa il giudice, ma al fatto astratto e generale. All'ideale che si ripercuote in una pluralità di fattispecie diamo poi il nome di principio generale (di correttezza, per restare all'esempio della buona fede).

La parte generale sul contratto è un *corpus* disciplinare composto da fattispecie legali e alcune clausole generali. Quale disciplina di carattere generale gua-

⁹ Per questa lettura del fenomeno delle clausole generali rinvio a E. SCODITTI, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in G. D'AMICO, (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano 2017, 167 ss.

dagna una maggiore distanza rispetto agli oggetti specifici ove posta a confronto con le discipline speciali. Se misuriamo il grado di normatività della regola attraverso il livello di autonomia e indipendenza rispetto al fatto da regolare, possiamo affermare che nella parte generale sul contratto c'è un concentrato di normatività superiore. Dobbiamo anzi aggiungere che la quintessenza della normatività è proprio nella clausola generale, perché essa riproduce nella sua immediatezza l'ideale regolativo, lo esprime nella sua massima astrazione prima dell'incontro con le diverse classi di fatti. La clausola generale è il distillato della normatività. La sua funzione normativa si attua tuttavia solo con la concretizzazione da parte del giudice in relazione alle circostanze del caso concreto.

Quello che va ora sottolineato è che anche la parte sui contratti in generale, in quanto composta per la parte assolutamente prevalente da fattispecie, rappresenta una forma di logica specifica dell'oggetto specifico nella misura in cui le fattispecie sono il risultato dell'adattamento degli ideali normativi a classi di fatti. Il diritto procede sempre come adeguamento alla realtà pratica perché quest'ultima, contrariamente a chi ritiene che si tratti di materia informe cui la fattispecie legale darebbe una forma, non è muta. Secondo la concezione puramente normativa della fattispecie sostenuta da Natalino Irti il fatto non sarebbe altro che materia informe che acquisterebbe senso solo grazie all'inquadramento all'interno di una fattispecie legale. Per questa visione la realtà pratica è priva di senso prima dell'arrivo della qualificazione giuridica. Se si assume che la norma non ha alcuna connessione con un fatto dotato di senso, allora essa diventa il risultato di un puro atto di volontà: è questa la premessa del cosiddetto nichilismo giuridico¹⁰. L'ordinamento non sarebbe altro che una sequenza di norme espressione di meri atti di volontà, e di una volontà basata solo su se stessa, perché priva di connessioni con una realtà che si assume priva di significati. Anche la tesi del nichilismo giuridico, come quella della fattualità del diritto, è parte del discredito delle grandi narrazioni che connota il postmoderno. Il bersaglio, sia per l'una che per l'altra, è l'illuminismo quale programma fondamentale del diritto moderno.

Tutto al contrario della tesi del nichilismo giuridico, la realtà pratica al momento del sopraggiungere del diritto, per riprendere un'espressione cara a Emilio Betti, ci parla, è dotata di significati. Tali significati sono quelli risultanti dagli innumerevoli schemi (moralì, sociali, culturali, economici, religiosi, ecc.) che plasmano il reale prima del sopraggiungere delle qualificazioni giuridiche. La stessa esistenza di discipline speciali improntate alla logica specifica di oggetti specifici dimostra la significanza del mondo prima che il diritto vi atterri e soprattutto l'adeguamento della forma giuridica a quei significati. La realtà è da

¹⁰ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma – Bari 2004.

principio intessuta di schemi e concetti, non c'è una condizione originaria di nudità del reale privo di concettualizzazioni, come insegna la filosofia classica europea, Hegel soprattutto e Kant ripensato entro le coordinate dell'hegelismo¹¹. Quando l'ideale giuridico incontra la realtà in funzione di regolazione, la trova già articolata in concetti e deve dunque adeguarsi a tutta questa intelaiatura. E tuttavia in quest'opera di conformazione all'oggetto specifico vi è una soglia oltre la quale il diritto perde la sua autonomia ed indipendenza rispetto alla materia da regolare. Più ci approssimiamo alla logica specifica dell'oggetto specifico, più l'ideale regolativo si deforma, fino a perdere del tutto la sua astrattezza e dunque l'originaria struttura normativa. La retorica postmoderna sul relativismo e la frammentazione non è altro che la radicalizzazione del principio di necessaria storicità e concretizzazione dell'ideale: quel principio, spinto oltre un certo limite, perde l'orizzonte normativo da cui era partito. Alle spalle di Hegel scalpita Heidegger, ossia il dominio della contingenza assoluta¹².

4. In difesa della parte generale sul contratto

Le disposizioni sui contratti in generale raccolgono un insieme di fattispecie legali le quali riguardano i fatti della contrattazione in generale, non fatti di contrattazioni specifiche, e dunque esprimono una maggiore vicinanza agli ideali normativi di quanto potrebbero le discipline specifiche. Quei fatti esprimono una generalità, che è ciò che fa degli art. 1321 sgg. le disposizioni sul contratto in generale. Vi è inoltre la presenza di clausole generali, le quali ci riportano alla quintessenza della normatività. Di questa concentrazione di ideali normativi un sistema giuridico ha bisogno, pena una perdita forte sul piano della normatività del diritto. È questa la ragione fondamentale per la quale non possiamo rinunciare alla parte sui contratti in generale nel codice civile e dobbiamo quindi concludere che non è una prospettiva augurabile quella del progressivo dileguare della parte generale in discipline specifiche.

Noi abbiamo bisogno di adottare delle contromisure rispetto alla frammentazione postmoderna e alla perdita di punti normativi comuni. La specializzazione, quale tendenza fondamentale del nostro tempo, non può essere messa da parte: per quanto noi possiamo negarla, essa c'è; non solo, si tratta di una risposta inevitabile alla crescita della complessità sociale. Non possiamo fare a meno di

¹¹ Si tratta di una tradizione ripresa oggi dalla punta più avanzata della filosofia contemporanea: R. B. BRANDOM, *A Spirit of Trust. A Reading of Hegel's Phenomenology*, Cambridge Mass., 2019.

¹² Sulla finitezza heideggeriana, quale prolungamento e radicalizzazione della storicità hegeliana, A. KOJEVE, *La dialettica e l'idea della morte in Hegel*, Torino 1982.

discipline speciali, ma non possiamo neanche seguire passivamente il moto della storia, rinunciando alla pretesa di governarlo in nome di ciò in cui crediamo o, peggio, facendo l'apologia della frammentazione. Affinché la specializzazione normativa non si trasformi in una deriva senza limiti bisogna mettere in opera un contro-movimento, e questo è rappresentato dalla conservazione della centralità della parte generale sul contratto.

Se nel parlare di funzione residuale della parte generale spostiamo l'angolo di osservazione, dalla normativa speciale a quella generale, cogliamo come quella residualità sia più propriamente da identificare con la funzione che svolge la disciplina di istituti che sono propri alla nozione di contratto in generale e che sono comuni alla generalità dei contratti. L'«ove non derogate», che l'art. 1469-*bis* c.c. riferisce alle disposizioni sui contratti in generale ai fini della loro applicazione, significa che nel caso di deroga vengono in rilievo non i tratti in comune a tutti i contratti, ma le specificità dei contratti del consumatore. Centralità della parte generale sul contratto significa anche prendere sul serio il superiore concentrato di normatività che la caratterizza rispetto a discipline orientate univocamente nella direzione della specificità del bene o servizio oggetto del rapporto contrattuale. Il *surplus* di normatività si manifesta in tutte quelle occasioni in cui si affaccia la necessità dell'interpretazione sistematica, della quale dunque architrave non possono che essere le disposizioni sui contratti in generale. Si può restare classici e ben radicati nella tradizione dell'illuminismo anche in un contesto con i tratti della postmodernità.

Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito¹

SOMMARIO: 1. Il credito fra prescrizione e abuso. – 2. Le clausole generali fra semantica e dogmatica. – 3. L'inesigibilità.

1. Il credito fra prescrizione e abuso

Una recente sentenza della Corte di cassazione ha sollecitato di nuovo un dialogo sulle clausole generali e sulle conseguenze della loro violazione. Provo ad indicare qualche aspetto.

Come è noto la decisione² si è espressa sul caso di una società familiare che conclude con uno dei soci un contratto di locazione di un immobile. Il canone per sette anni non viene richiesto e solo dopo il divorzio dei coniugi la società intima lo sfratto con la richiesta di tutti i canoni non pagati. La Corte di cassazione esclude una vicenda estintiva perché non provata, ma accerta un affidamento del debitore ed un abusivo esercizio del diritto del creditore, utilizzando il rimedio della *inesigibilità* dei canoni per tutto il periodo di inerzia del creditore. Con una motivazione che richiama la dottrina tedesca della *Verwirkung*³ e la soluzione adottata nel BGB.

Le critiche sono molte e le riassumo in breve così.

In mancanza di un fatto estintivo, anche tacito, il credito è sempre esigibile sino al termine di prescrizione, stante l'irrelevanza del mero silenzio e la insufficienza di una vaga clausola generale di buona fede⁴. La quale, peraltro, si reputa inutilizzabile quando è in contrasto con principi del sistema (nel nostro caso si indica la tipicità delle cause di estinzione dell'obbligazione e il divieto di uso gra-

¹ Il contributo è stato già pubblicato su NGCC 1/2022.

² Cass., 14 giugno 2021, n. 16743.

³ F. RANIERI, *Rinunzia tacita e Verwirkung*, Cedam, 1971; S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, 1978; Id., voce «*Verwirkung*», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ., XIX*, Utet, 1999, 722 ss.

⁴ M. ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, in questa *Rivista*, 2021, 1179.

tuito dei beni sociali da parte di un socio) o quando resti preclusa dal necessario bilanciamento con la posizione di terzi⁵.

Sarebbe, inoltre inammissibile in Italia un rimedio simile alla *Verwirkung*, secondo orientamenti già espressi in passato dalla Cassazione⁶. Sicché in attesa di un intervento legislativo che limiti lo spazio temporale della prescrizione, si reputa preferibile una soluzione giurisprudenziale che tenga conto della volontà di rinunzia, anche tacita del titolare del credito, più rispettosa del principio di autonomia. Anche se si riconosce un ruolo fondamentale al caso concreto⁷.

Una diversa visione rispetto a queste lucide riflessioni si può basare sui seguenti punti.

Il silenzio come ogni comportamento deve essere valutato in base alla correttezza e buona fede, fissati nel codice come doveri reciproci. Insisto su questo termine. Credo che la Corte di cassazione dovrebbe ridefinire la massima secondo cui ogni contraente deve salvaguardare la posizione dell'altro. Tutto è più chiaro se ci riferiamo a parole semplici e di valore universale. Ogni etica laica o religiosa ed ogni filosofia antica o moderna si riconosce nella reciprocità. Nessuno può tenere un contegno che non desidera subire dalla controparte. Se le parole sono "il grande portone attraverso il quale il diritto entra nella coscienza degli uomini", se la *ratio* della norma si può ampliare tramite un'estensione semantica. Se tutto ciò è vero la correttezza è un lemma normativo che trova nella reciprocità il suo fondamento semantico e positivo⁸. Solo una breve digressione.

In una recente e brillante analisi⁹ si osserva che i concetti ricorrenti di solidarietà, giustizia, equità, eguaglianza, buona fede, effettività, pongono il problema del passaggio dal giudizio ontologico al fatto e viceversa. Il che richiede non solo una dimostrazione ma pone un'alternativa fra la possibilità di ordinare razionalmente e *l'intuire* estraneo al diritto e dunque inammissibile. Perché non si può creare una regola da un valore senza "passare da una sua formalizzazione semantica attraverso disposizioni vigenti". Non si può disapplicare una norma ordinaria sulla base della priorità della norma costituzionale, neppure ragionando, finemente, sulla diversità fra disapplicazione del concetto normativo tratto dalla disposizione, e annullamento della legge ordinaria di competenza della Corte co-

⁵ G. D'AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, *ibidem*, 1164.

⁶ C. SCOGNAMIGLIO, *La Verwirkung e i suoi limiti innanzi alla Corte di Cassazione*, *ibidem*, 1186.

⁷ F. MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, *ibidem*, 1171.

⁸ Di recente A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Wolters Kluwer, 2021, 36, 42, 93.

⁹ M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Il Mulino, 2021, 15 ss., e i riferimenti a N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Norme e fatti*, 1984, 55 ss. Id., *Riconoscersi nelle parole*, Il Mulino, 2020, 12-13.

stituzionale¹⁰. Né è possibile il richiamo allo spirito del tempo eludendo la lingua e le parole che restano, in questa visione, ineliminabili. Secondo lo schema dettato dall'art. 12 delle preleggi, ove il riferimento alla *ratio* non può che significare prevalenza dell'interesse regolato dalla norma e dell'art. 101 della Costituzione. La quale limita la discrezionalità dell'interprete¹¹ e la separazione dei poteri in un *ordo superior* delimitato secondo una rigorosa razionalità semantica. Fuori di tale limite non c'è diritto e il richiamo dei principi "esige il passaggio dalla vaghezza del puro astratto alla concretezza della fattispecie"¹².

Una replica a questa elegante visione è possibile in questi termini. La realtà nel diritto va oltre le parole ed è possibile fissare "un'essenza sociale" dei fatti che non occupano uno spazio fisico come i doveri e i diritti. La loro esistenza non ha niente di oscuro o di mistico, ma è orientata da interessi, bisogni ed azioni che esigono risposte. Per la loro conversione in diritto la fattispecie è uno schema utile e necessario, ma esistono altre forme di "quadratura e di certezza" in una società complessa. La legalità costituzionale fissa un ordine preciso e precise funzioni per la legge, i giudici, la Scienza giuridica. Un ordine che supera e contamina le parole e la *ratio* dell'art. 12 delle Preleggi al codice civile, affidando alla dogmatica, alla teoria dell'argomentazione e alla nuova retorica il compito di recepire la confluenza continua fra Logica e Storia. Anche perché, come si è giustamente osservato, legalità ordinaria e costituzionale, Stato di diritto e Stato costituzionale non sono in armonia e una "loro conciliazione è indispensabile se si vuole che l'ordinamento funzioni"¹³.

Quanto al ruolo dei principi è noto che i problemi più sensibili, dalla nascita alla morte, sono stati affrontati e risolti, negli ultimi decenni utilizzando il potere-dovere del giudice di applicare la legge anche in casi non espressamente previsti (art. 12 disp. att. cod. civ.), sulla base di riferimenti normativi come "dignità, identità, libertà" a cui dovremo ricorrere ancora in difesa dei diritti civili e di libertà¹⁴. Ma che cosa accade alle clausole generali nei diritti di credito?

¹⁰ P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di FEMIA, Esi, 2006, 371 ss.; ora in P. PERLINGIERI, *Interpretazione e legalità costituzionale*, Esi, 2012, 252-253.

¹¹ M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Enc. del dir., Annali*, IX, Giuffrè, 2016, 433-437.

¹² M. ORLANDI, *op. cit.*, 209, 216, nt. 247, 218, 226-227. Su questo tema v. testualmente G. VETTORI, *I principi, le parole, la dogmatica*, in *Ars interpretandi*, 2021, 83 ss.

¹³ M. LUCIANI, *op. cit.*, 462.

¹⁴ P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, 2009, 29 ss. in part. 38, e ora V. PESCATORE, *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, Giappichelli, 2021, ed ivi Id., *La legge tedesca sui trattamenti di conversione al crocevia tra libertà fondamentali e diritto all'identità personale*, 5 ss., 13 ss.

La tipicità delle cause di estinzione delle obbligazioni è un principio difficilmente giustificabile in presenza dell'atipicità delle fonti dell'obbligo e non rileva nel nostro caso perché la inesigibilità non estingue il credito ma lo limita, tenendo conto del contegno scorretto e della sua durata nel tempo; nella specie, poi, non si può parlare di un divieto di uso gratuito dei beni sociali perché la norma (2256 cod. civ.) espressamente ammette l'uso personale in presenza del consenso di tutti i soci. Il che esclude anche un pregiudizio ingiusto dei terzi che potranno agire, casomai, contro la società e i suoi organi sociali per il risarcimento dei danni.

D'altra parte, il richiamo alla *Verwirkung* non è un trapianto indebito, ma una possibile forma di contaminazione teorica affidata alla dogmatica e alla giurisprudenza, in presenza di casi che giustificano tale forma di tutela. Insomma, i veri punti di disaccordo con la sentenza e con la sua motivazione sono il rilievo del fatto, il ruolo della clausola generale di buona fede e le conseguenze della sua violazione. Il che esige un ragionamento più ampio.

2. Le clausole generali fra semantica e dogmatica

Il nostro codice subordina il contegno delle parti ad un dovere di correttezza, autonomo e precettivo, talmente radicato nel nostro ordine giuridico da non tollerare smentite¹⁵. Come si è osservato si può solo separare i vantaggi dai rischi dell'indeterminatezza¹⁶ per non smarrire la coerenza del sistema¹⁷. Solo un cenno.

Sino agli anni sessanta del novecento la giurisprudenza aveva sostanzialmente escluso il valore della clausola come fonte autonoma di un diritto e di un obbligo¹⁸, ma dagli anni settanta in poi la dottrina e i giudici hanno consolidato un valore precettivo e autonomo della clausola generale¹⁹, anche se si lamenta la perdita di calcolabilità del diritto positivo²⁰ e si reputa che "eventuali carenze

¹⁵ Mi permetto per i richiami un rinvio a G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, 4^a ed., Wolters Kluwer, 2021, 855 ss.

¹⁶ A. GENTILI, *Prefazione a Velluzzi, Le clausole generali.*, Milano, Giuffrè, 2010, p., XVII.

¹⁷ G. D'AMICO, Giustizia contrattuale, in *Enc. del dir.*, I TEMATICI, Contratto, dir. da G. D'AMICO, Giuffrè, 2021, 607, ma v. la posizione di E. NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giust. civ.*, 2020, 243.

¹⁸ CASS., 16 febbraio 1963, n. 357 in *Foro pad.*, 1964, I, c. 1283, con nota critica di S. RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*.

¹⁹ G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit.

²⁰ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 ss., e Id., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in CARLEO, *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, 2017, 17 ss.

di tutela debbano essere soddisfatte dal legislatore” unico a poter disporre “di tutti gli elementi di giudizio necessari per effettuare una valutazione dei diversi interessi”²¹.

Si comprende così come il tema abbia attratto la riflessione del filosofo, sempre più dentro “al conoscere e all’operare del giurista”²², nella ricerca di un giusto equilibrio fra legge e giurisdizione²³, basato su chiare scelte di politica del diritto guidate da Logica e Dogmatica²⁴. Vediamola da vicino.

Una bella analisi di alcuni anni fa esamina la struttura semantica delle clausole generali che appaiono come termini o sintagmi contenuti in enunciati normativi non vaghi, ma indeterminati, da concretizzare con criteri esterni e interni al diritto²⁵, fra loro “potenzialmente concorrenti”, utilizzando il sillogismo, interno, per un controllo di coerenza fra premesse e decisione ed esterno per la scelta dello *standard* e del suo contenuto²⁶.

Se seguiamo questo metodo occorre formulare, per la decisione, una premessa maggiore largamente condivisa e una minore dettata dal caso.

Nella nostra vicenda la premessa maggiore è chiara²⁷. Le origini romane, arricchite dalla dogmatica tedesca e rafforzate dalla scienza giuridica e dalla giurisprudenza anche italiana scandiscono un ordine consolidato. Dal dovere di correttezza e buona fede sorgono obblighi reciproci e autonomi di prestazione e di protezione. Questa tecnica di formazione giudiziale e sapienziale delle regole integra il rapporto credito-debito con precettività altra e diversa rispetto al rapporto voluto dalle parti. Essa “pone un limite all’esercizio del diritto di credito

²¹ G. D’AMICO, *Giustizia contrattuale*, cit., 607.

²² Si considera giustamente un classico il volume di V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, 2010, 95.

²³ Sul punto P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Laterza, 2020, 63 ss.; ID. *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Giuffrè, 2021, in part. 142-145, da un lato isolando l’auto-ordinarsi della società come filtro sistemico capace di scegliere “fra la folla dei fatti ed interessi solo quelli meritevoli di essere tutelati e promossi”, dall’altro non ripetendo all’infinito i difetti della giurisprudenza in un ordine politico, non solo nazionale, ove “la democrazia parlamentare offre la figura di un legislatore spesso assente, spesso sordo, spesso impotente, spesso addirittura cosciente di dover abdicare alle vecchie pretese totalizzanti”.

²⁴ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, 1996, 51, nt. 68, e il richiamo a G.W. LEIBNIZ, *Lettera a G. Wagner*, in *Scritti di logica*, a cura di Barone, Bologna, 1968, 508.

²⁵ V. VELLUZZI, *op. cit.*, 56-57.

²⁶ L. GIANFORMAGGIO, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo* (1991), in *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. DICOTTI e V. VELLUZZI, Giappichelli, 2008, 28. Ove la conclusione che “un giurista privo di consapevolezza critica è un cattivo giurista” mentre “un filosofo del diritto che non conosce il diritto non è un filosofo del diritto”.

²⁷ V. VELLUZZI, *op. cit.*

quando l'interesse del creditore entri in conflitto con un interesse del debitore che nel sistema degli interessi protetti assuma un valore preminente"²⁸.

La premessa minore deve considerare la carica normativa del fatto.

Come si è accennato esattamente la valutazione giudiziale deve attingere a quella che è stata definita la 'legalità del caso'²⁹ o il dovere di verità dell'interprete nel ricercare la regola più "congrua, convincente, adatta, appropriata a soddisfare le esigenze pratiche alla base del fatto storico". Falzea parla "di convenienza e adattabilità dell'effetto al fatto"³⁰ a cui deve obbedire anche il procedimento ermeneutico³¹. Scalisi osserva che "la regola deve recepire e conformarsi alla normatività insita nel fatto stesso", richiamando le taglienti parole di Pugliatti: "nel cuore del fatto non c'è soltanto l'essere, ma fuso insieme ad esso e inscindibile da esso c'è anche il dover essere"³². Parole limpide e chiare a tutti. L'interprete deve indagare la "carica di valore contenuta nel fatto e alla luce di essa interrogare il testo"³³. Perché la giuridicità è comprensiva del dato positivo e del dover essere portato dai fatti, osservato in base a quello che scorre nella vita sociale³⁴.

Il nostro caso è emblematico. Quale che sia la motivazione dei componenti nella società familiare il diritto di credito non viene esercitato per sette anni e l'intimazione di pagamento si ha dopo il dissolversi della famiglia, in modo improvviso e con una richiesta integrale.

Accertata una violazione della buona fede per un contegno abusivo o fonte di un affidamento legittimo si transita nel campo delle tutele perché la buona fede e l'abuso di diritto, come figure che appartengono allo stesso genere, "superano il modello della fattispecie e degli effetti come espressione di un ordine rimediabile che si sovrappone all'obbligo voluto dalle parti, orientando e correggendone gli effetti"³⁵.

²⁸ L. MENGONI, «Responsabilità contrattuale», in *Enc. del dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, ora in *Obbligazioni e negozio*. Scritti, II, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI, Giuffrè, 2011, 316, 332.

²⁹ C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 1189, e il richiamo a F. VIOLA, *La legalità del caso*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale – La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, a cura di G. PERLINGIERI e SESTA, Esi, 2007, 315 ss.

³⁰ A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1997, 62.

³¹ V. SCALISI, *Per un'ermeneutica giuridica 'veritativa' orientata a giustizia*, in *Riv.dir.civ.*, 2014, p. 1268.

³² S. PUGLIATTI, *Per un convegno di diritto cosmico* (1961), in *Scritti giuridici*, VI, Giuffrè, 2012, 44.

³³ V. SCALISI, *op. cit.*, 1266.

³⁴ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, 2017, 72 ss.

³⁵ A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, Giappichelli, 2019, 67 ss.

Si tratta di capire come e con quale strumento tecnico. E qui il compito spetta all'interprete nella delimitazione del fatto dovuto³⁶ e alla dogmatica nella scelta delle tecniche più appropriate al caso.

Sicché si può ricercare una volontà tacita della società di rinunciare al credito o di rimettere il debito. Se esiste una prova si potrà decidere in tal senso, motivando la possibilità di un effetto parziale della rinuncia, della remissione o *del pactum de non petendo*. Senza la quale lo strumento non sarebbe efficace al pari dell'inesigibilità, che ha una precisazione chirurgica nel limitare gli effetti in modo effettivo e proporzionale alla lesione inferta con il comportamento abusivo.

In mancanza resta una valutazione del solo comportamento conforme o contrario a buona fede.

Con una precisazione. Le due valutazioni sull'atto di rinuncia o remissione e sul comportamento omissivo, non si escludono a vicenda, ma concorrono nei limiti della compatibilità.

Sul punto si è espressa la grande lezione dogmatica risalente agli anni trenta del Novecento³⁷, da cui muove la distinzione fra atto e i contegni formativi ed esecutivi che non si esauriscono nella fattispecie, ma giustificano una rilevanza autonoma rispetto alla validità o inefficacia dell'atto³⁸. Di ciò è consapevole la giurisprudenza

³⁶ S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 1034 ss.

³⁷ A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica* (1929), in *Formalismo e sapere giuridico, Studi*, Giuffrè, 1963, 277. Chiave di volta della logica giuridica è: "la distinzione tra l'elemento formale e l'elemento materiale del diritto: altro è la norma, altro è l'insieme dei presupposti o condizioni cui la norma medesima subordina la propria applicazione: altro, in termini più poveri, è la regola, altro l'addentellato, il *support* della regola". "(...) senza il fatto, il valore non si particolarizza mai nelle singole valutazioni: il fatto media il valore, perché senza il fatto, il valore resterebbe allo stato di mera virtualità" (280). ID., *Limiti fra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, F.lli Viaggio-Campo, 1936, 345 ss., in part. 390-399.

³⁸ ID., *op. ult. cit.*, 392: "ogni figura di qualificazione giuridica si esaurisce, logicamente in sé stessa: nessuna ha in sé l'efficacia di dar luogo, per così dire, automaticamente, a nuove conseguenze giuridiche" ma la norma può assumere" come presupposto di conseguenze giuridiche un contegno, non in quanto atto giuridico qualificato, ma in quanto fatto (...) a tale situazione, perciò, e non alla preesistente qualificazione giuridica, in quanto tale, la norma ricollega le conseguenze giuridiche". G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, Giuffrè, 1983 43 ss., ID., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 104 ss., e in *Pers. e merc.*, 2008: ma v. con estrema chiarezza V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia: modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 210-214: "i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale".

italiana che nel distinguere fra regole di validità e di responsabilità, ammette queste ultime anche in presenza di un contratto valido ed efficace³⁹. Mentre tutte le fonti persuasive del diritto uniforme reputano sempre possibile un cumulo o un concorso della regola di validità e di efficacia e una forma di responsabilità aquiliana, contrattuale e precontrattuale⁴⁰. Il che contraddice l'idea che la clausola di buona fede sia regola del rapporto e non dell'atto⁴¹. La clausola concerne la valutazione di comportamenti doverosi che non sono assorbiti dalla fattispecie ma concorrono con essa nella definizione di rimedi effettivi e adeguati alla soluzione del caso.

Dunque, si può ipotizzare un risarcimento per la condotta abusiva e la violazione di un affidamento legittimo, provando il danno subito in base ad un onere che graverà sul danneggiato. Resta da esaminare una possibile inesigibilità del credito.

3. L'inesigibilità

La figura si distingue dalla impossibilità perché a differenza di quella "non produce effetti definitivi" limitandosi a provocare una stasi o un'inefficacia totale

³⁹ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725; Cass., 8 ottobre 2008, n. 24795, Cass., 25 luglio 2006, n. 16937, Cass., 5 luglio 2007, n. 2479, tutte in *Dejure*, e G. VETTORI, *La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 104 ss., ora in *Id.*, *Diritto dei contratti e ordinamento comunitario*, Giuffrè, 2009, 271 ss. *Id.*, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Contratti*, 2008, 8. «Ogni assetto di interessi privato va esaminato come atto, in base ad una valutazione strutturale di validità e come insieme dei contegni formativi ed esecutivi in base ad una valutazione dinamica che può condurre ad una pronuncia di responsabilità. Perché la disciplina dell'atto e dei contegni è diversa, come autonome e cumulabili sono le due valutazioni di validità e di responsabilità». Questa conclusione era già stata affermata dalla cassazione nel 2007 ma è ora ribadita con estrema lucidità e con profili del tutto innovativi, condivisi da una parte della dottrina

⁴⁰ L'art. 8.102 dei PECL (Principi di diritto europeo dei contratti) e l'art. 3.102 (*cumulation of remedies*) del *Charter 3* del DCFR affermano la possibilità di un cumulo dei rimedi con il solo limite della compatibilità. Gli artt. 7:216 e 7:304 del *Charter 7* del DCFR prevedono la possibilità di altri rimedi in presenza di un'invalidità. La Convenzione sulla vendita internazionale di merci agli artt. 45 (obblighi del venditore) e 61 (obblighi dell'acquirente) prevedono la possibilità di cumulo fra adempimento, risoluzione e risarcimento. La Proposta di Regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita, all'art. 29 (Rimedi in caso di violazione di un obbligo di informazione) prevede che il risarcimento non pregiudica l'applicazione dei rimedi previsti nell'art. 42 (recesso), 48 (dolo), e negli altri casi di annullamento o inefficacia del contratto. La sentenza *Courage* della Corte di Giustizia afferma la compatibilità fra un'azione di danni del consumatore pur in presenza di una nullità del contratto a cui lui stesso ha dato causa.

⁴¹ E. SCODITTI, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in *Questione giustizia*, 2019, ma vedi anche *Id.*, *Regole di efficacia e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 131 ss.

o parziale della pretesa per l'esistenza di un abuso o di un contegno del creditore che giustifica un'*exceptio* fondata sulla prevalenza dell'interesse del debitore⁴². In presenza di circostanze che il § 275 del BGB descrive come grave sproporzione, tratta dal contenuto dell'obbligo e dal giudizio di buona fede, escludendo la mera impotenza finanziaria o la semplice "esorbitanza"⁴³.

Questo rimedio in Italia è costruito in modo diverso. Si tiene conto che l'attuazione del rapporto di credito "non risponde esclusivamente alla logica formale della conformità al titolo e alla legge, ma si adegua alla sostanza dell'assetto di interessi realizzato con l'obbligazione". Con un duplice livello di valutazione realizzato dalla fonte dell'obbligo e dall'art. 1175 cod. civ., potenziato dai riferimenti alla tutela della persona alla cui salvaguardia "l'obbligazione è vocata in forza della sua struttura complessa"⁴⁴. Specie quando la posizione del debitore sia esposta a circostanze eccezionali come la crisi economica globale o la Pandemia⁴⁵.

Si deve poi distinguere *ineseguibilità* ed *inesigibilità*⁴⁶: la prima "implica una valutazione del rapporto tra mezzi e scopo (...) tramite una diagnosi preliminare sul contratto interpretato alla luce dell'art. 1366 cod. civ." Mentre la inesigibilità presuppone una prestazione possibile, oggetto di obbligazione, il cui adempimento, in date circostanze, non può essere preteso dal creditore" per un termine non ancora scaduto (1185 cod. civ.), per l'esercizio di un'azione dilatoria (1460 cod. civ.) o nella forma dell'abuso del diritto "fungendo non da limite dell'obbligazione ai sensi degli artt. 1218 e 1256 cod. civ., bensì da autonoma 'causa esimente' del debitore"⁴⁷.

Questo rimedio ha un preciso seguito nel nostro ordinamento⁴⁸, anche se

⁴² A. NICOLUSSI, *op. cit.*, 36, 42-43, 93, 109.

⁴³ F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, 2015, 447 ss. Dove si trova una compiuta analisi della dottrina tedesca e italiana sul punto.

⁴⁴ *Id.*, *op. cit.*, 453-456.

⁴⁵ Da ultimo A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, a cura di G. GRISI, Jovene, 2014, 32 ss. *Id.*, *Obbligazioni e tutele*, Giappichelli, 2019, 179 ss.

⁴⁶ F. GAMBINO, *Le obbligazioni*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Utet, 2015, 1991 ss., 560 ss. E il richiamo a L. MENGONI, voce cit.

⁴⁷ F. GAMBINO, *op. cit.*, 193, e ancora L. MENGONI, voce cit., 334.

⁴⁸ P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene, 1996, 283; e A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 1992, 125, nt. 1, e di recente F. ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 603 ss., F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Cedam, 1971, *passim*, S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, 1978; F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Jovene, 2006, spec. 93 ss., 139 ss., 153 ss.; BOZZI, *La negozialità degli atti di rinuncia*, Cedam, 2008, spec. cap. V, §§ 6-9. Autori tutti citati da G. D'AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, in *Questa rivista*, 2021, 1164.

esiste una giurisprudenza oscillante⁴⁹, come sull'usura sopravvenuta, le decisioni dell'Arbitro bancario e finanziario⁵⁰ e della Corte di cassazione.⁵¹

⁴⁹ V. sul punto G. D'AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, cit., 1167, e il riferimento a Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, in *Foro it.*, 2004, c. 1397 (con Nota di G. COLANGELO), e al Commento alla sentenza di F. ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 603 ss.

⁵⁰ A.B.F., 21.3.2017 n. 3090, in www.arbitrobancariofinanziario.it: Il Collegio deve al riguardo richiamare il nuovo indirizzo della Cassazione (3.4.2013, n. 1796), secondo cui la norma d'interpretazione autentica recata dalla l. 28.2.2001, n. 24, esclude la rilevanza dell'usura sopravvenuta ai soli fini della declaratoria di nullità della clausola *ex art.* 1815, comma 2°, cod. civ.; non consente anche, per converso, di consolidare l'efficacia, nel corso del rapporto, degli interessi divenuti nel frattempo usurari. Sviluppando tale impostazione, questo Collegio ha distinto opportunamente gli effetti dell'usura a seconda se riferiti al momento genetico dell'accordo o invece al momento funzionale; distinguo assai rilevante, poiché schiude il varco da un lato all'esclusione della ricorrenza di una fattispecie – qui palesemente inammissibile – di invalidità sopravvenuta del contratto di finanziamento o di una sua specifica clausola, *dall'altro lato alla configurazione, nella specie, di una mera inopponibilità al cliente dei tassi eccedenti rispetto al tasso soglia legale, trimestralmente rilevato*. A.B.F., 19.5.2016 n. 46664: in www.arbitrobancariofinanziario.it “Peraltro non è superfluo precisare che, in base agli orientamenti dell'Arbitro stabiliti da Collegio di coordinamento (decisione 77/2014), l'accertamento dell'usura sopravvenuta avrebbe come conseguenza solamente la declaratoria di inesigibilità degli interessi corrisposti sopra soglia, e non invece la gratuità del credito come sostiene il ricorrente: ciò in quanto, a seguito dell'interpretazione autentica introdotta dall'art. 1 del d.l. n. 394/2000, è stato chiarito che l'usura sopravvenuta non riguarda l'applicazione dell'articolo 644 del codice penale e dell'articolo 1815, secondo comma, del codice civile. Di conseguenza, il Collegio ritiene che la riconduzione del rapporto ai tassi effettivamente concordati (più bassi del tasso soglia) risulti soluzione anche più vantaggiosa al ricorrente che se si fosse accertata l'usura sopravvenuta”.

⁵¹ Per tutti su “risorse e ambiguità della buona fede”: F. GAMBINO, *L'usura “sopravvenuta” e l'indigenza del dato positivo*, in *Giust. civ.*, 2014,3, p.885ss.: La soluzione, in questa seconda chiave di lettura, dominata dalla buona fede, muove dal «rapporto», considerato nel suo concreto svolgersi e attuarsi. Si tratta di assumere, come luogo di incidenza delle variazioni successive, i comportamenti delle parti; immessi, per effetto di quelle variazioni, in un diverso contesto situazionale. Si delinea la correlazione tra esercizio del diritto e adempimento dell'obbligo. L'uno, che nel principio di buona fede trova limiti e condizionamenti; l'altro, che rinvia nell'interesse del creditore, nel risultato atteso, un criterio di valutazione. La nozione – inesigibilità – può però colorarsi di un significato forte e di un significato debole. In un senso, il fenomeno implica indebito oggettivo; sicché, in caso di avvenuto pagamento, il debitore ha diritto alla restituzione. Nell'altro, non si darebbe immediata corrispondenza tra inesigibilità e indebito. L'indebito presuppone l'invalidità o l'inefficacia della fonte, che qui manca. La situazione di inesigibilità, equiparabile a ciò che accade nella prescrizione, esige che il debitore la eccepisca. In mancanza, in caso di integrale adempimento, gli è preclusa l'azione di restituzione per indebito oggettivo.

A ben vedere l'inesigibilità esige una riflessione attenta sul rapporto tra interpretazione e comparazione⁵² che può aprire ad un'ermeneutica "storicamente adeguata"⁵³ in risposta alle esigenze del fatto. Ma non solo. Occorre riflettere nel nostro ordinamento sul rapporto fra inefficacia e validità e sulla loro possibile coesistenza. Solo qualche cenno tratto da un pensiero limpido.

L'inefficacia colpisce l'effetto e implica "la mancata attribuzione di valore (in termini di possibilità o necessità di agire) ai modelli di comportamento prescelti dalle parti per la realizzazione dell'assetto di interessi avuto di mira". In tal caso il regolamento o il programma, pur rilevante e riconosciuto valido, rimane carente di effetti, perché l'ordine giuridico non ritiene che i comportamenti o le condotte, cui è affidata dalle parti la realizzazione del divisato assetto di interessi, possano formare oggetto di una qualificazione di valore". Sicché l'assetto di interessi "pur avendo ottenuto la garanzia giuridica della propria conservazione (validità) non riesce, ciò nonostante, a conseguire anche la garanzia giuridica della propria realizzazione"⁵⁴.

Ciò può avvenire "per cause intrinseche all'effetto (indeterminatezza del soggetto o dell'oggetto)", ma anche per "ragioni estrinseche, e più propriamente ragioni di sistema" volte "ad impedire all'effetto di prodursi o di esplicarsi pienamente"⁵⁵ in presenza di un contegno in mala fede nella fase esecutiva di un obbligo, quando la clausola negoziale o la pretesa legittima, ma abusiva "è improduttiva di effetti non in quanto tale, ma *ab-extrinseco*". Perché, "avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, è contrario al dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede, prestare attuazione a quella determinata clausola"⁵⁶, o considerare legittimo un contegno omissivo. In entrambi i casi è il fatto che orienta nella richiesta di una tutela che dia piena ed effettiva risposta ad un affidamento determinato da un silenzio, un'inerzia o una tolleranza⁵⁷.

⁵² M. GRONDONA, *Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio Ascarelli, "Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica". Un esercizio di lettura*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, a cura di M. BRUTTI e A. SOMMA, Max Planck Institute, 2018, 219-244, |e il richiamo nella nt. 6 a Betti.

⁵³ T. ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, studio introduttivo a HOBBS, *A dialogue between a philosopher and a student of the Common Law of England* / G.W. LEIBNIZ, *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum – De casibus perplexis – Doctrina conditionum – De legum interpretatione*, Giuffrè, 1960, 64.

⁵⁴ V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia*, cit., ora in *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Giuffrè, 2011,

⁵⁵ V. SCALISI, cit., 146-148.

⁵⁶ COSÌ CASS., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, 1296, con nota di BARONE (caso *Fiuggi*).

⁵⁷ D. IMBRUGLIA, *La clausola di tolleranza*, in *Pers. e merc.*, 2017, 219 ss.

Dunque, l'inesigibilità ben motivata e delimitata rientra, anche nel nostro ordinamento, fra le tutele possibili per la violazione della clausola generale di buona fede e la recente sentenza della Cassazione ha il merito di aver riproposto il problema di ammissibilità di un rimedio, compatibile con il nostro ordine giuridico e utile per la soluzione di molti conflitti.

I contratti speciali nel loro excursus storico. Appunti e considerazioni

SOMMARIO: 1. Il perimetro dei problemi – 2. Le tecniche di normazione – 3. Indicazioni tratte dalla storia delle codificazioni – 4. L'eredità del diritto romano – 5. L'eredità napoleonica – 6. Le indicazioni derivanti dal common law – 7. Le scelte del legislatore europeo – 8. I progetti di codificazione civile europea – 9. Normative di settore (TUB e TUF)

1. Il perimetro dei problemi

Nella letteratura contemporanea si trovano trattazioni dedicate ai contratti speciali non in quanto categoria autonoma rispetto alle trattazioni sul contratto in generale, ma piuttosto saggi sul rapporto tra la disciplina del contratto in generale e i singoli contratti tipici che prendono il nome di contratti speciali in quanto recano una disciplina che può divergere dalle regole generali. E si mettono in evidenza le deroghe alla disciplina generale, le possibili estensioni – anche mediante l'interpretazione analogica – delle regole speciali alle regole generali, le diverse classificazioni dei contratti speciali, la formazione di sottogruppi, o addirittura si preconizza la elaborazione di regole generali comuni ai contratti speciali ma diverse dalle regole sul contratto in generale.

Tutto ciò come se l'interprete, posto davanti al testo di legge inteso come una tavola combinatoria, potesse fare liberamente le sue manipolazioni.

Il che ovviamente avviene nel diritto vivente, e grazie alla interpretazione creativa della giurisprudenza.

I contributi recenti riflettono analisi che si sono poste finalità diverse.

Innanzitutto, si è messa in evidenza la tecnica redazionale delle regole a contenuto generale e delle regole a contenuto speciale, e quindi la maggiore o minore estensione della fattispecie, con i problemi di interpretazione che questo rapporto implica; si sono anche individuati diversi livelli di disciplina, posto che all'interno dei singoli tipi disegnati dal legislatore si sono declinati diversi sottotipi; ci si è chiesti se le regole speciali derogano alle regole generali; oppure se le regole generali possano essere applicate a tutti i tipi sì che a ciascun contratto tipico si debbano applicare le prime e le seconde contestualmente; e si è discus-

sa la possibilità di attingere dalle regole speciali principi che potessero essere applicati a categorie di ipotesi più late; così come la possibilità di trasferire le regole previste per un tipo ad un altro tipo, qualificando queste regole migranti come regole “transtipiche”; si è inoltre discussa la deroga alle regole generali da parte delle regole speciali, con le diverse varianti previste; ancora, si è affrontata la problematica relativa ai tipi contrattuali, e ai contratti atipici e quindi alla collocazione di questi ultimi nell’ambito di applicazione delle regole dedicate ai primi, con le diverse tecniche di assorbimento, prevalenza, combinazione di tipi; ma si è teorizzata anche la posizione opposta, cioè la negazione della tipizzazione e la formazione di “microsistemi”, con l’eventuale applicazione delle regole sulla interpretazione analogica e sui principi generali; si è inoltre esaminato il problema della decodificazione, e il problema opposto, della conversione in tipi legali di operazioni economiche oggetto di tipizzazione sociale, e delle ragioni di politica del diritto sottese a queste decisioni. E della proliferazione dei tipi legali disciplinati con leggi speciali, o nominati con leggi speciali ma poi non regolati in modo completo. Tutto ciò ovviamente nella prospettiva della maggiore o minore ampiezza della libertà contrattuale concessa (o riconosciuta) alle parti. E in quest’ambito si è discussa la libertà dei privati di inserire clausole atipiche nella disciplina del tipo contrattuale e anche, in particolare, nei tipi dei contratti sociali.

Al di là di quelle formule poco eleganti e tutto sommato oscure che fanno riferimento al primo, al secondo e al terzo contratto – dimenticando che il contratto ha passato molte “stagioni” ed è lo strumento più duttile tra quelli messi a disposizione dei privati da parte dell’ordinamento – si è addirittura proposto il ritorno alla distinzione tra contratti civili e contratti commerciali, una distinzione classista che era propria del mercato liberista dell’Ottocento, del tutto indifferente ai valori della persona.

Si dimentica così l’insegnamento della storia e della comparazione.

2. Le tecniche di normazione

Le tecniche dei legislatori non sono uniformi in tutti i codici e in tutte le esperienze. Ad esempio, nel codice civile del 1942 vi sono regole dettate per gruppi di contratti e uniformate dalla qualificazione di uno dei contraenti, come accade per i contratti bancari, oppure sono uniformate dall’oggetto, come accade per la categoria dei contratti aleatori.

Quanto alle regole generali ci si è chiesti se esse abbiano ancora un ruolo centrale nella disciplina del contratto o non siano emarginate dalla proliferazione di contratti tipici o di contratti atipici regolati – per analogia o per processo di tipizzazione – con regole speciali. E ci si è chiesti quali siano le regole generali

che non sono derogate dalle regole speciali per cui esse valgono per tutti i tipi. Con questo interrogativo si ritorna all'origine del discorso: come sono concepite le regole sul contratto e quali rapporti vi sono tra regole generali e regole speciali?

3. Indicazioni tratte dalla storia delle codificazioni

Val la pena di comprendere come nasca la categoria dei contratti speciali e come essa sia stata codificata quanto meno sotto forma di raggruppamento di figure tipiche di contratti, a cui poi si riconducono, là dove possibile, i contratti non nominati, non tipizzati, creati dalle parti in virtù della libertà contrattuale loro concessa dall'ordinamento.

È appena il caso di precisare che i contratti speciali non sono il frutto di una trattazione uniforme che si tramanda nel tempo, né derivano la loro esistenza da un unico più o meno esteso testo normativo ma sono il frutto della sedimentazione erratica che nel corso degli anni ha ricevuto una sistemazione dogmatica e ha trovato nelle prime codificazioni lo strumento per essere consegnata fino a noi. Ciascun contratto speciale ha la sua storia e le sue avventure e disavventure, a seconda del favor da cui era circondato.

4. L'eredità del diritto romano

Occorre dunque risalire al diritto romano classico, e principalmente a Labeone, per classificare gli accordi delle parti a seconda che siano compiuti attraverso un agere, oppure un gerere oppure in *contrahere*; mentre le prime due categorie sono nebulose e non vengono seguite dai pretori nei loro editti, acquista maggior consistenza la terza categoria, con la quale Labeone costruisce i contratti consensuali fondati su una causa, cioè sul "sinallagma". (Brutti, *Il diritto privato nell'antica Roma*, 3° ed., Torino, 2015, 436 – 437). Da Labeone poi grazie alle rielaborazioni di Pedio e di Ulpiano nasce la *conventio* che comprende sia atti ad affetti obbligatori, come la compravendita, la locazione, la *stipulatio*, sia atti ad effetti reali, come il pegno. Ulpiano si riferisce anche agli atti riconosciuti dallo *ius gentium*, che generano talvolta azioni e talvolta eccezioni, e sono denominati contratti di compravendita, locazione-conduzione, società, comodato, deposito e simili. Finalmente Ulpiano, tenendo conto degli schemi delle obbligazioni, prende in considerazione gli atti che hanno oggetto lo schema del *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*. Accanto a questa classificazione nasce la quadripartizione che ha riguardo alle modalità del *contrahere*: *re*, *verbis*, *litteris*, *consensu*. Ed è questa la classificazione che avrà per sé il futuro, essendo ripresa

nelle Istituzioni di Gaio e poi dalle Istituzioni di Giustiniano, che specificano meglio anche le varie figure che generano obbligazioni non riconducibili al contratto o all' illecito.

La classificazione che ormai segna nella scienza giuridica la disciplina delle operazioni tipiche riguarda dunque la consegna della cosa (mutuo, comodato, sequestro, deposito, pegno, fiducia, la pronuncia di parole solenni (stipulatio, dotis dictio, promissio iurata liberti), la scrittura, il consenso (compravendita, locazione, mandato e società). La giurisprudenza ammette anche variazioni dei tipi: il mandato di credito e la mediazione.

Accanto a queste figure si annoverano poi la donazione, che ha una storia a sé, i patti innominati (permuta, contratto estimatorio e precario (Serafini, Istituzioni di diritto romano, II ed., Modena, 1899, p. 156 ss.) e la congerie dei patti (pacta adiecta, praetoria, legitima) ciascuno dei quali ha una propria storia, come il pactum de non petendo, il patto commissorio, i patti nudi che non producono azione e quindi non sono vincolanti.

La tradizione medievale, l'economia curtense, la religione cristiana e il diritto canonico, insieme con la logica e la filosofia arricchiscono la scienza giuridica sino a legittimare la categoria generale del contratto, in cui confluisce la molteplicità dei patti, che viene tramandata insieme con le operazioni economiche tipiche del commercio e dei rapporti tra privati: un parallelismo che conduce ad una dicotomia considerata così "naturale" da potersi riprodurre senza necessità di approfondimenti.

Accanto a questa dicotomia che interessa a noi moderni per capire come nascano le regole del contratto in generale, e come si perpetuino le regole dei singoli contratti speciali, fiorisce una nuova categoria dettata dall'economia mercantile: la lex mercatoria in cui le operazioni economiche registrate dai Romani senza differenziazioni, ora sono assoggettate a regole speciali convenienti allo status delle parti. Dai rapporti commerciali nascono nuovi tipi contrattuali che hanno la loro sorte nella disciplina consuetudinaria fino alla loro inclusione nella legislazione statale organizzata mediante la codificazione commerciale. La loro codificazione non garantirà soltanto l'uniformità della disciplina e la chiarezza del codice, non agevererà soltanto la loro conoscibilità, ma offrirà il destro al legislatore per equilibrare i rapporti tra le parti – salvi i privilegi della categoria dei commercianti – e nel contempo per attrarre al diritto scritto e quindi meglio controllato dall'autorità ogni forma di contrattazione tra i privati.

È interessante notare che nei codici di commercio non si disciplina il contratto commerciale come figura generale a cui si riconducono le operazioni economiche bensì gli atti di commercio che sono i contratti commerciali tipici.

Com'è noto, il Codice di Napoleone di ha tneuto conto del diritto romano, delle consuetudini e delle trattazioni di Domat e Pothier.

Nella sua colta prosa Domat (*Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1689, ora *Traité des lois*, Parigi, 1835, p. 122) precisa che la quadripartizione delle obbligazioni ora si deve ritenere assorbita da una tripartizione (do ut des, do ut facias, facio ut facias) che comprende tutte le convenzioni in cui nulla è gratuito e l'impegno di una parte costituisce il fondamento dell'obbligo dell'altra; ad esse si affianca la donazione che si giustifica o per un servizio reso o per i meriti del donatario o per il piacere di fare del bene (124).

Tutte le convenzioni, che abbiano un nome proprio, perché sono frequenti e conosciute, oppure non l'abbiano, sono produttive di effetti e obbligano le parti a ciò che esse hanno convenuto (124). Le convenzioni si formano con il consenso e sono arbitrarie, dipendono dalla volontà delle parti e sono valide purché non siano contrarie alla legge o ai buoni costumi (128) ed hanno forza di legge tra le parti (130). Le convenzioni possono essere modificate, integrate da patti, purché sia rispettata la buona fede.

Molte delle sue frasi semplici e lapidarie sono state trasposte direttamente nel Code Napoléon, come articoli unici o commi di articoli più dettagliati.

Domat non si diffonde particolarmente sulla disciplina delle convenzioni, a cui dedica poche pagine che riguardano la loro interpretazione, la nullità, la risoluzione. Dopo la lunga trattazione dei contratti speciali più frequentemente conclusi dai privati colloca un capitolo sui vizi delle convenzioni (380).

Dalla disciplina (generale) delle convenzioni Domat passa alla descrizione delle regole su convenzioni particolari, qualche volta facendo precedere il loro nome dalla categoria a cui appartengono (es. contratto di vendita) altra volta denominandole puramente e semplicemente come esse erano note nella pratica commerciale (es. permuta). E tratta unitariamente sia le operazioni concluse tra privati sia le operazioni effettuate dai mercanti, con altri mercanti o con privati.

Anche lo schema di trattazione è utile da considerare, perché sarà la trama seguita dai redattori del Code Napoléon.

La vendita (155) è il primo contratto speciale esaminato perché è il fondamento del commercio un po' più evoluto di quello basato esclusivamente sul baratto; lo scambio è comunque necessario per soddisfare i bisogni attraverso il trasferimento della proprietà da una persona ad un'altra con l'uso della "moneta pubblica" (155).

La vendita si presenta con la definizione e la formazione del consenso, il quale di per sé crea obbligazioni, senza necessità né della consegna della cosa né del pagamento del prezzo. Seguono i contenuti del contratto: la consegna, la custodia e le obbligazioni del venditore nei confronti dell'acquirente; le obbligazioni dell'acquirente nei confronti del venditore; la cosa e il prezzo; le condizioni del contratto, come la caparra, la facoltà di riacquisto, le modificazioni del valore della cosa venduta, la nullità, la rescissione (e il giusto prezzo), l'evi-

zione, la restituzione e la riduzione del prezzo, le vendite speciali. Così è per la locazione (201): la definizione, le obbligazioni del locatore e del conduttore, e i diversi sottotipi di locazione, compreso il contratto di lavoro (*louage de travail*) disciplinato come locazione d'opere.

Seguono il prestito d'uso (il comodato) e il precario, e il prestito puro e semplice, cioè il mutuo (un prestito di cose consumabili come la moneta, il grano, i liquori e cose simili) (231). Essi si distinguono perché il primo e il secondo sono gratuiti, il terzo oneroso. E si differenziano per loro natura dalla vendita e dalla locazione. È l'“ordine della società” che è all'origine di queste convenzioni (234) e la legge divina che si coniuga a quella umana per condannare le convenzioni che prevedono un corrispettivo eccessivo, cioè l'usura (237). Per pagine e pagine Domat – che ha a cuore l'esposizione ragionata e uniforme dei caratteri delle convenzioni – si diffonde sulle caratteristiche dell'usura, condanna la sua tolleranza nel diritto romano, e giustifica le pagine della Bibbia, che consente il ricorso all'usura nei confronti degli stranieri, ma la vieta agli Ebrei nei rapporti interni, adducendone a giustificazione il fatto che all'epoca in cui la Bibbia dettava le sue regole il popolo eletto era duro e volgare (come dimostra il fatto che la Bibbia ammette il divorzio), essendo l'usura – come il divorzio – condannati dal diritto naturale (244).

Seguono il deposito e il sequestro e finalmente le società, che sono comunità di guadagni e profitti per singoli affari o attività, oppure universali. Ed ancora il contratto di matrimonio civile che riguarda beni (essendo piuttosto il contratto di matrimonio che riguarda le persone un vincolo connesso al sacramento divino) utilizzati per la costituzione di doti e per le donazioni agli sposi (beni parafernali). Di qui i diversi tipi di donazione: tra vivi, bilaterali, post mortem, unilaterali, queste ultime equiparabili ai legati e all'istituzione di erede (298).

Domat esamina inoltre gli atti con cui si costituiscono i diritti reali minori, usufrutto uso e abitazione, e servitù.

E la transazione, volta a definire mediante una trattativa un giudizio pendente oppure volta a prevenirlo; il compromesso; la procura, il mandato, la commissione; il contratto d'albergo (*engagemens de l'hotelier*) (370); il contratto di trasporto per mare e per terra, di persone e di cose, il contratto di cambio, che si esegue mediante la lettera di cambio, e la mediazione.

Domat non distingue tra contratti civili e commerciali, dà rilievo ai contratti di derivazione romana, ma li immerge nella sua epoca, in cui si deve tener conto del diritto naturale, e, ovviamente, del diritto divino, cioè dei precetti del Vangelo.

La trattazione completa dei contratti più rilevanti è effettuata tuttavia da Pothier. Egli dapprima elabora, sulla base del diritto romano e delle consuetudini, il *Trattato delle obbligazioni*, a cui fa seguire in singoli tomi una analisi accu-

rata di vendita, locazione, matrimonio, società, donazioni, cambio, e il contratto di “bienfaisance” che comprende il comodato, il mutuo e il deposito.

Nel Trattato delle obbligazioni riprende quanto già detto da Domat, dà la definizione di contratto, inteso come una sottospecie della convenzione (è una convenzione che genera obbligazioni) e spiega che convenzioni, contratti e patti sono tutti uniformemente disciplinati dal diritto della sua epoca come vincoli che nascono dal consenso, non potendosi più ammettere le distinzioni del diritto romano e dovendosi applicare il diritto naturale. E tuttavia mostra di conoscere bene il diritto romano, che cita in modo appropriato.

La struttura del contratto di vendita, che si può prendere ad esempio del suo modo di trattare i diversi contratti, costituirà poi il modello del Code Napoléon: la vendita è descritta nella sua essenza, che consiste di una cosa, di un prezzo, e del consenso con cui le parti si scambiano la cosa con il prezzo; ne derivano le obbligazioni del venditore, le obbligazioni dell' acquirente, la ripartizione del rischio nella fase temporale intercorrente tra la conclusione del contratto e la consegna della cosa, l'esecuzione e la risoluzione del contratto, la promessa di vendita, le vendite speciali e le figure affini alla vendita.

Ogni tipo contrattuale ha la sua storia, che, certo, discende dal diritto romano, ma si è arricchita delle consuetudini e delle leggi via via imposte dall'autorità, oltre che dal diritto naturale.

Anche Pothier non distingue tra contratti civili e contratti commerciali.

Nel progetto predisposto da Cambacérès nel 1797 si trovano disciplinate le operazioni economiche più frequenti, con formule semplificate: vendita, permuta, locazione, società, prestito, cambio, deposito, mandato, ipoteca.

5. L'eredità napoleonica

È con la legge di riunione delle leggi civili del 10 ventoso dell'anno 12 (1804) che Napoleone Bonaparte Primo Console e Claude Regnier Ministro della Giustizia stabiliscono l'ordine delle materie collocando una legge dopo l'altra, così come erano state approvate, e facendo ruotare, come è noto, il tutto intorno ai modi di acquisto della proprietà. Nel libro III, dopo le successioni e le donazioni troviamo quindi le obbligazioni, nelle loro diverse specie, e i contratti intesi come obbligazioni convenzionali in genere (art. 1101). Le regole sono poche e semplici, non superano gli ottanta articoli, e riassumono l'essenza di tutti i contratti speciali sotto forma di obbligazioni di dare, di fare o di non fare (art. 1126). Il contratto è immerso nella disciplina delle obbligazioni. E i singoli contratti iniziano con il matrimonio (e quindi l'amministrazione dei beni, la comunione legale e la comunione convenzionale, la dote e i beni parafernali), la vendita, la

locazione, la soccida (*cheptel*), il contratto di società, il comodato e il prestito ad interesse, il deposito e il sequestro; vengono per la prima volta in emersione i “contratti aleatorii” cioè gioco e scommessa, a cui seguono il mandato, la fideiussione, la transazione, il pegno, i privilegi e le ipoteche.

Con la codificazione del 1807 i rapporti riguardanti i commercianti sono distinti tra contratti civili e contratti commerciali. Composto di quattro libri in cui si disciplina il commercio in generale, il diritto marittimo, il fallimento e la bancarotta, e la giurisdizione commerciale, i contratti presenti nella *lex mercatoria*, il codice disciplina partitamente le società, la borsa, la lettera di cambio, ma soprattutto distingue gli atti civili dagli atti di commercio; come tali sono considerati gli atti civili compiuti da un commerciante. La sottrazione dei contratti commerciali alla *lex mercatoria*, che i commercianti avevano costruito a proprio vantaggio, potendo disporre di una autoregolamentazione praticamente senza confini, imponendo anche ai privati gli usi del commercio, era compensata dai privilegi concessi agli stessi commercianti, compreso il privilegio del foro, che implicava la conservazione della competenza in capo ai tribunali speciali, composti da membri tratti dalle fila dei commercianti stessi.

Dal Code Napoléon discendono il codice civile albertino e il codice civile del Regno d'Italia. Nel codice albertino la disciplina dei contratti speciali è un po' più varia rispetto a quella del codice napoleonico: si tratta di vendita, permuta, locazione, integrata da regole particolari sulle affittanze dei fondi rustici; si introducono gli appalti e i cottimi; si disciplinano ancora soccida, società, l'imprestito d'uso ossia comodato, il mutuo e il mutuo ad interesse, le rendite, il deposito e il sequestro, i contratti di sorte, cioè gioco e scommessa e il contratto vitalizio, il mandato, la sicurtà ossia la fideiussione, le transazioni, il pegno, l'anticresi, i privilegi e le ipoteche.

Lo schema con cui si ordinano i contenuti dei singoli contratti è quello inaugurato da Domat e poi da Pothier e quindi dal Code Napoléon: definizione, obblighi di ciascuna delle parti, effetti, regole particolari.

Anche il Codice civile del 1865 non fa eccezione, ma i contratti speciali si moltiplicano: alla vendita segue la cessione dei crediti e di altri diritti, la permuta, l'enfiteusi, la locazione, la mezzedria e colonia, la soccida, la società, il mandato, la transazione, la rendita, il contratto vitalizio, il gioco e la scommessa, il comodato, il mutuo, il deposito e il sequestro, il pegno, l'anticresi, la fideiussione, le ipoteche e i privilegi.

E nel contratto di commercio del 1883 si trovano la vendita, il riporto, le società, l'associazione in partecipazione, il mandato, il conto corrente, la commissione, il trasporto, l'assicurazione.

Il compromesso è disciplinato nel codice di procedura civile.

Più preciso per certi aspetti è il codice civile austriaco del 1811: disciplina il deposito, il comodato e il precario, il mutuo, il mandato, la permuta, la vendita (con cui si trasmette la proprietà, ma solo con la tradizione della cosa) declinata in tutte le sue sottospecie, compreso il contratto estimatorio, il contratto di locazione e conduzione, il contratto di edizione di opera scritta, il contratto di società o di comunione dei beni. Hanno una disciplina a sé i patti nuziali e i patti successori. Ed ancora i contratti di garanzia, assicurazione, fideiussione, il pegno, l'ipoteca, la transazione, la novazione, la cessione, l'assegnamento (delegazione).

In altri termini, l'inclusione nei codici di regole speciali riguardanti particolari tipologie di contratti non comporta problemi di coordinamento e di collegamento con le previsioni sul contratto in generale: le regole speciali possono derogare alle regole generali perché sono il portato di una tradizione parallela che trascina le regole speciali fino al momento della codificazione generale. Né si pongono problemi per l'applicazione delle regole generali ai tipi speciali nei casi in cui questi non provvedano autonomamente, come accade ad es. per le regole sulla interpretazione, o per i rimedi, sempre che i contratti speciali non provvedano di per sé a prevederli, come accade ad es. per le garanzie nella vendita.

6. Le indicazioni derivanti dal common law

In common law l'assenza di una codificazione ha reso ancor più indipendenti la formazione di regole concernenti il contratto in generale e la formazione di regole concernenti i singoli contratti; di più, non essendo previste regole per i contratti tra privati e regole per i contratti dei commercianti, la disciplina dei singoli contratti prescinde dallo status delle parti.

7. Le scelte del legislatore europeo

In assenza di un codice civile unitario il legislatore europeo è intervenuto per singoli settori, creando altrettanti microsistemi, come è capitato per il settore bancario e finanziario, per le assicurazioni, per singoli tipi contrattuali, come ad es. l'agenzia, oppure mediante la fissazione di regole che riguardano categorie di contratti qualificati dal ruolo di una delle parti, come i contratti dei consumatori.

Qui le deroghe e le eccezioni alla disciplina generale concernono le modalità di conclusione del contratto e la trasparenza precontrattuale, il diritto di recesso, il contenuto del contratto e le clausole vessatorie, e tutte le figure di nullità di protezione, che implicano ovviamente una integrazione dei rimedi offerti dalle regole di tenore generale.

Non necessariamente i rimedi speciali si sostituiscono a quelli previsti dalla disciplina generale, come accade ad es. per l'azione di risarcimento del danno in caso di responsabilità del fabbricante, oppure per le condizioni generali di contratto (e quindi per l'applicazione degli artt. 1341 e 1342 ai contratti dei consumatori).

Ma soprattutto non si avverte l'esigenza di dettare regole generali all'interno dei macrosettori, sì che, ad es., in materia di responsabilità (contrattuale ed extra-contrattuale) nel settore societario bancario e finanziario vi sono regimi speciali diversificati per le società di revisione, per le agenzie di credito, per le emittenti, per gli intermediari.

8. I progetti di codificazione civile europea

I progetti di codificazione europea non sono particolarmente significativi nella definizione dei rapporti tra regole generali e regole speciali dei contratti. I PECL si limitano a stabilire le regole di carattere generale e ad assicurare la più ampia libertà contrattuale. Dispone infatti l'art. 1:102:

Freedom of Contract

(1) Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles.

(2) The parties may exclude the application of any of the Principles or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided by these Principles.

I PECL ignorano la disciplina della causa e del tipo contrattuale.

Il Draft Common Frame of Reference introduce limiti più consistenti, con riguardo alle regole *mandatory*, alla contrarietà delle pattuizioni ai principio di non discriminazione, di buona fede e di correttezza, e si occupa soprattutto – considerata la prospettiva di questa analisi – ai contratti “misti”. Pur non disciplinando causa e tipo, fa riferimento alla natura e allo scopo del contratto come a criteri elettivi delle norme applicabili ad un contratto ideato dalle parti (Book II, cap. I:108, par.2), sì da applicare al contratto – a parte le regole imperative – le norme di un tipo per le clausole che si avvicinano a quel tipo e le norme di un altro tipo per le clausole che si avvicinano a questo, oppure, se prevalgono le regole di un tipo, fa riferimento a questo per l'intero contratto, e se non sono identificabili tipi precisi, fa rinvio alla applicazione delle regole generali; queste, in altri termini, hanno una applicazione residuale.

Ad esempio le regole che disciplinano in via generale la trasparenza del contratto e le modalità con cui devono essere fornite da una parte all'altra le

informazioni essenziali prevedono (Book II, art. 3:106) che ove la disciplina dei contratti speciali disponga diversamente, essa prevalga sulle regole generali:

(3) Where rules for specific contracts require information to be provided on a durable medium or in another particular form it must be provided in that way.

Il Draft disciplina alcuni contratti tipici: la vendita di beni mobili, la locazione di beni mobili, i servizi, il deposito, la progettazione, l'informazione, il trattamento medico, il mandato, l'agenzia commerciale, il franchise e la distribuzione, la fideiussione, la donazione.

La regola sopra evidenziata per i contratti misti è applicata di conserva anche per i contratti speciali: la norme sui contratti in generale si applicano solo in via residuale, in caso di lacune o in caso di protezione degli interessi del contraente più debole definito come consumatore. In quest'ultimo caso il Draft fa riferimento alla normativa sui consumatori prevista da singole disposizioni contenute nella parte generale.

Ecco due esempi.

In materia di vendita:

Section 2:

Modifications of buyer's remedies for lack of conformity

IV. A. – 4:201: Termination by consumer for lack of conformity.

In a consumer contract for sale, the buyer may terminate the contractual relationship for non-performance under Book III, Chapter 3, Section 5 (Termination)

in the case of any lack of conformity, unless the lack of conformity is minor.

In materia di locazione di beni mobili:

IV. B. – 1:104: Limits on derogation from rules on remedies

in a consumer contract for lease

(1) In the case of a consumer contract for the lease of goods the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of the rules on remedies in Book III, Chapter 3, as modified in Chapters 3 and 6 of this Part, or derogate from or vary their effects.

(2) Notwithstanding paragraph (1), the parties may agree on a limitation of the lessor's liability for loss related to the lessee's trade, business or profession. Such a term may not, however, be invoked if it would be contrary to good faith and fair dealing to do so.

Vi sono però vistose eccezioni.

I redattori del Draft, per esigenza di semplificazione dei rapporti economici, hanno unificato diversi tipi contrattuali sotto la cornice del "contratto di servizi",

che comprendono construction, processing, storage, design, information or advice, and treatment.

Si prevede che le regole disposte per il mandato, l'agenzia, il franchise e la distribuzione, contenute nelle parti D ed E del libro IV prevalgano su quelle disposte per i servizi

IV. C. – 1:103: Priority rules

In the case of any conflict:

(a) the rules in Part IV. D. (Mandate) and Part IV. E. (Commercial agency, franchise and distributorship) prevail over the rules in this Part; and (b) the rules in Chapters 3 to 8 of this Part prevail over the rules in Chapter 2 of this Part.

Sarà interessante studiare il problema nel momento in cui saranno palesati i progetti di uniformazione delle regole del commercio europeo (European Business Code) a cui attendono gruppi di studiosi francesi e tedeschi.

9. Normative di settore (TUB e TUF)

Si è già fatto riferimento, en passant, al codice del consumo, che contiene una serie assai cospicua di deroghe alle regole previste dal codice civile, senza tuttavia operare rinvii e coordinamenti.

Sono significative sono le regole speciali contenute nel TUB e nel TUF.

Il TUB prevede regole speciali per la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali (art. 118) dettate a favore dell'intermediario mediante clausole che debbono essere approvate dal cliente (consumatore o microimpresa), per il recesso del cliente (art. 120-*bis*), per l'estinzione anticipata dei mutui immobiliari (art. 120-*ter*) e per l'esercizio della facoltà di surrogazione (art. 120-*quater*, in cui si cita la deroga all'art. 1202 cod. civ.). Prevede requisiti di forma (art. 117 c. 1) e la possibilità per la Banca d'Italia di «prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato». I contratti difformi sono nulli, e alla sanzione della nullità di affianca quella risarcitoria per la violazione delle prescrizioni (art. cit. c. 8).

Come si vede l'eteronormazione si spinge fino alla determinazione del contenuto e alla comminazione di sanzioni di tipo civilistico.

Nel TUB si riscontrano alcuni gruppi di norme che disciplinano particolari rapporti contrattuali come il credito immobiliare ai consumatori (art. 120 quinquies e ss.), il credito al consumo (art. 121 ss.), i servizi di pagamento (art. 126-*bis*).

Nell'ambito di queste regole si riscontrano anche disposizioni che per qualificazione legislativa dovrebbero esprimere "principi generali", come accade ad es. per l'art. 120-*septies*.

Ma quanto sono “generalì” queste disposizioni? In realtà l’art. 120 septies prevede modelli comportamentali circoscritti «all’ambito delle attività disciplinate dal presente capo», che riguarda per l’appunto il credito immobiliare ai consumatori.

La differenza tuttavia rispetto alle regole generali è significativa: non sarebbe stato sufficiente richiamare le regole del codice civile, le quali a loro volta potevano essere in parte presupposte, come accade per il richiamo alla diligenza e alla correttezza a cui si devono attenere il finanziatore e l’intermediario del credito (art. 120 septies c.1 a)), perché qui non si tratta soltanto di pretendere la diligenza professionale, misurata sulla base del comportamento degli appartenenti alla categoria professionale in esame, in quanto il TUB aggiunge la trasparenza (senza alcuna precisazione al riguardo) e il criterio di valutazione della situazione in cui versa la controparte; tutto ciò «tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori» e tenendo conto delle informazioni riguardanti (i) la situazione del consumatore, (ii) i bisogni comunicati, (iii) le ipotesi ragionevoli di esposizione al rischio del consumatore per la durata del contratto (art. cit. lett. b).

Anche il TUF prevede regole specifiche sul comportamento delle parti (art. 21) e sui contratti (art. 23).

In conclusione il paradigma regola generale/regola speciale secondo il quale le regole speciali si debbono intendere come deroghe alle regole generali non è sorretto dalla tradizione storica: le regole speciali riguardano i rapporti tipici, e debbono essere interpretate e applicate sulla base della loro qualificazione. Esse precedono dunque, nella ricostruzione della disciplina, l’applicazione delle regole di tenore generale, a cui si può ricorrere solo dopo l’applicazione delle regole speciali, in caso di lacune o di incertezze. Ma i processi ermeneutici sono più complessi: per procedere alla qualificazione del contratto, da cui discende il complesso delle regole ad esso applicabili, se debbono seguire le regole di tenore generale, che hanno riguardo alla interpretazione, alla causa, al tipo. Ogni tipo è un mondo a sé, e le regole transtipiche si posso applicare solo se il tipo sia stato contaminato perché il contratto è qualificabile come misto. L’origine storica dei singoli tipi contrattuali dimostra che ciascuno di essi ha la sua fisionomia che si è venuta costruendo nel corso del tempo e che i legislatori ne hanno voluto rispettare la individualità.

Il giudice e il futuro del contratto

SOMMARIO: 1. La giustizia contrattuale. – 2. Ragionevolezza e diritto dei contratti. – 3. Giustizia contrattuale e giustizia della decisione. – 4. Alcune condizioni per la giustizia contrattuale.

1. La giustizia contrattuale

I molti docenti che si sono avvicinati alla scrivania in questi tre giorni, talvolta maestri proprio di noi magistrati partecipanti a questo corso di formazione della Scuola, hanno tutti scritto una parte della storia dell'istituto del contratto negli ultimi decenni.

Tuttavia credo di essere nel vero se affermo che la occasione solenne di questo simposio, l'altare moderno cui esso guarda, è il volume sul Contratto della nuova serie dell'Enciclopedia del Diritto Giuffrè che il prof. Gianni D'Amico, con cui fummo allievi dei corsi di un ancor "giovane" sessantenne Angelo Falzea, ha conferito quest'anno all'astuccio degli attrezzi del giurista.

Un volume che sarà o dovrebbe diventare nostro compagno di viaggio per alcuni lustri, non solo perché vi si sono applicati senza risparmio di energie gran parte dei civilisti che abbiamo ascoltato e ascolteremo (penso per tutti alle 46 pagine di paziente opera didattica con cui il prof. Alpa ci ha consegnato la storia e il presente della nozione di autonomia contrattuale¹), ma perché l'armamentario dei giudici civili di questo secolo non può fare a meno di conoscere il travaglio in cui l'età di passaggio, questa nostra età, si è dibattuta.

1.1. Nella silloge su *Il compito del diritto privato*, che raccoglie scritti del trentennio precedente, Ludwig Raiser – uno dei giuristi tedeschi non confusi dal nazismo – scriveva nel 1960 che di volta in volta il diritto costituzionale dell'economia avrebbe dovuto discutere le misure necessarie per garantire la giustizia contrattuale².

¹ G. ALPA, VOCE *Autonomia contrattuale*, *Enc. Dir.*, I, *Contratto*, Giuffrè Milano, 2021, 1.

² L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, 101.

Non è un caso quindi che nel volume enciclopedico il curatore abbia riservato per sé la voce *Giustizia contrattuale*, argomento su cui da Roppo³ a Navarretta⁴ la dottrina (tra gli altri: Scalisi, Lipari, Di Majo, Vettori, Perfetti) si è interrogata con varietà di accenti.

D'Amico chiarisce che se si intende giustizia contrattuale come equilibrio tra le prestazioni, essa concerne i contratti lasciati alla disciplina autonoma dei contraenti⁵, contratti che pongono più direttamente il tema del controllo giudiziale sul contenuto del contratto. Diverso è il problema che si pone per i contratti in cui il contenuto è predeterminato dal legislatore e in cui quindi il controllo giudiziale passa per una verifica di conformità del contenuto alla normativa.

In ogni caso egli ritiene⁶ che la giurisprudenza abbia errato allorché, oltre gli ordinari procedimenti interpretativi, si sia messa alla ricerca di principi generali quali la buona fede, la proporzionalità, la ragionevolezza per fondare un generale potere di controllo e di sindacato del contenuto del contratto da parte del giudice. Con ciò ponendosi in concorrenza con il legislatore e discutendo di oltrepassamento o comunque superamento della fattispecie.

Egli comprende l'anelito alla giustizia sostanziale che animerebbe questi atteggiamenti, ma richiama al dovere di rivolgersi alla Corte costituzionale allorché si deve giudicare della ragionevolezza di una discriminazione. Con l'avvertenza che anche gli interventi di quest'ultima possono addurre ulteriori ingiustizie più che eliminarle.

L'autore sceglie due esempi eclatanti quando ritorna a censurare la sentenza della Cassazione del 2009 sul caso Renault⁷, in cui la Terza sezione aprì alla buona fede integrativa e correttiva del regolamento contrattuale, e quando pensa a Corte Costituzionale 248/13 sulla nullità della caparra confirmatoria eccessiva, questione rimandata al giudice di merito perché la riguardasse alla luce del principio costituzionale di solidarietà, affidandogli un'operazione di *drittwirkung*, metodica cara all'estensore Mario Rosario Morelli.

³ V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, *Pol. dir.*, 2007, 3, 451.

⁴ E. NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Annuario del contratto 2019*, a cura di D'Angelo e Roppo, Torino, 2020, 133.

⁵ G. D'AMICO, voce *Giustizia contrattuale*, *Enc. Dir.*, I, *Contratto*, Giuffrè Milano, 2021, 584.

⁶ G. D'AMICO, *op. cit.*, 605

⁷ Cass. 20106/2009 in *Riv. dir.civ.* 2010, 6 parte 2, pag. 653, n. F. PANETTI.

Troviamo l'eco in queste pagine⁸ delle tante riflessioni di Irti raccolte nel volume sulla calcolabilità del diritto⁹. E penso alla schiettezza con cui l'illustre autore¹⁰ in un convegno CSM promosso da Alessio Zaccaria disse, a proposito delle pronunce Morelli, che:

«il concetto di solidarietà (quale che ne sia lo sfondo, laico o religioso), implica sempre due profili: l'esistenza di un «tutto», di un aggregato sociale, e la reciproca dipendenza dei suoi membri. Profili, estranei al negoziato contrattuale, che è il luogo del conflitto, dell'abile avvedutezza, del calcolo economico. L'uomo vi agisce uti pars, e non uti socius. Il nostro ordinamento, mercé il vincolo ai trattati europei, ha accolto la concezione di un mercato aperto; e mercato significa che individui e imprese si trovano in assidua competizione, e sono legittimate a perseguire, non il bene comune, ma il particolare profitto. Il dovere inderogabile di solidarietà esige una definizione laica e secolare, che sia compatibile con l'essenza antagonistica del mercato. Anche qui non si danno mezze misure né mediazioni consolatorie. Il mercato conosce, per sua intima logica, vincitori e vinti. Il contenuto del contratto non è, di per sé, né giusto né ingiusto, né equo né iniquo, ma quello voluto e deciso dalle parti. Soltanto specifiche norme costituzionali o ordinarie, diversamente conformando l'autonomia privata, possono violare questi confini.

Una concezione normativa dell'autonomia privata è fedele alle scelte compiute dal legislatore, costituzionale o ordinario, anche se nell'animo del giurista possa premere il dissenso e forse l'attesa di un nuovo ordine.»

2. Ragionevolezza e diritto dei contratti

Il collega di queste giornate che sia stato o abbia potuto essere attento resta perplesso.

Nella prima giornata aveva sentito il prof. Serio additare la buona fede come una sorte di fonte contrattuale irrinunciabile, da cui attingere a due mani, sia pur con adeguata accortezza.

E conosce l'esistenza di quell'orientamento – lasciatemi rubare le parole alla voce di Piraino sulla meritevolezza degli interessi – *“che mira a conciliare libertà e solidarietà e si iscrive a sua volta nel significativo movimento di pensiero intento a rifondare il diritto civile sulle disposizioni di principio, dapprima soltanto costituzionali e poi anche europee”*¹¹.

⁸ G. D'AMICO, *op. cit.*, 606, n. 97.

⁹ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016.

¹⁰ N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2018, 555, spec. 563-564.

¹¹ F. PIRAINO, VOCE *Meritevolezza degli Interessi*, *Enc. Dir.*, I, *Contratto*, Giuffrè Milano, 2021, 681.

Il collega attento ha studiato quanto si trova sul trattato di Bianca e conosce i lavori di Lipari.

Nel suo scritto più recente quest'ultimo¹² attacca l'asserito distacco tra diritto e giustizia.

Osserva che a ciò osta il principio di ragionevolezza, ampiamente usato dalla Corte costituzionale¹³; si distacca dalla «sirena di Kelsen»¹⁴ e abbraccia la critica di Capograssi al formalismo.

Più avanti Lipari chiarisce il limite di Kelsen disvelato dal processo. L'applicazione del diritto è attività produttiva influenzata dalle categorie di senso e di valore della comunità. Il diritto non è pura forma¹⁵. E perviene subito dopo ad affermare che «*se il sistema delle norme razionalizza in un principio di vita ordinato l'atto di forza che all'origine lo legittima*», allora si deve riconoscere che è l'esperienza che fa diventare il diritto «ordine razionale», informato a un principio di giustizia.

La ragionevolezza viene quindi proposta come vero criterio di chiusura dell'ordinamento¹⁶, perché assorbe il bilanciamento di interessi, l'uguaglianza delle posizioni, la razionalità delle scelte.

Tuttavia a proposito di ragionevolezza e giudizio lo stesso Lipari ammette che il giudice non può fare un controllo di opportunità della legge. Il giudice non può interferire sulle scelte di politica generale, anche se il giudice «*concorrere, nella specificità del caso, nella ricerca dei principi, nel loro bilanciamento, a formare la medicina adatta*», fermo che le sentenze abnormi, pur possibili, sono sottoposte a controllo burocratico e a controllo democratico della comunità¹⁷.

3. Giustizia contrattuale e giustizia della decisione

Sull'abbrivio di queste due posizioni dissonanti, impersonate dai maestri più spesso citati, vengo al giudice e al futuro del contratto.

In un contesto formativo guidato dalla Scuola Superiore della Magistratura il mio compito credo sia di mettere in evidenza le linee di pensiero in apparenza maggiormente discordanti, per poi orientare il nostro agire.

¹² N. LIPARI, *Elogio della Giustizia*, Bologna, Il Mulino 2021, 12.

¹³ Su cui cfr. LIPARI, voce *Contratto e principio di ragionevolezza*, *Enc. Dir.*, I, *Contratto*, Giuffrè Milano, 2021, 356 e TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, spec. 533 e ss.

¹⁴ N. LIPARI, *Elogio*, *op. cit.*, 19.

¹⁵ N. LIPARI, *Elogio*, *op. cit.*, da 26 a 32.

¹⁶ N. LIPARI, *Elogio*, *op. cit.*, 63.

¹⁷ N. LIPARI, *Elogio*, *op. cit.*, p. 75 e p. 81.

Non sono in grado di dire – e quest'ultima è l'unica verità su cui mi sento di giurare – se queste linee discordanti corrispondono e ancora risentono della polemica di Betti con Gadamer, su cui ha scritto Mengoni negli scritti raccolti meritoriamente dal Mulino¹⁸. Sono pagine in cui splendidamente Mengoni spiegò che una delle ragioni essenziali della regola del diritto è la razionalizzazione dell'amministrazione della giustizia in guisa di attuare l'uguaglianza di trattamento, la certezza del diritto e anzi «in una società complessa e in costante movimento come la nostra di un grado tollerabile di incertezza».

E in quelle stesse pagine spiegò il meccanismo della *precomprensione* (su cui Gadamer aveva investigato), che per i miei poveri mezzi traduco in *pregiudizio*, il maggior nemico del giudice civile.

Mi sento in dovere di suggerirvi un'altra suggestione da Francesco Gentile, un filosofo del diritto insospettabile di eccessi, il quale nel mettere a confronto Kelsen e Hobbes¹⁹ (nomi più volte echeggiati in questi giorni di studio) ha spiegato i meccanismi di formazione di quel consenso che per «*il geometra del diritto del XX secolo*» è indispensabile per il riconoscimento del potere, di quei meccanismi di influenza psicologica del potere che si trasforma in diritto.

Mi sento però di affermare – in piena sintonia con Stefano Guizzi, intervenuto ieri, e, credo, con Federico Roselli – che non mi pare che la nostra giurisprudenza di legittimità si sia macchiata di troppe o imprevedibili fughe in avanti nel governo degli istituti contrattuali²⁰.

Più volte si è parlato della sentenza Rordorf del 2007 che ha ribadito la differenza tra regole di validità e regole di comportamento²¹.

E la buona fede è stata citata spesso, in tema di nullità selettive, per menzionare un caso in cui la discussa e discutibile tecnica di “ortopedia interpretativa” è stata usata per riequilibrare in favore dell'istituto bancario intermediario finanziario la pretesa eccessiva del consumatore investitore, cioè non per inseguire un riequilibrio di posizioni pregiudizialmente viste come squilibrate, ma al contrario²².

¹⁸ L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino 1985, 53; dell'“affettuosa insistenza degli amici de Il Mulino” si legge nella prefazione.

¹⁹ F. GENTILE, *Come il potere si trasforma in diritto. Riflessioni sulla razionalizzazione geometrica dell'esperienza giuridica: Hobbes e Kelsen a confronto*. in *Scritti Fazzalari*, vol I, Milano, Giuffrè 1993, spec. 128, 129.

²⁰ Si veda ROSELLI, *Lo sviluppo dell'ordinamento attraverso la giurisprudenza pratica, nel nuovo volume dell'Enciclopedia del diritto, Giustizia civile*, 2021, n. 4, p. 719 e ss.

²¹ Il riferimento è a S.U. n. 26724 del 19/12/2007, in *Danno e Responsabilità*, 2008, 5, 525 con nota di V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*.

²² Alludo a S.U. n. 28314 del 04/11/2019, *Foro it.*, 2020, 3, 1, 948 con nota di S. PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integralità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace?*

Nel discutere sul volume di Lipari ho tentato alcuni mesi fa una ricognizione dell'utilizzo della nozione apparentemente pericolosa di “*giustizia della decisione*” come valore primario del processo, da essa costituito: ebbene, ho trovato solo una dozzina di precedenti, nessuno dei quali eversivo ed anzi generalmente approvati dai commentatori. Penso a Sezioni Unite 14828/2012 sulla rilevabilità di ufficio della nullità nell'azione di risoluzione²³; alla successiva 26242 del 2014 con cui Rovelli e Travaglini, sempre avvalendosi di questa bussola, sistematizzarono la rilevanza contrattuale della nullità²⁴. Penso agli spunti su nomofilachia e ragionevolezza nella sentenza sull' *Overruling* in materia processuale, la 23675/2014²⁵.

4. Alcune condizioni per la giustizia contrattuale

Per la conclusione, mi pare di poter convergere su alcuni rilievi di valenza formativa. La giustizia contrattuale può zampillare dal processo se vi sono tre condizioni:

- a) **L'ascolto**, cioè quell'attenzione al fluire della vita che è alla base della riflessione di Capograssi, il quale nelle pagine dedicate al *problema della scienza del diritto*²⁶ ha insuperabilmente descritto *l'inesauribilità della vita giuridica*, cioè il continuo porsi di casi nuovi che interpellano l'ordine giuridico in formazione e innescano il meccanismo in base al quale il legislatore (“la volontà obiettiva della legge”) detta criteri e principi generali per regolare la vita, senza peraltro riuscirvi mai completamente. Preso atto di ciò, individua nello scienziato il soggetto che deve ricondurre il caso nuovo “all'unità profonda” dell'esperienza giuridica²⁷.

²³ S.U. 14828 del 04/09/2012 in *Giur. It.*, 2013, 4, 907 con nota di E. D'ALESSANDRO, *Le Sezioni unite compongono il contrasto giurisprudenziale riguardante la rilevabilità ex officio della nullità del contratto nell'ambito del processo intentato per ottenerne la risoluzione. il punto di vista del processual-civilista*.

²⁴ S.U. 26242 del 12/12/2014, *Foro it.*, 2015, 3, 1., 862 con note di MARA, PALMIERI, PARDOLESI, DI CIOMMO, PAGLIANTINI, MENCHINI, PROTO PISANI. Per una ricostruzione sul versante processuale della vicenda giurisprudenziale, cfr. CONSOLO e GODIO, voce *Contratto e processo Enc. Dir.*, I, *Contratto*, Giuffrè Milano, 2021. Sul versante sostanziale v. l'inquadramento di C. SCOGNAMIGLIO, *Per una lettura in chiave funzionale del sistema delle invalidità*, in *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata*, a cura di E. NAVARRETTA, Torino, Giappichelli 2021, 217.

²⁵ Annotata in *Questione Giustizia*, 2018, n. 4, *Overruling e prevedibilità della decisione* di CONDORELLI e PRESSACCO, https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/overruling-e-prevedibilita-della-decisione_584.php

²⁶ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Opere, II, Milano Giuffrè, 1959, 571 ss.

²⁷ G. CAPOGRASSI, *op. cit.*, 575.

Spetta dunque all'interprete cioè al giudice stimolato dalla dottrina e dal Foro – e alle sue “intuizioni originali” – affrontare in concreto il mutare della storia, congiungere l'intimo nucleo delle “forme vecchie di cui è composta la storia dell'esperienza” alla vitalità del nuovo. Intuizioni originali²⁸ che affondano in primo luogo nella conoscenza del fatto per cui è processo e quindi nel colloquio processuale.

- b) La **conduzione del processo**, che deve essere, lo abbiamo scritto più volte in Sezioni Unite da Evangelista in poi²⁹, incentrata sui poteri-doveri del giudice, tra i quali primario è il riconoscere che la maggior parte delle eccezioni sono rilevabili di ufficio, le quali quindi non solo sfuggono alle preclusioni ex art. 345 (e si spera, con la futura riforma, anche a odiose restrizioni probatorie in appello), ma impongono di riconfigurare la causa senza nascondersi neghittosamente dietro la difesa del principio dispositivo, difesa che corrisponde solo alla pilatesca osservazione che la parte ha il suo difensore al quale il giudice non potrebbe sostituirsi.
- c) La **formazione professionale**, necessaria per acquisire tempestivamente la consapevolezza delle questioni giuridiche che si agitano nel processo, indispensabili sia per la qualificazione del fatto, sia per comprendere la rilevanza delle prove e cooperare correttivamente alla loro formulazione (non metto questo dovere tra quelli processuali, ma tra quelli sostanziali, in quanto considero come denegata giustizia negare le prove perché non se ne coglie la rilevanza o non le si vuole rimodellare).

La formazione serve per escludere che la ragionevolezza e la buona fede scolorino in equità cervelotica, serve a capire cosa intende Gentili³⁰ quando in tema di interpretazione del contratto scrive di “tecnica perequativa” come unica tecnica accessoria di carattere veramente generale, di cui si comprende il vero ruolo se la si intende come criterio di temperamento tra efficienza ed equità.

Serve in definitiva per scongiurare quel soggettivismo giustamente temuto dai cultori del valore della fattispecie e da tutti coloro che opposero ostacoli per decenni al rilievo di ufficio delle nullità contrattuali.

²⁸ G. CAPOGRASSI, *op. cit.*, 576.

²⁹ S.U. n. 1099 del 03/02/1998, *Foro it.*, 1998, 3, 1, 764; S.U. n. 15661 del 27/07/2005, in *Riv.dir. proc.*, 2006, 2, 715 con nota di E.F. RICCI, *Sui poteri ufficiosi del giudice in tema di interruzione della prescrizione e di riduzione della penale*; S.U. n. 10531 del 07/05/2013, *Foro it.*, 2013, 12, 1, 3515, con nota di ORIANI, *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*.

³⁰ A. GENTILI, *Senso e consenso*, Torino, 2015, Giappichelli, 622.

In definitiva queste mie proposizioni mirano ad una sola cosa: dimostrare che anche ai giudici e non solo alla sistemazione dottrinale e alle scelte del legislatore è affidato il futuro del contratto; ma perché questo sia vero occorre far sì che le tante parole di questi tre preziosi giorni di formazione siano, come ha ricordato il prof Irti³¹, qui ai Lincei quasi un padrone di casa, non soltanto suoni ma parole che scuotono.

³¹ N. IRTI, *Quando le parole che scuotono non arrivano*, *Il Sole 24 ore*, 28 novembre 2021.

Occorre una riforma del diritto contrattuale?

SOMMARIO: 1. Due questioni preliminari. – 2. I diritti contrattuali speciali. – 3. Il loro rapporto con il diritto comune ovvero con la parte generale. – 4. Le varie possibilità di riforma tra pro e contro. – 5. Per una buona riforma ci vuole un buon legislatore.

1. Due questioni preliminari

Occorre una riforma del diritto contrattuale?

L'esperienza insegna che per dar bene le risposte bisogna far bene le domande. E allora distinguiamo. Cosa occorre? Una riforma? O semplici ritocchi? Modificativi? O integrativi? Del diritto del *contratto* (cioè della sua parte generale)? O del diritto dei *contratti* (cioè delle parti speciali, come i contratti tipici, dei consumatori, delle nuove tecnologie, dell'intermediazione finanziaria, e altre)?

Dubito che la risposta sia unitaria. Essa dipende dallo stato attuale di ciò che si potrebbe riformare. E – come ora vedremo – l'assetto del diritto comune e dei diritti speciali è assai differenziato.

Credo perciò che una buona risposta presupponga una previa risposta a due domande preliminari. La prima: esistono oggi specifici e speciali diritti contrattuali delle singole parti speciali? La seconda: che rapporto c'è oggi tra questi diritti speciali del contratto e il diritto comune?

Ovviamente non c'è il tempo per una analisi completa. Mi provo a qualche risposta *en abrégé*.

2. I diritti contrattuali speciali

Esistono oggi specifici e speciali diritti contrattuali delle singole parti speciali?

Dipende. La situazione è infatti molto diversa nei vari comparti.

L'intermediazione finanziaria *non* ha un *suo* diritto contrattuale. La legge

regola il servizio, non il contratto. A parte la forma¹, il contratto è regolato solo in via indiretta, perché (per dire solo il più) le prestazioni informative imposte all'intermediario, le regole di trasparenza, di *best execution*, di adeguatezza, di appropriatezza, di azione nel miglior interesse dei clienti, che sono regole del servizio, divengono mediatamente regole del contratto. Questo dunque resta governato dal diritto comune. Non a caso, quando la giurisprudenza è chiamata a sindacare il contratto finisce, come l'ultima giurisprudenza a Sezioni Unite della Cassazione², per far ricorso alle regole di parte generale, e per tradurre i doveri di comportamento dell'intermediario nel rendere il servizio in fattori incidenti sulla causa e l'oggetto del contratto e sulla sua meritevolezza di tutela (come quando la mancata informazione sul rischio diviene indeterminatezza dell'oggetto se non è rivelato il *Mark to market*, o la mancata *disclosure* degli scenari probabilistici diviene difetto di causa, e simili).

¹ Su cui v. V. SANGIOVANNI, *La nullità del contratto di gestione di portafogli di investimento per difetto di forma*, in *I contratti*, 2006, p. 966 ss.; Id., *Contratto di negoziazione, forma convenzionale e nullità per inosservanza di forma*, *ivi*, 2007, p. 778 ss.; L. PONTIROLI, P. DUVIA, *Il formalismo nei contratti di intermediazione finanziaria ed il recepimento della Mifid*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 151 ss.; P. MORANDI, *Prestazione dei servizi di investimento: forma dei contratti e regole di condotta degli intermediari finanziari*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, p. 919 ss. Sulla forma degli ordini v. T. Genova, 20 aprile 2006, in *Foro pad.*, 2007, I, 146, n. Ghigliotti: "Il rispetto della forma scritta è necessario non solo per il mandato d'investimento, ma anche per i singoli ordini di borsa: ciò si evince dalla evoluzione normativa susseguitasi nel settore poiché le modifiche apportate all'art. 6, lett. c), l. n. 1/1991, prima dell'art. 23 TUF, hanno intensificato la tutela dell'investitore, poiché mentre la l. n. 1/1991 richiedeva forma scritta ma facendo più esplicito riferimento al contratto quadro, il d.leg. n. 415/1996 prima, ed ora l'art. 23 TUF facendo riferimento ai contratti relativi ai servizi d'investimento, utilizzano un'espressione che testimonia l'intenzione del legislatore di fornire maggiore tutela anche per quanto riguarda i singoli ordini di borsa". *Contra* però T. Genova, 22 marzo 2007: "La forma scritta prevista dall'art. 23 TUF si riferisce al contratto quadro d'investimento e non ai singoli ordini di negoziazione"; T. Milano, 28 maggio 2005, in *Banca, borsa ecc.*, 2007, II, 499, n. Spadaio: "Il requisito della forma scritta *ad substantiam* previsto dall'art. 23, 1° comma, TUF si riferisce al contratto quadro in base al quale l'intermediario si obbliga a prestare il servizio di investimento, e non anche ai singoli negozi conclusi nell'ambito ed in esecuzione del rapporto che trova la sua fonte nel contratto quadro".

² Cass., Sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, in *Riv. dir. bancario*, 2020, p. 124 ss., con nota di S. Pagliantini. Si vedano inoltre i contributi di F. SARTORI, *Contratti derivati e sezioni unite: tutela dell'efficienza e dell'integrità del mercato*, in *Dirittobancario.it*, (15/06/2020); R. NATOLI, *Tutto ciò che è reale, se non è razionale, è nullo: ma quanto è reale la razionalità pretesa dalle sezioni unite?*, *ivi*, (08/06/2020); M. DANUSSO, *Derivati: la Sentenza della Cassazione 8770 del 2020 e le lezioni americane di Calvino. Funzione nomofilattica, esattezza e coerenza*, *ivi*, (22/06/2020); A.M. GAROFALO, *Interest rate swap e causa: le Sezioni Unite prendono posizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 1345 ss.

Le forniture di servizi digitali³ che, pure, finora *non* avevano un loro diritto contrattuale ne stanno acquisendo proprio in questi giorni un embrione. Il decreto

³ F. CAGGIA, *Libertà ed espressione del consenso*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di Cuffaro, D'Orazio, Ricciuto, Torino, 2020, p. 249 ss., p. 252; S. THOBANI, *Operazioni di tying e libertà del consenso*, in *Giur. it.*, 2019, p. 533 ss., p. 538; M. BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. e impr.*, 2019, p. 34 ss., p. 41 ss.; E. GABRIELLI, U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale e diritto*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1657 ss., p. 1672; G. RESTA, V. ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 411 ss., p. 432; G. D'IPPOLITO, *Monetizzazione, patrimonializzazione e trattamento dei dati personali*, in *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto private*, a cura di Cremona, Laviola, Pagnanelli, Torino, 2022, p. 51 ss.; Id., *Profilazione e pubblicità targettizzata on line. Real-time Bidding e behavioural advertising*, Napoli, 2021; Id., *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Dir. informazione. e informatica*, 2020, p. 634 ss.; A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Napoli, 2019; R. CABAZZI, *Utilizzo dei "cookie" e (nuova) tutela dell'utente interessato: la presa di posizione della Corte di giustizia nel caso "Planet49"*, in *Diritto dei media*, 2020, p. 316 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il perfezionamento del contratto 'on line': opportunità e criticità*, in *Dir. com. e scambi internaz.*, 2018, p. 187 ss.; Ead. *Riflessioni sugli "smart contracts" e sull'intelligenza artificiale*, in *giustiziacivile.com*, 2020, p. 4 ss.; Ead., *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in questa rivista, 2018, p. 441 ss.; *European contract law in the digital age*, a cura di Grundmann, 2018; *European contract law and the digital single market. The implications of the digital revolution*, a cura di De Franceschi, 2017; D. FAUCEGLIA, *Il problema dell'integrazione dello smart contract*, in *I contratti*, 2020, p. 591; A. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2020, p. 37 ss., p. 47 ss.; Id., *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, p. 67 ss.; ADDANTE, *La circolazione negoziale dei dati personali nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Giust. civ.*, 2020, p. 889 ss.; G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Napoli, 2019; C. AMATO, *La 'computerizzazione' del contratto (smart, data oriented, computable e self driving contracts). Una panoramica*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, p. 1259 ss.; A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 411 ss.; M. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021; E. BATTELLI, *Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e "big data": gli "smart contracts" in ambito assicurativo, bancario e finanziario*, in *Giust. civ.*, 2020, p. 681 ss.; R. PARDOLESI, A. DAVOLA, *"Smart contracts": lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia*, in *Foro it.*, 2019, p. 195 ss.; E. BATTELLI, E.M. INCUTTI, *Gli "smart contracts" nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione*, in *Contr. e impr.*, 2019, p. 925 ss.; F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018; sullo sfruttamento economico dei dati v. anche G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020; F. BALDUCCI ROMANO, *La protezione dei dati personali nell'Unione europea tra libertà di circolazione e diritti fondamentali dell'uomo*, in *Riv. it. di dir. pubb. comunitario*, 2015, p. 1619 ss.

Nella letteratura straniera v. M. SCHMIDT KESSEL, *The Processing of Personal Data*, in *Digital Revolution. New Challenges for Law*, a cura di A. De Franceschi, R. Schultze, Beck/Nomos, 2019, p. 75 ss.; *Data as Counter-Performance-Contract Law 2.0?*, a cura di S. Lohsse, R. Schultze, D. Staudenmayer, Nomos/Hart, 2020; G. MALGIERI, B. CUSTERS, *Pricing Privacy: the Right to know the Value of your Personal Data*, in *Computer Law & Security Review*, 2017.

legislativo n. 173/2021, integrando la legislazione dell'Unione, sancisce anzitutto il carattere di contratto della richiesta di fornitura, il valore di *prezzo* di quei dati di cui sia consentito il trattamento ma che non siano materialmente o legalmente necessari alla fornitura. E regola – sulla falsariga del codice del consumo che implementa – obblighi del professionista, conformità dei servizi, risoluzione del contratto. Anche qui, però, per quanto non è specificamente regolato è il diritto comune a fornire le regole su struttura, stipula, rimedi. E non in modo residuale, quanto in concorso con le non molte norme di diritto contrattuale speciale esistenti nel settore.

Discorso diverso va fatto per i rapporti di consumo⁴. Per essi indubbiamente si è formato un diritto contrattuale speciale, di cui sono elementi un metodo di negoziazione legato all'informazione, una disciplina della stipula legata all'equilibrio normativo del patto, un sistema di rimedi costituito da tutele speciali. Qui il diritto comune è in parte concorrente, perché la struttura del contratto continua ad essere governata dalle norme consuete, in parte residuale, perché (per fare un esempio) la non conformità del bene o servizio conosce in subordine alla riparazione⁵, o sostituzione, o riduzione del prezzo, la consueta possibilità di risoluzione del contratto.

La risposta alla domanda è dunque: dove non esistono specifici e speciali diritti contrattuali di settore vale il diritto comune. Dove in tutto o in parte esistono, il diritto comune comunque concorre sempre per la struttura del contratto e almeno in modo residuale per la sua disciplina dove non derogato.

Una eventuale revisione dovrà dunque tener conto che questa è la realtà.

3. Il loro rapporto con il diritto comune ovvero con la parte generale

Che rapporto intercorre tra i diritti speciali del contratto e il diritto comune dei contratti?

⁴ La letteratura in materia è, come noto, sterminata. Mi limito perciò a poche indicazioni di quadro: G. VETTORI, *Il contratto europeo tra regole e principi*, Torino, 2015; *La riforma del codice del consumo. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, a cura di G. D'Amico, Padova, 2015; S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012; *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini, L. Rossi Carleo, Torino, 2009; *I "principi" del diritto comunitario dei contratti*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009; *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008; *I contratti dei consumatori*, 2 voll., a cura di E. Gabrielli, E. Minervini, Torino, 2005.

⁵ Nuovi diritti si affacciano, con incidenza sul diritto contrattuale. Di recente è stata affermata, non senza ragioni, una modifica della disciplina della conformità, che vede la riparazione come rimedio privilegiato rispetto agli altri, per ragioni di sostenibilità ambientale (cfr. D.M. MATERA, *Difetto di conformità, gerarchia dei rimedi e sostenibilità ambientale nel nuovo art. 135-bis cod. cons. e nella Dir. 771/2019*, in *Rivista di diritto privato*, in corso di pubblicazione).

La domanda è rilevante, perché per una eventuale riforma del diritto contrattuale che sia consapevole è necessario sapere quale legame intercorre tra le sue attuali parti. Come sempre per rispondere bisogna distinguere.

3.1. Per quei settori che non hanno ancora elaborato un diritto contrattuale speciale, perché come detto sono regolati piuttosto i servizi, come nell'intermediazione finanziaria, o i mezzi tecnologici, come per il contesto digitale, il rapporto è di riconduzione del contratto di settore al diritto comune dei contratti, come mero caso speciale della disciplina generale.

So che i più esaltano le differenze e vedono anche qui un diritto contrattuale speciale. Ma ho l'impressione che la dottrina, impressionata dalle fantastiche caratteristiche tecnico-economiche degli stupefacenti strumenti finanziari o dalle magnifiche sorti e progressive delle meraviglie tecnologiche finisca per perdere di vista che sotto il clamore dell'inusuale e del nuovo quel che tutti i giorni davvero succede è che si fa *business as usual*. Quel che ho detto dell'intermediazione finanziaria ne è la prova: al di là di tutte le specialità ci si trova a governare il contratto di settore con gli strumenti dell'accordo, della causa, dell'oggetto, della nullità, della meritevolezza.

3.2. Per quei settori, invece, come i rapporti con i consumatori, o i rapporti tra imprese, dove esiste – più o meno sviluppato – un diritto contrattuale speciale, le risposte possibili sul rapporto con il diritto comune sono due.

La prima è che sia di *specialità*⁶: il complessivo diritto dei contratti sarebbe articolato in una parte generale – un *genus commune* – e numerose parti speciali – che al *genus* appartengono ma sono anche luogo di *differentiae specificae* –.

⁶ Sul punto tra le prime riflessioni successive all'approvazione del Codice del consumo v. L. ROSSI CARLEO, *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in, *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M.A. Sandulli, Milano 2005, p. 67 ss. V. inoltre G. ALPA, *Il codice del consumo*, in *Contratti*, 2005, p. 1058; Id., *I diritti dei consumatori e il «codice del consumo» nell'esperienza italiana*, in *Contr. impr./Europa*, 2006, p. 27, il quale ribadisce più volte non solo che il diritto dei consumatori appartiene all'area tematica, scientifica e normativa del diritto civile, pur presentando rispetto ad esso una serie di deroghe; ma anche che la disciplina dei contratti dei consumatori rientra pienamente nell'ambito della parte generale della disciplina dei contratti. Anche E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 379 ss. e p. 821 ss., spec. p. 867 ss., giudica opportuna la presenza nel codice di una parte dedicata alla disciplina del contratto in generale, la quale, fra le altre funzioni, consentirebbe di eliminare o comunque di attenuare la frammentarietà che inevitabilmente caratterizza una disciplina del contratto costruita per tipi. *Contra* con accenti critici L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo: regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli 2010.

La seconda è che sia di *alterità*: queste parti speciali sarebbero governate da principi e regole loro propri⁷.

Come sta davvero il rapporto? Vi sono argomenti per entrambe le risposte.

Si consideri il caso principale, dei contratti dei consumatori.

Già le norme danno indicazioni contrastanti. Specifiche prescrizioni legali (l'art. 1469-*bis* c.c., l'art. 38 e l'art. 67, comma 2, c. cons.) prevedono l'applicazione residuale al contratto del consumatore delle regole generali, dove non derogate. E questa è specialità.

Ma altre, come l'art. 67, comma 2, c. cons., consentono, e soltanto dove non sostituite dal codice del consumo, *solo* l'applicazione delle disposizioni sulla *validità, formazione ed efficacia*, e quindi (semberebbe), non sull'interpretazione⁸,

⁷ Di un «criterio della *generalità parziale*, costruita a partire da (...) norme in apparenza speciali», e di «razionalità settoriale» parla U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. crit. d. priv.*, 2008, p. 375, p. 402. Si può inoltre discorrere di «microsistemi» (A. PAJNO, *Una codificazione per frammenti*, in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, cit., p. 158) che, ancorché parziali, ruotano e si sviluppano intorno a «logiche autonome e principi organici» di settore carichi di forza attrattiva ed espansiva, come di intrinseco valore qualificatorio (così N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1979, p. 39, p. 36 ss.; *amplius*, p. 91 ss., p. 124 ss., il quale già scorgeva «*principi generali delle leggi speciali*» (p. 125)). Secondo altri Autori (C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 397, p. 399 s.; F. FERRARO, *Analogia e codici di settore*, in *R. d. civ.*, 2011, p. 521), si tratterebbe però di «sottosistemi» governati «da una logica propria, non riducibile a quella del diritto generale». Ove la «sottordinazione» non indica una posizione di subordine ma designa unicamente il luogo reciproco dei due ambiti o cerchi concentrici, il minore dei quali è «pervenuto ormai alla dignità di sottosistema»; *contra* sul punto N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 71, il quale nega che si possa parlare di «*sub-sistemi*, poiché norme generali e norme speciali non si dispongono, a rigore, in nesso di subordinazione».

Sulla portata sistematica della distinzione concettuale tra diritto civile generale o primo e diritti speciali o secondi, inoltre, *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, a cura di A. Plaja, Milano 2008. Sul tema, v. anche S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi: ed ecco venire un grande vento di là dal deserto (Giobbe 1, 19)*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 601 ss.

⁸ Sulla disposizione ermeneutica oggi inserita nel cod. cons. v. L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito della proposta di attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, in *Le clausole abusive nei contratti con i consumatori*, a cura di C.M. Bianca, G. Alpa, Padova 1993, p. 317 ss., p. 327; V. RIZZO, *Clausola «dubbia» e interpretazione «più favorevole» al consumatore (art. 1469 quater, comma 2, c.c.)*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III, *Diritto Privato*, 2, *Obbligazioni e contratti*, Milano 1998, p. 674 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Scritti in onore di Renato Scognamiglio*, Roma 1997, p. 509 ss. Dell'interpretazione dei contratti del consumatore si sono occupati, tra molti, M. D'AURIA, *L'interpretazione del contratto nel diritto privato europeo*, Milano 2012; B. SIRGIOVANNI, *Interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore*, in *Rass. d.*

né (forse) sul contenuto (artt. 1339, 1340, 1349 c.c.), la cessione, la prova⁹. E questo arieggia l'alterità.

Ma soprattutto dà indicazioni contrastanti la fenomenologia dei rapporti. Da un lato nessuno può negare che il contratto del consumatore sia un contratto. Ma dall'altro asimmetrie informative, squilibrio di forza contrattuale, disuguaglianza sostanziale, rivelano questo contratto ben diverso dal contratto civile.

Il problema non è solo classificatorio. Fermo che le norme speciali quando ci sono prevalgono, le generali non richiamate concorrono dove quelle non dispongono (come vuole la specialità) o restano escluse (come vuole l'alterità)?

3.3 Il discorso può essere generalizzato oltre il caso dei consumatori

Si potrebbe voler sciogliere l'alternativa osservando che per quanto rilevanti siano le differenze specifiche non tolgono il genere comune. Il titolo del corso da cui nasce questo scritto era "*Il contratto o i contratti*". Bene, se possiamo chiamarli 'contratti' evidentemente è perché sono comunque esemplari di contratto, per quanto speciali. E allora specialità.

Ma potrebbe essere riduttivo classificare le loro diversità come mere differenze specifiche all'interno di un genere comune. Per due ragioni. La prima è che le 'eccezioni' ad un principio sono tali se lo derogano secondo la sua *ratio*, per adattarla ad un caso particolare. Ma è proprio la *ratio* dei principi del codice civile ad essere sconfessata dai principi speciali di settore. La seconda è che mentre il diritto di parte generale del contratto è basato su *concetti*, e quindi su una ra-

civ., 2006, p. 718 ss, p. 754; A.M. AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli 2001; S. Martuccelli, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, Milano 2000, p. 58, p. 139; G. STELLA RICHTER, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1997, p. 1027 ss.; M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, in *Il diritto dei consumi*, I, a cura di P. perlingieri, E. Caterini, Napoli 2004, p. 145; S.T. MASUCCI, *Art. 1469 quater*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. Barenghi, Napoli 1996, p. 155; C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *R. d. comm.*, 1997, I, p. 960 s.; A. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano 2008, p. 157 ss., p. 208; V. RIZZO, *Trasparenza e contratti del consumatore*, Napoli 1997, p. 47.

⁹ Inoltre, l'art. 1469-bis c.c. fa salve le disposizioni più favorevoli al consumatore, mentre l'art. 67, comma 2, c. cons., cit., coerentemente al carattere di armonizzazione massima, non fa cenno di disposizioni più favorevoli E quindi di interpretazioni più favorevoli derivate da principi e clausole generali del diritto comune (p. es. attraverso il ricorso a clausole generali integrative).

In tema F. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1 ss.; E. BATELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, ivi, p. 927 ss.; *La riforma del codice del consumo. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, cit..

zionalità sostanziale, il diritto delle parti speciali è basato su *politiche*: finalità nel governo del mercato espressive di una razionalità strumentale. E allora alterità.

Possibile dunque che siano vere tutte e due le risposte?! Penso che ancora una volta dobbiamo distinguere.

Sotto una prospettiva strutturale il contratto del consumatore, delle nuove tecnologie, dell'intermediazione finanziaria è, come sempre, l'accordo di due o più parti, caratterizzato da causa, oggetto e forma, suscettibile di esser formato, interpretato, invalidato, integrato, eseguito, e via dicendo.

Ma sotto una prospettiva *funzionale*, mentre il diritto dei contratti civili, che aderiscono senza scostamenti al diritto comune, è nato alquanto neutro, almeno nel senso di non perseguire particolari obiettivi politici una volta spogliato delle incrostazioni fasciste del codice civile (se non la politica delle libertà civili che si esprimono nell'autonomia privata, con indifferenza a condizioni sociali ed economiche particolari), invece i diritti contrattuali speciali sono nati per essere funzionali a speciali politiche del diritto.

Di qui la mia risposta alla domanda sul rapporto che c'è oggi tra diritto del contratto e dei contratti. C'è un rapporto complesso.

Sul piano strutturale la parte generale mantiene ampia pervasività: le norme sulla struttura valgono per tutti i contratti. C'è sempre un accordo, anche dove non c'è negoziazione, c'è sempre un consenso anche dove non c'è che un mero assenso, c'è sempre una causa, anche dove decide l'algoritmo, c'è sempre una forma, anche se fatta di bit, c'è sempre la possibilità di una invalidità, anche dove opera la *blockchain* se l'operazione è contro l'ordine pubblico. Qui il ruolo della parte generale è inattaccabile.

Ma sul piano funzionale ci sono due fattori che fanno divergere i diritti speciali dal diritto comune. Il primo è che quelli sono strumentali a precise politiche economiche. Il secondo è che avendo essi anche una valenza sociale (per le disuguaglianze, le asimmetrie, gli squilibri di forza tra le parti) il diritto vivente enfatizza in essi elementi recati da clausole generali del diritto comune che nei contratti civili hanno minor ruolo. Qui il ruolo della parte generale è recessivo.

4. Le varie possibilità di riforma tra pro e contro

Riproponiamoci ora la domanda: occorre una riforma del diritto contrattuale?

Una cosa è certa: una eventuale riforma deve tener conto che esistono oggi specifici e speciali diritti contrattuali almeno di alcune delle singole parti speciali, ispirati a particolari politiche, e che oggi tra questi diritti speciali del contratto e il diritto comune c'è un rapporto complesso, che tende alla loro sovrapposizione sul piano strutturale ma alla loro divaricazione sul piano funzionale. Certamente,

una riforma che – come nell’ordinamento tedesco – inserisse sistematicamente i diritti contrattuali speciali nel diritto comune del codice risolverebbe taluni problemi. Ma il nostro sistema ha scelto la via dei codici di settore, al modo dei francesi, e dunque quella via sembra da escludere.

Una riforma rispettosa dell’articolazione attuale del diritto contrattuale in parte generale e diritti speciali può concepirsi in vari modi, alternativi o concorrenti.

Il primo è una generale riforma del diritto comune dei contratti. Essa può avere varie finalità. Una riforma intesa a modificare gli elementi strutturali mi sembra impensabile. Ma una riforma intesa a perfezionare la parte generale (per esempio inserendovi il riflesso dei diritti fondamentali, specificando clausole generali di cui la giurisprudenza fa oggi più abuso che uso, risolvendo vecchi problemi insoluti, come la reticenza o la rinegoziazione) sarebbe utile. Questioni come l’informazione precontrattuale anche nei contratti civili, le sopravvenienze e la rinegoziazione, e magari altre, in cui l’intervento talora scombinato dei giudici fa danni, si gioverebbero di un intervento legislativo, se ben mirato e tecnicamente pregevole (e questo oggi non è sicuro), che sciogliesse questioni controverse. Proprio in questo senso aveva lavorato negli ultimi anni l’associazione *Civilisti Italiani*. E il disegno di legge presentato al Senato era una buona base di partenza, migliorabile strada facendo.

Il secondo è una riforma intesa a migliorare il rapporto della parte generale con i diritti speciali. Ma secondo me non avrebbe molto senso: il diritto comune come detto serve – ed opera già bene – sul piano strutturale, e questo è già comune ai diritti speciali. Sul piano invece di un efficace perseguimento delle politiche di settore una riforma della parte generale è inopportuna: politiche diverse e diversamente orientate richiedono attenzione per le differenze specifiche, non rafforzamento del genere comune: per tutelare meglio il consumatore, o l’investitore, o l’internauta, la ‘neutra’ parte generale non è lo strumento elettivo. Qui più che una riforma legislativa occorre un lavoro scientifico di affinamento, che chiarisca in che senso e modo quello del consumatore, dell’investitore, dell’internauta è un contratto, con quel che ne consegue. Sarà se mai compito della scienza giuridica trarre dal diritto comune gli strumenti (principi, clausole generali) che migliorino il diritto di parte speciale.

Sarebbe invece altamente opportuna una revisione legislativa del diritto contrattuale dei settori. O meglio: della parte generale del diritto speciale di settore. Di quelli che non la hanno, affinché la abbiano. Di quelli che ne hanno un embrione, affinché lo sviluppino. E di quelli che ne hanno una, affinché divenga coerente. Chiunque li consideri constata la misura di farragine, disorganicità, particolarismo, che li affligge.

5. Per una buona riforma ci vuole un buon legislatore

Una revisione integrativa della parte generale, una sistemazione organica dei singoli diritti di parte speciale sarebbero dunque altamente opportune.

Ma per farle dovremmo resuscitare i legislatori di una volta. Una riforma fatta con le tecniche di *drafting* attuali, mi pare rimedio peggiore del male. Per accertarsene basta constatare la qualità scadente di quel che c'è. E – dispiace dirlo, perché sono un convinto fautore del diritto europeo – anche il legislatore dell'Unione non brilla per tecnica legislativa.

La mia finale risposta è perciò: qualcosa occorrerebbe ma forse almeno al momento è meglio farne a meno. Perché, con le parole di Voltaire, la natura ha dato agli uomini abbastanza senso comune da fare delle leggi, ma non tanto da farne delle buone.

Mala tempora currunt

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contratto in trasformazione. – 3. È tempo di riforme? – 4. Quali cambiamenti mettere in agenda? – 5. Gli errori da evitare.

1. Premessa

Un plauso, innanzitutto, alla Scuola superiore della magistratura, all'Accademia nazionale dei Lincei, ai Responsabili del corso e, tra loro, *in primis*, a Marisaria Maugeri per aver ideato e organizzato un incontro, di così alto profilo scientifico, su un tema che – inutile dirlo – è di primario rilievo nella riflessione giuridica attuale. L'invito a partecipare che gentilmente mi è stato rivolto mi lusinga e mi onora.

La tavola rotonda ha delle regole da rispettare: è un *format* che, per non tradire la propria essenza, deve far perno sulla discussione franca e vivace e stimolare il dibattito. Dunque, fuor da ipocrisia, cercherò con schiettezza di dire cosa penso. Di fronte alla complessità, sarà difficile riuscire a farlo senza incorrere nel rischio di apparire troppo *tranchant* o sfuggenti o, ancor peggio, superficiali o approssimativi. Ma radunerò le forze e spero bastino a mettermi al riparo da brutte figure.

2. Il contratto in trasformazione

Torna ad essere frequentemente citato il celebre libro di Grant Gilmore¹ e non casualmente. Circola l'idea che il contratto, nel frangente attuale, se non morto, è agonizzante. Non credo sia così. Istintivamente, non riesco anche solo ad immaginare una realtà ove i rapporti giuridici siano orfani del contratto. Respinta la percezione della scomparsa, rifletto e mi viene da ritenere plausibile che il contratto stia cambiando pelle, che viva una stagione di trasformazione

¹ Alludo a *The Death of Contract*, edito da Ohio State University Press, Columbus, nel 1974 e, tradotto da A. Fusaro e corredato da un saggio introduttivo di G. Alpa, pubblicato con il titolo *La morte del contratto* per i tipi di Giuffrè, Milano, nel 1988, nella collana *Giuristi stranieri di oggi*.

verso approdi che, allo stato, è problematico intravedere. Chissà se, terminata la metamorfosi in atto, lo riconosceremo.

L'irruzione prepotente sulla scena di tecnologie sempre nuove e più sofisticate e dell'intelligenza artificiale sta già ora riposizionando le coordinate di riferimento e imponendo all'attenzione – che è bene resti vigile – un contratto interamente affidato alla tecnica e alla tirannia dell'algoritmo². Ma anche su terreni non così avanzati, notiamo – sempre più accentuata – la frammentazione dello statuto contrattuale in sottosistemi dotati di regole proprie e insofferenti all'applicazione di quelle comuni, a ragione o a torto giudicate inadeguate a disciplinare fenomeni sfuggenti alla logica del rapporto individuale tra uguali che ha ispirato la costruzione del paradigma unitario del contratto. Il contratto si guarda allo specchio e si scopre spezzettato, disorganico, starei per dire decomposto e quasi irricognoscibile.

“Il contratto. Un futuro incerto tra unità e frammentazione”: è questo il titolo dato al 2° Seminario in onore di Enzo Roppo, svoltosi a Genova il 24 maggio 2019³. Il titolo del nostro convegno – Il contratto o i contratti? – con altre parole riproduce quello del convegno genovese. Sicché, sono trascorsi due anni e mezzo, abbiamo vissuto nell'ansia e nell'emergenza totale a causa dell'irruzione del Covid-19 che è ancora tra noi, ma il tema non ha perduto la sua centralità. E se lo si è posto in forma interrogativa è per rendere chiaro che la domanda va proiettata nel futuro, che occorre oggi riflettere sul contratto di domani. A quale modello di contratto ci stiamo accostando: quello “aristotelico” o quello “groziano”⁴? E da dove la frammentazione nasce e trae alimento? Nella presentazione di questo nostro incontro si dà giustamente peso alla “differenza nella struttura dei mercati che sembra portare con sé la necessità di creare paradigmi che siano legati alla specificità del bene o del servizio prestato”; paradigmi, rispetto ai quali la parte generale del contratto sembra ormai palesarsi come “un apparato di regole residuali”. Quindi, è il paradigma unico che – pure ammesso sia mai esistito – è morto e sepolto e all'emersione della realtà plurale si accompagna il convincimento che, a rappresentarla, più non serve la dialettica regola/eccezione

² È agevole intuire quanto forte sia l'incidenza che gli sviluppi su questo fronte sono in grado di esprimere sul fenomeno delle negoziazioni e sull'intero sistema ordinamentale, ma, per averne immediata contezza, suggeriamo la lettura dell'agile, ma denso, volumetto di P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzone*, Napoli, 2021.

³ Gli atti sono raccolti in *Annuario del contratto 2019*, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2020, 3 ss.

⁴ Quest'ultimo, al contrario del primo (così richiamato giacché – come nota C. SALVI, *Il contratto ingiusto*, in *Foro it.*, 2022, V, 39 – si trova in Aristotele, «per la prima volta, il nesso tra contratto giusto e libero mercato»), svincolato da un parametro di giustizia e consistente nel “pure bargain”.

che è, anzi – lo ha bene segnalato Maugeri – fuorviante. E, così stando le cose, se questa è la portata delle trasformazioni in atto sul terreno del contratto, gli interrogativi emergenti investono, non solo il suo futuro, ma la tenuta dell'edificio del diritto civile, che poggia sulle fondamenta – tutte, in qualche misura, minate nella loro originaria saldezza – della proprietà, dell'obbligazione, del contratto e della responsabilità civile⁵.

3. È tempo di riforme?

Si è detto poc'anzi della residualità della parte generale del contratto, sulla quale posso convenire. Ma De Nova ieri l'altro ci ha fatto notare che rilevare il carattere residuale e sussidiario non esaurisce il ruolo che la parte generale del contratto può ed è chiamata a svolgere. Egli ci invitato a riflettere sul “contratto alieno”⁶ per toccare con mano come la parte generale del contratto costituisca parametro di valutazione dell'ammissibilità di alcune clausole frequentemente usate nella pratica degli affari. Va registrata, dunque, non solo la vitalità che la parte generale del contratto ha ancora oggi, ma anche la necessità di conservarla e di resistere alla tentazione di poterne fare a meno.

Ciò posto, dobbiamo chiederci in questa tavola rotonda se occorra – *rectius*, se sia proprio necessaria – una riforma del diritto dei contratti.

Dobbiamo, prima di tutto, intenderci sul valore da assegnare al termine riforma. Se esso è propriamente richiamato, dovremmo abbinarlo non già ad un generico cambiamento, ma alla modifica sostanziale e organica dello stato di cose, realizzata in risposta ad esigenze reali di rinnovamento e di adeguamento ai tempi e destinata – almeno nelle intenzioni – a durare nel tempo. D'Amico ha spiegato i motivi che spingono ad auspicare un aggiornamento e ad apportare alcune integrazioni alla parte generale, che presenta profili da considerarsi “datati”: e, su ciò, convengo, salva la necessità di calibrare con misura ed attenzione gli interventi da operare, tenendo sempre in considerazione gli effetti, diretti e collaterali, da essi suscitati. Ma chi, guardandosi intorno, può a cuor leggero affermare che esistono, oggi, le condizioni per una riforma, nell'accezione poc'anzi

⁵ Non a caso, dottrina autorevole, abituata a soppesare le parole, usa l'imperfetto riflettendo sulla sorte riservata a «tutti quelli che una volta si chiamavano gli istituti fondamentali del diritto civile» – identificati nella proprietà, nel contratto, nella responsabilità civile e, da ultimo, nell'obbligazione – lasciando, quindi, intendere che è quanto meno dubbio che essi possano ancora definirsi tali: v. L. NIVARRA, *Fattispecie o clausola generale: alternativa o binomio?*, in *Questione giustizia*, 1/2020, 101.

⁶ G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2010 e, dello stesso A., più recente, la voce *Contratto alieno*, in *Enciclopedia del diritto. I tematici. I. Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, 2021, 193 ss.

descritta? Occorre chiederselo prima di avventurarsi in un'impresa tanto ardua per evitare di doverne constatare il fallimento. E, allora, voglio essere franco e diretto, la mia risposta è no: le condizioni non esistono, per diverse – e credo buone – ragioni.

Qualcuno può essere indotto a pensare che quelle condizioni esistano e che proprio l'emergenza sanitaria possa aver contribuito a crearle. C'è una sfida che ci vede tutti impegnati. L'Italia ha presentato, ai fini del Programma *Next Generation EU* (NGEU)⁷, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), che reca l'impegno del Governo a realizzare, finalmente, alcune fondamentali riforme⁸. Coinvolto è anche il sistema giudiziario⁹ e, in questa generale tensione al rinnovamento, la tentazione di dar corso alla riforma del codice civile potrebbe farsi largo¹⁰, magari rianimando il discorso avviato – in epoca pre-Covid – dal d.d.l. S.1151/2019 di delega al Governo, proprio nell'intento di porre mano ad un'opera di revisione e integrazione del codice civile¹¹. Ma basta una piccola dose di sano realismo per proiettare nell'universo delle congetture l'esito qui descritto. Chi può ragionevolmente credere che una buona riforma possa essere partorita nello stato di necessità che stiamo vivendo? C'è una maggioranza "bulgara" in Parlamento, ma dietro le quinte il conflitto è latente e sempre più aspro, e le possibilità che il consenso di coaguli intorno ad una riforma degna di questo nome sono prossime allo zero.

Una riforma, poi, abbisogna di una legittimazione forte, oltre che politica, culturale, che – nelle condizioni date – non mi sembra di poter registrare. Ha legittimazione culturale una riforma capace di tradurre in dispositivi normativi un disegno. La riforma è tale se ha carattere, se ha nerbo, se esprime un progetto,

⁷ Per ridare ossigeno all'Europa stremata dalla pandemia, l'UE ha fissato ambiziosi obiettivi per il prossimo futuro: li troviamo enunciati nel NGEU, un investimento di 750 miliardi di euro per promuovere una robusta ripresa dell'economia europea all'insegna della transizione ecologica, della digitalizzazione, della competitività, della formazione e dell'inclusione sociale, territoriale e di genere.

⁸ «Si tratta di uno strumento giuridico che prevede obblighi giuridici nei confronti delle istituzioni europee e che sul versante nazionale condiziona l'attività normativa e amministrativa a livello centrale e periferico almeno fino al 2026» (M. CLARICH, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corr. giur.*, 2021, 1026).

⁹ Con la riscontrata necessità, anche ricorrendo a provvedimenti d'urgenza, di operare interventi principalmente volti ad abbreviare la durata dei processi e a velocizzare i procedimenti di esecuzione forzata e di escussione delle garanzie.

¹⁰ Incoraggiata, anche, dalla particolarità della condizione politica contingente, poiché il sostegno largo di cui gode il Governo nell'attuale fase potrebbe, in teoria, dotare un'eventuale riforma di una legittimazione quanto mai ampia.

¹¹ Sulle idee-forza di quel progetto di riforma, v. E. SCODITTI (intervista a cura di), *L'importanza della riforma del codice civile nel pensiero di Giuseppe Conte*, in *Questione giustizia*, 1/2020, 12 ss. Per una ricognizione sulle novità ivi contenute, v. L. BALESTRA – V. CUFFARO – C. SCOGNAMIGLIO – R. VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 2019, 589 ss.

un'idea-forse: deve – in altri termini – rispecchiare e attuare una linea di politica del diritto dai tratti sufficientemente chiari. E che riforma potrebbe essere realizzata in una fase – come l'attuale – di acuta crisi della democrazia rappresentativa e di sfiducia verso il potere e chi lo esercita¹²? I partiti politici hanno cambiato pelle e ruolo e il Parlamento è debole e incapace di svolgere il suo ruolo istituzionale. Pensare, in un frangente come questo, che l'attività legislativa possa esprimere visioni e programmi di insieme ispirati ad autentico rinnovamento, è utopia. Dove a dominare sono l'opportunismo, la demagogia, la propaganda, la tutela di interessi corporativi, è facile che chi impugna la bandiera della riforma lo faccia per convenienza, senza convinzione o, peggio, con spirito gattopardesco.

Certo, astrattamente parlando una riforma è sempre possibile, ma è lecito comunque anche chiedersi se sia augurabile che si realizzi in periodi come questo, ove prioritaria è l'esigenza di far fronte all'emergenza e dominante è l'incertezza sul futuro.

Emergenza e incertezza fanno immediatamente pensare al Covid-19 ed è giusto, perché il Covid non solo ha cambiato le carte in tavola, ma ci ha costretto a cambiare gioco. È bene, però, sottolineare che la pandemia «è un *acceleratore* di fenomeni già in atto¹³» e, in effetti, emergenza e incertezza dominano la scena ancor prima della sua irruzione. Il Covid-19, infatti, ha prodotto effetti pesanti su un tessuto socio-economico già fortemente debilitato dalla crisi economico-finanziaria del 2007/2008.

Precisato ciò, alla domanda se sia auspicabile in questi frangenti una riforma è agevole rispondere. Una riforma, o poggia su soluzioni equilibrate e meditate ai problemi, o è meglio non farla. E, nella condizione attuale e nel prossimo futuro, sono – a mio avviso – molti e insuperabili gli ostacoli che impediscono di pervenire a tali soluzioni.

4. Quali cambiamenti mettere in agenda?

Stiamo attraversando una fase di transizione di universi, di concetti, di significati. Nessuno può dire quanto lunga sarà la convivenza con il Covid-19 e le sue varianti. Non ricordo chi disse che il miglior modo per predire il futuro è inven-

¹² Questa sfiducia nella società serpeggia (indicativa la vicenda no-vax, no-greenpass) e, in reazione ad essa, potrebbe trovare alimento la tendenza all'ipergiuridificazione, a sofferire con il diritto alla crisi della fiducia. Questo è uno scenario ipotizzabile, da apprezzare, forse, come una deriva pericolosa; ma, al di là di ciò, c'è da dubitare fortemente che detta tendenza possa attecchire al punto da materializzarsi in una riforma.

¹³ Così ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 12, che pure associa alla pandemia effetti incentivanti la deglobalizzazione.

tarlo: oggi è proprio così. C'è una sfida in atto: per appianarla – ci ha sollecitato ieri Zoppini – occorrerebbe con chiarezza chiarire qual è la linea di politica del diritto vincente, quali interessi privilegiare, ma storicamente e culturalmente in Italia scelte di questo tipo creano imbarazzo e vengono sistematicamente disattese o rimandate. Sicché è facile prevedere che la sfida continuerà ad impegnarci in futuro, perpetuando l'incertezza. Non è ancora alle viste l'alba di un mondo nuovo e, al momento, è un azzardo predire il futuro: stiamo osservando l'altra faccia – quella meno accattivante – della globalizzazione, c'è chi parla di de-globalizzazione già in atto, ma chi può dire se assisteremo o no al ritorno in auge del neoliberalismo, se riusciremo a cambiare *in melius* il modello di sviluppo di cui il Covid impietosamente ha mostrato i limiti, se dovremo rassegnarci al definitivo abbandono dei principi e dei valori che hanno, nel secolo scorso, dato alimento e forza al costituzionalismo?

L'incertezza, però, non nasconde i problemi e, semmai, li rende ancor più nitidamente percepibili. Problemi spiccioli, di ordinaria amministrazione, e questioni – per così dire – di lungo periodo si intrecciano e reclamano, spesso, misure urgenti. Rimossa l'ambizione riformatrice, ora è il tempo di radunare questa massa critica, di raccogliere questi dati di realtà e di cominciare ad ordinarli. Avremo tempo e modo, a bocce ferme e in condizioni di contesto favorevoli, di pensare alla sistemazione organica. Oggi non è tempo di ripensare al “sistema”, né sussistono i presupposti – ancorché minimi – per una rivoluzione dell'apparato normativo consegnato nel codice civile, che nessuno – almeno credo – si augura.

Dobbiamo, allora, procedere con cautela, senza strappi e cesure nette. Il cambiamento va introdotto là dove se ne manifesta il bisogno. La strada maestra è quella degli interventi parziali, insomma. Non credo siano maturi i tempi per la realizzazione di progetti all'altezza della *Schuldrechtsmodernisierung* tedesca di cui alla legge del 26 novembre 2001¹⁴ e della più recente «réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations», introdotta in Francia con l'*Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016.

¹⁴ Sulla quale, v. C.-W. CANARIS, *Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, in ID., *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, nei *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2003, 1 ss.; AD. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 353 ss.; D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. impr.*, 2004, 797 ss. Può essere utile segnalare che il testo italiano delle norme del BGB interessate dalla *Modernisierung* è riportato, a cura di G. DE CRISTOFARO, nel volume di C.-W. CANARIS poc'anzi segnalato.

Né può pensarsi di accostare alle riforme tedesca e francese il già citato d.d.l. S.1151/2019, che – negli ambiti dalle une e dall’altro considerati – mostra un respiro e un’ampiezza di contenuti non paragonabili e che mi pare sostanzialmente volto a dare legittimazione normativa a soluzioni in gran parte già elaborate dalla giurisprudenza, talora in via ermeneutica, talaltra in via accettabilmente “creativa”, talaltra ancora in via eversivamente “creativa”. Ciò non impedisce, tuttavia, di considerare già ora fattibili alcune innovazioni avanzate in detto d.d.l. Penso, ad esempio, a quelle riguardanti la disciplina codicistica delle associazioni e fondazioni o, in materia successoria, alla trasformazione dell’attuale legittima in natura in cosiddetta legittima in valore. Ma, nella sfera del contratto, non mi sembra di poter trarre dal d.d.l. indicazioni utili circa interventi da operare nell’immediato.

Appurato il ruolo che gioca la disciplina generale del contratto, eviterei di incidere su di essa con innovazioni significative per una ragione molto semplice: perché credo che questa disciplina sia, in larga parte, adeguata a fronteggiare le situazioni che vanno emergendo, che non presenti lacune evidenti e che consenta in via ermeneutica di elaborare regole ragionevoli e congrue per i casi che non sono oggetto di specifica previsione. Per far fronte all’emergenza – e tenendo in primaria considerazione la lotta alla povertà e alle disuguaglianze – punterei ad elaborare, là dove necessario, regole speciali “circoscritte” e “derogatorie” a forte impronta solidaristica.

Nel tempo del Covid-19, si fa più sentita l’esigenza che il contratto acquisisca un grado elevato di porosità, sia cioè votato a realizzare assetti di interessi “giusti”¹⁵, e c’è chi nega che la disciplina del contratto contenuta nella parte generale del codice civile sia in grado di assecondare un positivo sviluppo in questa direzione. Troviamo, qui, riproposta la divaricazione tra il modello “aristotelico” e quello “groziano” di contratto e ben si comprende come, chi nota la profonda influenza di quest’ultimo in molte delle disposizioni in tema di contratto in generale, possa ravvisare, nella contingenza attuale, la necessità di metterle fuori gioco e di introdurre regole di segno diverso e – per intendersi – aristotelicamente ispirate.

¹⁵ La categoria del contratto poroso o rugiadoso è elaborata da P.G. MONATERI, *Contratto rugiadoso e contratto rude nel diritto europeo e comunitario*, in A. D’ANGELO – P.G. MONATERI – A. SOMMA (a cura di), *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino 2005, 66, in contrapposizione al contratto rude o cristallino, così raffigurato perché refrattario alla giustizia, in linea con la teorizzazione di Alfred Fouillée che riposa sul postulato che «qui dit contractuel dit juste».

Ma qualcosa non convince in questo quadro e l'allusione non chiama in causa la giustizia contrattuale, su cui potremmo intrattenerci a lungo, ma, temo, con scarso profitto¹⁶.

Dubito, innanzitutto, che il contratto disciplinato nella parte generale costituisca riproduzione per riflessione di uno dei due summenzionati modelli. Si dice che il modello aristotelico avrebbe attecchito in ambiente di *civil law*, mentre la *common law* sarebbe regno incontrastato del modello groziano, ma una così categorica separazione di campo non mi pare rispecchi la realtà¹⁷. In verità a me pare che, nell'una come nell'altra sfera, la disciplina del contratto sia scaturita – sia pure con conformazione non omogenea – per via di concretizzazione dell'ideale greco della misura, della moderazione, dell'equilibrio. Insomma, anche nel contratto di *common law* c'è traccia del parametro di giustizia e della regola aristotelica riassunta nella sentenza "In medio stat virtus", così come la logica individualistica del "pure bargain", dell'assoluta libertà di scambio, non è estranea al contratto di *civil law*. Il ripudio degli estremi connota entrambi gli ambiti: si può parlare di prevalenza dell'uno sull'altro modello, sicché i risultati non sono gli stessi, ma questo non svislisce il valore della premessa.

Sicché, la disciplina generale del contratto è, per taluni versi, porosa (il pensiero va alle clausole generali), per altri cristallina. E questa duplice natura è presente anche nella disciplina della risoluzione dei contratti di durata, da molti ritenuta "datata" proprio al banco di prova delle vicende legate alla pandemia.

5. Gli errori da evitare

Sono in molti ad augurarsi l'abbandono della regola, trasfusa nel comma 3 dell'art. 1467 c.c., che consente solo alla parte contro la quale è domandata la risoluzione di «evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto». I soggetti interessati, di norma, trovano la soluzione ridefinendo in via stragiudiziale i termini dell'assetto contrattuale¹⁸, ma se ciò non si verifica la parte

¹⁶ Se è vero quanto sostiene C. SALVI, *op. cit.*, 48, «è il tema (...) del "contratto giusto" a non avere senso, se affrontato isolatamente. Il contratto sarà considerato giusto, o ingiusto, a seconda che si ritenga giusto, o invece ingiusto, il sistema economico e sociale nel suo complesso e, soprattutto, i modi di attribuzione della proprietà dei beni e delle risorse, la quale è la premessa, giuridica e fattuale, dell'attività contrattuale dei privati».

¹⁷ Lo testimonia anche la parabola della *good faith* nel *contract* inglese, ben descritta da Mario Serio nella sua relazione da cui trapela evidente la presenza di un terreno fecondo recuperato al dialogo tra *common law* inglese e *civil law*.

¹⁸ Cosicché, non è negata a chi subisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta la possibilità di addivenire, su sua iniziativa, ma al di fuori del processo, la modifica ad equità delle condizioni del contratto.

penalizzata dall'eccessiva onerosità sopravvenuta che decida di adire il giudice ha disponibile l'azione di risoluzione e non può chiedere che, in sede giudiziale, si addivenga a quella ridefinizione senza che anche la controparte lo voglia. Non si può, dunque, dire che la disciplina precluda la ricerca, nel processo, di una soluzione "manutentiva", diversa dalla risoluzione: il risultato è raggiungibile¹⁹, per una via che a taluno – interessato a far fronte nel miglior modo gli effetti dell'evento pandemico – può anche apparire incongrua e/o inadeguata²⁰, ma che non è certo né illogica, né irrazionale²¹ e che, anzi, si presenta coerente con l'essenza del contratto, che – piaccia o no – resta espressione dell'autonomia privata e specchio di un «sistema positivo che (...) appare ancora, fondamentalmente, orientato a riconoscere ai consociati il potere di dare libero assetto ai propri interessi e alieno dall'esercitare un generale controllo sul modo e i termini dell'assetto medesimo»²². Ragioni di opportunità possono legittimamente indurre a sollecitare il superamento della regola²³, ma non giustificare la pretesa del suo abbandono e l'introduzione di una diversa disciplina.

Da quelle stesse ragioni di inopportunità si fa discendere la legittimazione della rinegoziazione, ma anche questo modo di ragionare mi pare inaccettabile perché il Covid-19 non ha certo determinato il venir meno delle riserve – che restano, a mio avviso, ferme e solidamente fondate²⁴ – già manifestate verso detta legittimazione, la quale, sgombrato il campo da taumaturgiche letture

¹⁹ Non mi sembra, dunque, ci sia una lacuna da colmare.

²⁰ La giudica ingiusta A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, 39.

²¹ Sarebbe tale una soluzione che facesse gravare il rischio sul contraente danneggiato, tenuto a far fronte ai propri impegni nonostante l'intervento della circostanza perturbatrice; non lo è, invece, quella – adottata dal legislatore – di consentirgli la liberazione da quegli impegni, tramite la risoluzione del contratto. Come nota E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, 235, la parte onerata non «può (...) pretendere senz'altro da controparte un supplemento di prestazione che valga a ristabilire l'equilibrio turbato, mantenendo fermo il contratto: controparte potrebbe, a sua volta, incontrare difficoltà a fornire questo supplemento, e non sarebbe giusto imporglielo in via autoritativa».

²² A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974, 309.

²³ Anche a tal riguardo, ben può darsi che la disciplina dell'art. 1467 c.c. non abbia contribuito a risolvere o ad attenuare i problemi suscitati dall'evento pandemico, ma chi può dire che avrebbe dato miglior prova l'applicazione di una regola diversa? La bontà di una disciplina non va valutata in assoluto, ma nelle condizioni date e nell'esperienza applicativa; e nessuno può a priori con certezza affermare che una regola funzioni meglio dell'altra.

²⁴ Sia consentito rinviare a G. GRISI, *La quarantena dei contratti di durata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2020, 68 ss. Vedasi anche – largamente condivisibili – le considerazioni di O. T. SCOZZAFAVA, *Appunti sulla rinegoziazione*, ivi, 2021, 127 ss. Lo studio di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996 è quello che, più compiutamente, ha promosso il riconoscimento dell'obbligo legale di rinegoziare.

della buona fede, o trova fonte nella disposizione di legge (ad oggi assente) o non ha spazio nel nostro ordinamento. A sostenerlo – si badi bene – non è un nemico per partito preso della rinegoziazione, che, se strutturata con equilibrio e al riparo dal potere incontrastato del giudice, potrebbe trovar posto nell’ordinamento nostro, peraltro in sintonia con il diritto contrattuale europeo (v. l’art. 6:111. dei *Principles of European Contract Law*, l’art. III-1:110 del *Draft Common Frame of Reference* e l’art. 6.2.3. degli *Unidroit Principles*) e con i principali sistemi moderni che, sulla scia della teoria dell’*hardship* elaborata in ambiente di *common law*, hanno provveduto a disciplinarla. Un modello accettabile – ulteriormente migliorabile e, comunque, solo per via legislativa se del caso esportabile dal contesto normativo nel quale è inserito – può essere quello delineato dal d.l. 24 agosto 2021, n. 118 (convertito, con modificazioni, nella l. 21 ottobre 2021, n. 147) che reca misure urgenti in materia di crisi d’impresa e di risanamento aziendale nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia²⁵. È ivi previsto, «se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2»²⁶, che un esperto non debba, ma possa, rivolgere alle parti l’invito a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto del contratto; ove l’accordo non sia raggiunto, è sì riconosciuto al giudice – chiamato all’intervento dalla domanda dell’imprenditore “penalizzato” – il potere di rideterminare ad equità i termini del contratto, ma «acquisito il parere dell’esperto e tenuto conto delle ragioni dell’altro contraente» e limitatamente all’indispensabile e «per il periodo strettamente necessario», salva se del caso la corresponsione di un indennizzo.

C’è, in questo assetto, l’intento di contemperare la ragion pratica che spinge a considerare giunto il tempo di affidare alla rinegoziazione un compito altrimenti non espletabile con la ragion pura, che se chiama a riflettere sulla giustizia del contratto, impone di «mai giungere a negare ogni valore all’accordo, poiché in tal modo si cancellerebbe, con il contratto, anche uno dei pilastri basilari sui quali l’idea stessa di giustizia viene edificata»²⁷.

²⁵ Tra esse, la composizione negoziata per la soluzione della crisi d’impresa, consistente in un percorso di mediazione affidato ad un esperto indipendente e finalizzato alla precoce emersione della crisi e alla composizione del debito. Sul d.l., v. F. MACARIO, *La composizione negoziata della crisi e dell’insolvenza del debitore*, in *I contratti*, 2022, 5 ss.

²⁶ Ovviamente, ove dovesse ipotizzarsi l’adozione del modello su più larga scala, potrebbe pensarsi di richiamare l’eccessiva onerosità indotta da eventi eccezionali (straordinari e imprevedibili) al posto del riferimento – chiaramente improponibile – alla «pandemia da SARS-CoV-2».

²⁷ E. NAVARRETTA, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1264.

Contratto e rimedi tra tradizione ed innovazione

SOMMARIO: 1. La premessa. – 2. Il quadro dogmatico e la persistente attualità dello strumento contrattuale. – 3. Il tramonto del soggetto e l'ascesa della persona. La considerazione del contraente nell'epoca della complessità. – 4. L'evoluzione dei rimedi e delle tutele. – 5. Il disegno di legge n. 1151 del marzo 2019. – 6. Le persistenti perplessità e le prospettive per un sistema in divenire.

1. La premessa

La risposta alla provocazione del titolo dato alla tavola rotonda – “Occorre una riforma del diritto dei contratti?” – deve scaturire da un articolato ragionamento sulla evoluzione del sistema contrattuale degli ultimi cinquanta anni. Non è possibile concludere in senso positivo o negativo senza una valutazione complessiva. La riforma e/o rimodulazione delle regole sul contratto o sulla parte generale potrebbe essere giustificata ove non fosse possibile adattare i nuovi principi e le regole dettate al sistema del codice civile e delle leggi speciali. In altri termini la attuale sistemazione dogmatica imporrebbe necessariamente la formulazione di nuove regole ed in che termini e forme inserite nel sistema del codice?

2. Il quadro dogmatico e la persistente attualità dello strumento contrattuale

È affermazione condivisa (e scontata) che nell'ultimo cinquantennio gli interessi conformanti il tipo di vita della società si sono sempre più modificati. Si è venuta sgretolando la precostituita organizzazione di un corpo comune di interessi con incidenza anche sulle regole.

Ed il sistema nel suo costante necessario dinamismo interviene per disciplinare le situazioni che presentano una nuova uniformità e ricorrenza.

E se le esigenze di vita e gli interessi riguardano i soggetti, lo strumento operativo per eccellenza rimane il contratto, paradigma della negozialità; con il contratto i soggetti (o il soggetto) manifestano o prefigurano all'ordinamento un assetto di interessi, ed il diritto, dal canto suo, intervenendo su tale progetto,

con il compito di vagliarne la meritevolezza e di riconnettervi risposte adeguate, si avvale di strumenti giuridici preventivi: soprattutto in termini di validità-invalidità, efficacia-inefficacia, opponibilità-inopponibilità. Ma anche nella fase di esecuzione del rapporto il sistema interviene attraverso strumenti risolutivi, risarcitori o di revisione del rapporto¹.

Se questo quadro dogmatico appare in linea generale insostituibile, con il soggetto epicentro del sistema e il contratto motore delle moderne economie di mercato, tuttavia è la considerazione di queste categorie a mutare.

Nelle diverse politiche e nelle recenti evoluzioni, si è resa necessaria una considerazione storico-reale del soggetto, commisurata alla pluralità funzionale dei bisogni e delle qualità personali.

Ciò si riflette sulla tematica e regolamentazione del contratto, sicché pare di assistere, in una visione evolutiva della moderna giuridicità, ad un allargamento del quadro degli interessi che trovano realizzazione attraverso il contratto e all'adeguamento dell'effetto giuridico alle situazioni di interesse, non più concepite in senso astratto, ma relazionate anche alla specificità dei soggetti che utilizzano lo strumento contrattuale, che conferma la sua indubbia vitalità, pur essendone stata provocatoriamente nella seconda metà del secolo scorso annunciata la morte.

E, viceversa, il contratto ha esteso il suo ambito di operatività anche nel diritto successorio, divenendo un valido strumento di pianificazione *inter vivos* di vicende successorie².

Sul processo di ricostruzione dogmatica della struttura e della funzione del contratto assume un rilievo importante il processo di pluralizzazione del soggetto-contrante rendendo necessario non solo rinvenire fondamenti assiologici autonomi ma utilizzando altresì tecniche giuridiche non sempre facilmente rapportabili alle previsioni legislative del sistema.

La tutela della soggettività debole nell'atto ovvero del contraente debole diviene l'obiettivo primario della politica legislativa.

Questo quadro trova una giustificazione precisa nell'epoca della costituzionalizzazione e/o depatrimonializzazione del diritto privato: la normazione è diretta a perseguire obiettivi di Welfare State, sì da rendere gli atti di autonomia privata dei soggetti del traffico giuridico compatibili con (e rivolti al) il perseguimento ed

¹ La bibliografia sugli argomenti trattati è sterminata ed è comunque nota. Le citazioni sono limitate alla indicazione di pochi autori, dei quali risulta inserito un riferimento nel testo.

² E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il diritto successorio tra questioni ancora aperte e nuove esigenze economico-sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2021, 1017 ss.; I. RIVA, *Il patto di famiglia al servizio del trasferimento intergenerazionale dell'impresa*, *ivi*, 1187 ss.

il rispetto di valori e finalità sociali custoditi dallo Stato interventista ed imposti dalla legislazione comunitaria.

Un nuovo fondamento più ampio ed ambizioso sembra però muovere questa complessa ed innovativa legislazione: la massima razionalizzazione del mercato, la tensione verso il buon funzionamento ed efficienza del mercato e dei rapporti interprivati.

Lungi da obiettivi e finalità sociali concepite in senso tradizionale (da qui la crisi del Welfare State ed il passaggio allo Stato regolatore) i diversi pacchetti di regole di origine comunitaria trovano il loro fondamento nella promozione della competizione e, dunque, nella strutturazione del mercato.

Ben si comprende allora l'attenzione normativa verso *ruoli* creati dal mercato³.

È stato osservato altresì come professionisti e consumatori integrino “articolarità variabili del mercato”: una sorta di soggettività occasionale, poiché chi produce in un settore può essere consumatore in un altro⁴.

Ricordava già Pietro Barcellona che si può essere imprenditori e consumatori allo stesso tempo e che non esiste una situazione sociale di consumatore. Si diventa consumatori stipulando il contratto relativo a particolari beni ed a certe condizioni⁵.

Significativamente anche Giuseppe Benedetti precisava che “la diversità di ruoli, egemoni o subalterni, che si cumulano simultaneamente in ciascun soggetto, rende impossibile che esso si schieri, una volta per tutte, da una parte”⁶.

Tale processo di pluralizzazione del soggetto-contraente sembra però non solo rinvenire fondamenti assiologici autonomi (tutela del mercato), ma si manifesta altresì con tecniche giuridiche non sempre facilmente rapportabili alle tradizionali previsioni legislative.

Il soggetto contraente non si specifica attraverso l'individuazione del tipo contrattuale (il venditore, il locatore) ma attraverso tecniche sofisticate di grado e direzione diversi.

La regolamentazione di origine comunitaria, dalla prospettiva dei rapporti tra professionisti e consumatori, incide:

³ In questo senso vengono alla mente gli studi di P. BARCELLONA, *Autonomia privata e diritto supranazionale*, in *I mobili confini dell'autonomia privata* – a cura di M. Paradiso-, Milano, 2005, *passim*.

⁴ In tal senso F. BOCCHINI, *Nozione di consumatore e modelli economici*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie* – a cura di F. Bocchini, I (Gli Scambi), Torino, 2003, 44.

⁵ P. BARCELLONA, *Soggetti e tutele nell'epoca del mercato europeo/mondiale*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche* – a cura di N. Lipari, Napoli, 1998, 67.

⁶ G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 23.

D) ALL'INTERNO DEI SINGOLI MERCATI, individuati:

a) attraverso le *caratteristiche dei soggetti*.

Si pensi in tal senso alle attitudini del c.d. cyberconsumatore (nel mercato telematico).

b) attraverso le *peculiarità dei beni*.

Si pensi in tal senso alla pericolosità dei prodotti finanziari (nel mercato finanziario)

c) attraverso le *caratteristiche dei fatti*.

Si pensi in tal senso alla rilevanza dello spazio nelle contrattazioni. In questa direzione la disciplina dei contratti a distanza sembra quasi voler avvicinare tale *species* di contrattazione a quella tra due soggetti compresenti.

d) attraverso le *caratteristiche degli atti e comportamenti*.

Si pensi alla particolare disciplina della pericolosità degli atti aggressivi, come nell'ipotesi delle vendite c.d. porta a porta o fuori dai locali commerciali.

II) TRASVERSALMENTE AI VARI MERCATI.

La regolamentazione di origine comunitaria denota una fisionomia *transtipica*, ovvero si evidenzia come normazione per *classi contrattuali* che denotano aspetti caratteristici comuni.

Si pensi, in tal senso, alla disciplina sui servizi turistici, la quale incide certamente su una operazione giuridico-economica racchiusa in un pacchetto di contratti (trasporto, albergo, servizio turistico).

Lontane appaiono le tecniche tradizionali: è la crisi o il declino della disciplina classica per *tipi contrattuali*.

Attraverso un approccio trasversale l'ordinamento colora l'autonomia dei privati (che si traduce anche in autonomia contrattuale), specificamente individuati come professionisti e consumatori, di innumerevoli "obblighi di informazione", dello *ius poenitendi* e di numerose "nullità di protezione", strumenti per molti versi innovativi che si ha difficoltà a collocare o omologare agli istituti di stretta derivazione codicistica⁷.

La tutela non si realizza soltanto limitando o comprimendo l'autonomia della parte forte, bensì, in senso antagonista, promuovendo l'autonomia della parte debole, per evitare che l'identica libertà formale si traduca nel sostanziale "soggiacere del più debole al più forte"⁸.

⁷ R. TOMMASINI, *Il rimedio della nullità parziale: le evoluzioni del sistema*, in TOMMASINI (a cura di) *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, 2013, 493 ss.

⁸ COSÌ, C. CASTRONOVO, in *Autonomia privata e Costituzione Europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 40.

3. Il tramonto del soggetto e l'ascesa della persona. La considerazione del contraente nell'epoca della complessità

Occorre tuttavia chiedersi se in tale contesto un processo di pluralizzazione della soggettività possa dirsi realmente compiuto e giuridicamente efficiente. Non tutti i consumatori sono infatti eguali, e così anche non tutte le imprese in quanto tali possono essere accomunate (da qui la valorizzazione del c.d. terzo contratto, da parte di una sempre più consistente letteratura giuridica). La questione delle tutele o dei rimedi originariamente sorta per i consumatori sembra riverberarsi su tutte le contrattazioni caratterizzate da disparità di posizioni contrattuali e/o asimmetrie, e impegna l'interprete ad una difficile prospettiva di coordinamento sistematico.

Guardando ai professionisti, ed, *a fortiori*, ai consumatori, scorgiamo infatti una soggettività complessa, variegata ed eterogenea, che impedisce di edificare un tentativo di una nuova lotta di classe, come avvenuto per i lavoratori nei confronti dei datori di lavori; sembrano davvero mancare i presupposti per un tale processo ermeneutico.

Non appare possibile un qualche processo di cristallizzazione, una rete di differenze formalizzate. Ci troveremmo di fronte a tecniche giuridiche riduttive o a mere stratificazioni giuridiche superate dalle esigenze reali.

Il valore della diversità-specificità, compatibilmente con le esigenze meritevoli del mercato efficiente, consente di superare la cultura fondata sulla creazione di categorie omnicomprensive che inducono all'omologazione di situazioni non sempre assimilabili tra di loro.

Certo è che il diritto dei contratti non può considerarsi più fondato su un soggetto protagonista sempre identico a se stesso, quindi astratto e generale, né la funzione contrattuale può ritenersi collegata ad un singolo atto anziché alla complessiva attività. La posizione e la qualità del soggetto-contraente finiscono con l'incidere sulla stessa disciplina del contratto nella quale assume un rilievo significativo la valorizzazione di un equilibrio delle posizioni delle parti, talvolta finanche l'equità del rapporto, e quindi la tutela della persona e della sua dignità⁹.

Il contratto, dunque, non perde la sua identità e funzione e si deve collocare nel quadro di una assiologia aggregante e va dimensionato non solo nel mercato e nella sua efficienza, ma sul piano dei valori reali.

⁹ V. le interessanti considerazioni e ricostruzione di G. SICCHIERO, *L'equità correttiva*, in *Contratto e impresa*, 4/2021, 1174 ss. e in particolare sul rapporto tra buona fede ed equità, 1187 ss.

4. L'evoluzione dei rimedi e delle tutele

La diversificazione del soggetto all'interno del contratto trova riscontro significativo sul piano dei rimedi e delle tutele, laddove si coglie un nesso di congruità contenutistica e di interazione tra rimedi e tipo di posizione assunta dal soggetto nel rapporto contrattuale.

4.1. Regole di validità

Sulla base della spinta comunitaria lo strumento invalidante sembra manifestarsi come momento chiave per la salvaguardia dei nuovi interessi emergenti nella società.

A) La annullabilità

Lo strumento classico dell'annullabilità mantiene inalterate le caratteristiche impresse dal legislatore codicistico¹⁰.

Il rapporto tra soggetto e contratto rimane in una prima valutazione generale dell'ordinamento legata sempre agli aspetti della capacità e dei vizi della volontà. L'annullabilità nella sua configurazione dogmatica tradizionale consente di lasciare al soggetto interessato o a chi per lui, di valutare l'opportunità o meno di agire per ottenere l'annullamento dell'atto, se pregiudizievole. Eppure anche l'annullabilità è stata riutilizzata per alcuni aspetti della distinzione alla quale si farà di seguito riferimento tra *regole di validità* e *regole di comportamento*, a dimostrazione della adattabilità anche dei tradizionali strumenti codicistici.

B) La nullità

Sembra di contro frantumarsi il volto della nullità.

Accanto alla nullità codicistica¹¹ pensata per la tutela di interessi di carattere generale e modellata anch'essa in senso irrelato sul presupposto di una soggettività unica e astratta, e rivolta ad interessi generali cristallizzati, viene ad affiancarsi una nullità dal volto nuovo, che sebbene forse ancora pensata per interessi di carattere generale (ad es. tutela del mercato), si caratterizza come nullità di protezione¹².

Il rinnovato quadro normativo assume come punto di riferimento la peculiare qualità soggettiva del contraente protetto, da un lato, e dall'altro la posizione della parte ritenuta dominante. Non solo consumatori, ma anche imprese deboli,

¹⁰ R. TOMMASINI, *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 1 ss.

¹¹ R. TOMMASINI, *Nullità* (diritto privato), in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 866 ss.

¹² Sul punto v., altresì, A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1479 s. e già La "nullità di protezione", in *Eur. dir. priv.*, 2011, 77 ss; al quale saggio si rinvia per le indicazioni bibliografiche sul tema.

come desumibile dalla disciplina in materia di subfornitura e lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. In questo senso il profilo rimediabile non si appiattisce sulle sole ragioni del consumatore ma si estende anche alle ragioni espresse dalle imprese in posizione di disparità contrattuale.

Se la nullità codicistica tutela il *soggetto-contraente* in un sistema fondato su una sostanziale parità strutturale e sull'eguaglianza formale, la nullità comunitaria, tendenzialmente parziale ed a legittimazione relativa, sembra fondarsi sulla *persona e/o* sull'ente contraente, a garanzia di un equilibrio sostanziale delle posizioni dei contraenti che impone correttezza, trasparenza e talvolta, finanche, equità nei rapporti contrattuali.

4.2. Le regole di comportamento

La tradizionale ripartizione tra regole di validità e regole di comportamento, e dei correlati diversificati rimedi subisce adattamenti proprio in funzione della posizione della persona del contratto¹³.

L'universo dei rimedi non si esaurisce nell'esaltazione delle regole c.d. di validità seppure, come denotato, con fisionomie e logiche innovative: in peculiari contesti ovvero in peculiari mercati (in questo senso è sintomatico il caso della regolazione dei mercati finanziari) si arricchisce di un corpo considerevole di nuove regole di comportamento imposte a operatori qualificati e la cui attività incide su soggetti valutati presuntivamente come deboli in ragione della posizione contrattuale di asimmetria informativa¹⁴.

Come è noto la violazione delle regole di comportamento, tanto nella fase prenegoziale tanto in quella attuativa del rapporto, genera responsabilità ed eventualmente la risoluzione del contratto, ma non incide sulla validità dell'atto negoziale.

Tuttavia, come statuito dalle Sezioni Unite della Cassazione¹⁵, la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario è idonea ad influire sul consenso della controparte contrattuale inquinandolo e così determinando l'annullabilità allorché ricorrono le condizioni previste dall'art. 1427 c.c., ovvero in presenza di particolari presupposti in determinate fattispecie, ad esempio di omesse informazioni da parte dell'intermediario finanziario all'investitore-risparmiatore nella fase prenegoziale.

¹³ G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 1, 37.

¹⁴ G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. dir. priv.*, 1/2019, 1 ss.

¹⁵ Cass., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26725.

È in questa logica che la differenziata posizione del soggetto nel contratto si riverbera anche sulla disciplina dell'annullabilità, così come già evidenziato per la nullità di protezione.

Infatti la giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, ha significativamente attribuito un rinnovato rilievo al dolo nella specie della omissione informativa e più in generale della reticenza; e ciò in ragione della particolare posizione di disparità contrattuale che assume l'investitore-risparmiatore nei confronti dell'intermediario finanziario.

È questo il riflesso sempre più incisivo del passaggio dal soggetto alla persona nel contratto, il quale inevitabilmente si proietta sulla distinzione tradizionale fra regole di comportamento e norme di validità; bipartizione non sempre netta se è vero che la violazione della regola di buona fede talora provoca il giudizio di invalidità dell'atto oggetto di valutazione.

Tale fenomeno di trascinamento delle regole di buona fede sul piano del giudizio di validità si registra nella legislazione speciale, come nell'ipotesi dell'art. 16 comma 4 del d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190 in materia di vendita a distanza dei servizi finanziari, che prevede la nullità nel caso in cui il venditore ostacoli l'esercizio del diritto di recesso o violi gli obblighi d'informazione in modo da occultare le caratteristiche del servizio offerto; l'art. 9 della l. n. 192 del 1998 in tema di abuso di dipendenza economica nei contratti di subfornitura di attività produttive; l'art. 52 cod. consumo in tema di contratti stipulati telefonicamente; l'art. 7 del d.lgs. 2002 n. 231 in tema di clausole di dilazione dei termini di pagamento nelle transazioni commerciali. E non è senza significato che il codice di consumo (d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 e ss. mm.) all'art. 2, rubricato "diritti dei consumatori" preveda che ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti, tra l'altro, "ad una adeguata informazione" (lettera c), "alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali" (lettera e). Ed ancora all'art. 5 si precisa che "le informazioni al consumatore devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore".

4.3. Il recesso

La tutela rafforzata della persona contraente si manifesta anche sotto il profilo del diritto di recesso, attribuito per garantire lo scioglimento – o il non perfezionarsi – del vincolo secondo la diversificata considerazione della specifica posizione di volta in volta assunta dal contraente.

"I recessi di pentimento sono quelli che la legge dà a una parte, senza vincolarli ad alcun presupposto, ma solo perché ritiene opportuno – in una logica di

speciale protezione della parte – consentire a questa di cambiare idea rispetto al contratto già concluso”¹⁶.

Se nella regolamentazione del '42 il potere di recedere, di fonte legale, spetta ad entrambi i contraenti, lo *ius poenitendi* consumeristico spetta in via esclusiva al consumatore. Si configura altresì come un diritto di pentimento che può essere esercitato *ad libitum*, a prescindere, cioè, da qualunque motivazione o giustificazione, entro un termine predeterminato. Appare un atto essenzialmente *gratuito*, ed altresì *irrinunciabile*.

Il diritto di recesso in favore del consumatore, pur in una logica distante anche se non sconosciuta al nostro diritto positivo, (si pensi ad esempio, a quello concesso in favore del committente nell'appalto (art. 1671); del mittente nel trasporto di cose – art. 1685 primo comma, ecc.), pur confermando la sua natura di diritto potestativo, invero, come ho avuto modo di evidenziare in altra mia pubblicazione sul tema, non ha nulla a che vedere con l'istituto della nostra tradizione codicistica.

4.4. La tutela collettiva

Accanto ad una dimensione di tutele di carattere individuale che sembra mutare fisionomia in una ottica non più neutra ed indifferenziata, il sistema (così nella nota legge finanziaria) introduce una nuova dimensione (collettiva cioè) rimediata attraverso le “class actions” tese alla tutela di interessi omogenei espressi da soggetti accomunati da una medesima posizione contrattuale (i consumatori). Ciò dimostra che anche sul piano della tutela giudiziale l'ordinamento prende sempre più coscienza della posizione differenziata del soggetto nel contratto apprestandogli meccanismi rafforzati di protezione, non solo come singola parte contrattuale ma come potenziali categorie di contraenti.

5. Il disegno di legge n. 1151 del marzo 2019

Nei contrasti interpretativi generati dall'articolato e complesso quadro normativo, pure per sommi capi richiamato, da più parti si è posto l'interrogativo, prospettato in questo convegno, se la disciplina (generale o speciale o generale e speciale insieme) del contratto debba essere innovata ed in che misura, pur potendosi ritenere che i profili disciplinati dalla legislazione speciale debbano prevalere sulla disciplina generale del contratto, ben potendo farsi della stessa applicazione analogica qualora ricorra la medesima *ratio*.

¹⁶ Così V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 518 ss.

Nella prospettata esigenza di risistemazione e adeguamento trova collocazione il disegno della legge (d.d.l. n. 1151 del marzo 2019) avente ad oggetto la revisione e/o integrazione del codice civile, fissando alcuni principi e criteri direttivi, che è utile esaminare partitamente.

Alcuni suggerimenti sono condivisibili senza riserva: così l'auspicio a seguito degli interventi di cui alla legge n. 76/2016, di una regolamentazione, nella previsione di crisi e/o dello scioglimento del rapporto, di accordi prematrimoniali (sia patrimoniali che personali), pur nel rispetto di norme imperative, dei diritti fondamentali della persona dell'ordine pubblico e del buon costume, ad oggi ritenuti dall'orientamento giurisprudenziale nulle.

Conforme alle esigenze della attuale logica di circolazione della ricchezza auspicabili sono gli interventi di trasformazione dei diritti di legittimari in una quota del valore e la possibilità di stipulare patti successori nelle successioni future, in modo da destinare beni del patrimonio a determinati successori e non ad altri¹⁷.

Passando all'esame degli altri profili si rileva quanto segue.

Lettera f): "prevedere, nel corso delle trattative per la conclusione del contratto, che la parte che sia a conoscenza di un'informazione di rilievo determinante per il consenso sia inderogabilmente tenuta a comunicarla all'altra parte quando questa la ignori e abbia fatto necessario affidamento sulla lealtà della controparte, sono escluse le informazioni concernenti il valore dell'oggetto del contratto". Il disegno di legge sul punto non fa che richiamare, sia pure parzialmente, i commi 1 e 2 del riformato art. 1112 del codice civile francese. Se si ritiene di dovere specificare la previsione degli obblighi informativi precontrattuali, con l'obbligo inderogabile di comunicare all'altra parte circostanze di rilievo, l'interprete dovrebbe individuare caso per caso quali sarebbero le circostanze di rilievo.

L'intervento dovrebbe comunque essere finalizzato ad eliminare le incertezze interpretative emerse in sede applicativa, almeno con l'indicazione di un criterio che consenta di qualificare come determinante l'informazione omessa, nonché, come è stato rilevato dai primi commentatori¹⁸, la natura della responsabilità conseguente alla violazione di tali obblighi, oscillante tra responsabilità *ex contractu* e/o per violazione del dovere *di neminem laedere*.

¹⁷ Per l'esame della complessa problematica v. E. LUCCHINI GUASTELLA, *Il diritto successorio tra questioni ancora aperte e nuove esigenze economico – sociali*, cit. 2027 ss; M. MARTINO, *Attribuzioni mortis causa e complessità delle forme di redistribuzione sottese alla successione necessaria*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2021, 1057 ss.

¹⁸ L. BALESTRA, V. CUFFARO, C. SCOGNAMIGLIO, G. VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, in *Corriere giur.*, 5/2019.

Invero, le attuali previsioni normative consentono un'adeguata tutela dei soggetti coinvolti nelle trattative a fronte dell'inadempimento di obblighi informativi, già sulla base del principio di ragionevolezza, che deve orientare l'interprete nella individuazione delle informazioni, che siano determinanti del consenso contrattuale, nonché del contenuto dell'obbligo di informarsi gravante sulle parti contrattuali. Un intervento in questo ambito dovrebbe avere finalità meramente integrativa e/o specificativa delle formule allo stato utilizzate dal legislatore codicistico, piuttosto che innovativa in senso stretto. Suscita perplessità la prospettata esigenza di prevedere i principi di correttezza, informazione e trasparenza in una disposizione di carattere generale. Sembrerebbe volere riproporre la considerazione del contraente come categoria generale, nella realtà giuridica superata, al quale estendere le tutele nel tempo attribuite dalle discipline speciali per specifiche categorie. In ogni caso la previsione generale non potrebbe escludere il riferimento alle specifiche previsioni delle legislazioni speciali.

Lettera g): Merita apprezzamento, malgrado la infelice formulazione di questa parte del disegno di legge, indicativa peraltro di non poca confusione concettuale, la previsione di una invalidità del contratto in caso di "pratiche ingannevoli, aggressive o scorrette, o circostanze quali la distanza tra le parti, la sorpresa o la situazione di dipendenza di una parte rispetto all'altra". Si tratterebbe in buona sostanza di introdurre nella disciplina generale del contratto, il rimedio caducatorio previsto in questi casi dalla legislazione di settore, senza le limitazioni soggettive da questa introdotte. Invero un'applicazione generalizzata del rimedio invalidatorio potrebbe ritenersi certamente auspicabile a garanzia della correttezza delle contrattazioni indipendentemente dai protagonisti soggettivi. Risultato che tuttavia sarebbe in ogni caso raggiungibile attraverso il ricorso all'analogia, ove sussistente una identità di *ratio*.

Lettera h): Non occorre un intervento riformatore al fine di ritenere radicalmente nulli patti e clausole in contrasto con i diritti della persona di rilevanza costituzionale, nullità che, come precisa il disegno di legge, dovrebbe essere relativa e parziale. La posizione di vertice assunta dalla persona nell'ordinamento interno ed in quello sovranazionale impone infatti sempre e comunque una qualificazione negativa delle pattuizioni che si pongano in contrasto con le sue istanze di realizzazione. È sufficiente allora il ricorso ai principi fondamentali desumibili dal sistema attesa la loro immediata e diretta precettività.

Lettera i): Un profilo sul quale occorrerebbe opportunamente intervenire nella disciplina generale del contratto è quello relativo all'obbligo di rinegoziarne il contenuto in caso di eccessiva onerosità derivante da cause eccezionali ed imprevedibili. Problema questo particolarmente avvertito ed attuale a seguito

dell'emergenza sanitaria da Covid-19, e che ha indotto la dottrina¹⁹ a proporre l'introduzione con legge di un obbligo di rinegoziare i contratti stante il carattere straordinario ed imprevedibile della situazione sanitaria²⁰.

Ed il problema potrebbe porsi considerando le attuali vicende del conflitto instaurato tra Russia ed Ucraina, con incidenza sull'imprevedibile incremento di prezzi di beni e materiali, che non potrà non incidere sulla esecuzione di contratti ad esecuzione differita o di durata.

In questa direzione la citata delega al Governo per la revisione del codice civile (d.d.l. Senato 1151) prevede su un piano generale "il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti".

Uno specifico obbligo in capo alle parti di cooperare al fine di rinegoziare il contenuto del contratto è già presente nella prassi del commercio internazionale (Principi Unidroit, e Principles of European Contract Law). L'articolo 6.2.3 dei Principi Unidroit attribuisce alla parte svantaggiata da una sopravvenienza il diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto, purché la richiesta di modifica del regolamento contrattuale sia formulata senza ingiustificato ritardo e indichi i motivi su cui si basa. Parimenti i Pecl, all'articolo 6:11, n. 2, prevedono l'obbligo di avviare trattative allo scopo di modificare il contenuto del contratto. Quanto alle conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione sia i Principi Unidroit che i Pecl attribuiscono al giudice alternativamente il potere di risolvere o di modificare il contratto al fine di ristabilirne l'originario equilibrio.

In presenza di sopravvenienze contrattuali, le quali ricorrono qualora nei contratti che si proiettano nel tempo sopravvengano, dopo la conclusione del contratto e prima della sua completa attuazione, fatti che mutano il contesto in cui il contratto si attua²¹, non è espressamente previsto nel nostro ordinamento un obbligo di rinegoziarne il contenuto.

Tuttavia la considerazione del sistema consente di affermare l'esistenza di una scelta verso la conservazione e l'adeguamento del rapporto in caso di fatti

¹⁹ V. F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giustiziacivile.com*, 3/2014, 825 ss.

²⁰ Cfr., sul punto, M. FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1/2021, 1 ss; A. DOLMETA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giustiziacivile.com*, 6/2020, 5.

²¹ In tal senso, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 943 ss.

extra ordinem che sfuggono alla prevedibilità delle parti. Il riscontro positivo di tale opzione è da ravvisare *prima facie* nell'offerta di riconduzione ad equità *ex art. 1467, comma 3, c.c.* che consente alla parte avvantaggiata dalla sopravvenienza, disposta ad una modificazione del contratto, di impedirne la risoluzione, oltre che nel principio di esecuzione del rapporto contrattuale secondo buona fede *ex art. 1375 c.c.*²².

Il sistema prevede invero obblighi di rinegoziare in caso di vendita a misura *ex art. 1537, comma 1, c.c.*, o di vendita cumulativa di più immobili *ex art. 1540 c.c.*, ed ancora in materia di contratto di affitto o di richiesta di revisione del prezzo dell'appalto in caso di aumento o diminuzione del costo dei materiali o della manodopera.

In assenza di una determinazione pattizia volta a rinegoziare il contenuto del contratto, non sembra tuttavia che un obbligo legale di rinegoziare, a carico di entrambe le parti, possa trovare il suo fondamento di diritto positivo nell'offerta di riconduzione ad equità *ex art. 1467, comma 3, c.c.*, poiché quest'ultima è una facoltà spettante soltanto alla parte avvantaggiata dalla sopravvenienza (nella specie normativa), l'altra parte viceversa non può formulare alcuna offerta di modificazione del contratto ma soltanto chiederne la risoluzione.

L'interesse all'adeguamento del contratto si è ritenuto che possa trovare realizzazione attraverso il principio di buona fede nei rapporti contrattuali. Nei contratti di durata sorgerebbe allora, quale effetto *ex lege*, l'obbligo di salvaguardare l'interesse della controparte alla prosecuzione ed all'adeguamento del rapporto qualora sopravvenissero circostanze che alterino l'equilibrio originario dello stesso²³.

Un obbligo siffatto sarebbe inoltre espressione del dovere costituzionale di solidarietà *ex art. 2 Cost.*, vincolando la parte avvantaggiata dalla sopravvenienza a rinegoziare i termini dell'accordo sì da ricondurlo all'equilibrio originario voluto dai contraenti.

La configurabilità su un piano generale, e a fronte di ogni e qualsivoglia sopravvenienza, di un obbligo *ex lege* di rinegoziazione del contratto presuppone peraltro l'attribuzione al principio di buona fede del ruolo di fonte integrativa del contenuto contrattuale.

Le individuate incertezze relative alla individuazione di un obbligo legale di rinegoziare il contenuto del contratto a fronte di circostanze sopravvenute ed imprevedibili, che alterino l'originario programma contrattuale, nonché l'atteggiamento di chiusura della giurisprudenza a fronte di sopravvenienze sia tipiche

²² V. il recente contributo di A. ALBANESE, *Buona fede contratto legge*, in *Eur. dir. priv.*, 1/2021, 31 ss.

²³ V. R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto* (diritto privato), in *Enc. dir.*, Milano, 1989, XL, 127.

che atipiche, rendono quindi opportuna una sua specifica previsione da parte del legislatore.

Il disegno di legge propone una costruzione della fattispecie attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede con finalità correttive del regolamento contrattuale in presenza di circostanze straordinarie ed imprevedibili che alterino il programma negoziale, come divisato dalle parti. Il ricorso alle clausole generali è peraltro certamente da apprezzare consentendo lo stesso di porre in dialogo costante il sistema rigido dei concetti con il continuo mobile dell'esperienza giuridica²⁴. Il favore nella applicazione della rinegoziazione trova formale riscontro nella legge di conversione del decreto "Crisi di impresa" del 21.10.2021 n. 247 – che all'art. 4 prevede il dovere dell'imprenditore di rappresentare la propria situazione ai creditori in modo completo e trasparente; inoltre l'art. 10 prevede che l'esperto invita le parti a rideterminare secondo buona fede il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata, periodica e differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa. In mancanza di accordo il Tribunale può determinare equitativamente le condizioni del contratto²⁵. L'equilibrio tra le prestazioni può essere garantito dal Tribunale anche mediante la corresponsione di un indennizzo. Si tratta di norma specifica, inserita nel contesto volto ad eliminare le posizioni di insolvenza ed evitare la decozione ed il fallimento e dunque non sembra potere assurgere a principio generale anche se indica un orientamento che il legislatore intende attuare e perseguire. In ogni caso comunque occorrerà contemperare gli effetti della rinegoziazione, anche giudizialmente attuata, con gli interessi reali delle parti come programmati e rapportati alle sopravvenienze, senza ignorare che la risoluzione del contratto potrebbe anche costituire un rimedio di più equo contemperamento.

Dunque in tema di obbligo di rinegoziazione una disposizione sembra opportuna, magari inserita nella parte relativa alla esecuzione del contratto secondo buona fede o inserendo un quinto comma nell'art. 1467 c.c.

6. Le persistenti perplessità e le prospettive per un sistema in divenire

In molte parti i criteri proposti dal disegno di legge lasciano perplessi, potendosi ritenere le problematiche evidenziate risolvibili già sulla base delle norme

²⁴ Sulla problematica v. già gli insegnamenti di S. PUGLIATTI, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni "fenomeni giuridici anomali"*, in *Diritto civile, Metodo – Teoria – Pratica*, Milano 1951, 655 e ss., ed in particolare il saggio *La logica e i concetti giuridici*; nello stesso volume, 667 ss.

²⁵ Secondo M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, 418, non si può generalizzare un potere di revisione in capo al giudice.

vigenti o della applicazione della valutazione in termini di meritevolezza degli interessi programmati.

L'*excursus* sulle vicende e sulle evoluzioni che hanno interessato il contratto e la posizione dei soggetti inducono a ritenere che salvo qualche intervento di mera integrazione non occorra una radicale riforma del contratto. La interpretazione e sistemazione delle regole del codice integrata con le previsioni delle altre disposizioni speciali può certamente consentire, anche con il supporto dell'attività ermeneutica della giurisprudenza, a conservare un quadro armonico della regolamentazione del contratto, con valenza espansiva anche per le ipotesi suggerite nel disegno di legge.

La sovrapposizione di discipline analitiche e specifiche non sempre è utile per fornire un quadro chiaro ed esaustivo della migliore regolamentazione degli interessi.

La dinamicità del processo evolutivo dei valori sociali, e conseguentemente del sistema, solleciterà ulteriori riflessioni, ed esigenze di integrazione normativa oggi nemmeno ipotizzabili.

Per questo le riforme prospettate sarebbero comunque temporalmente datate e destinate alla cristallizzazione, difficilmente compatibili con una evoluzione degli interessi e dei valori fortemente accelerata.

Volendo sintetizzare una risposta al quesito di cui in premessa, ritengo che si debba escludere una riforma della parte generale dei contratti che appare ancora oggi esemplare nella sinteticità delle espressioni e nella chiarezza dei principi enunciati. Anche per evitare il rischio che il nuovo legislatore alteri l'armonia dell'esistente sistema normativo con disposizioni sovrabbondanti, articolate in commi poco comprensibili.

Anche gli interventi ritenuti utili e taluni anche necessari, come suggerito, è auspicabile che siano inseriti nel contesto normativo esistente con articolazioni contenute e di mera integrazione (direi "in punta di penna") nel rispetto dei principi generali già disegnati.

Peraltro – come evidenziato – i principi del codice, sistematicamente valutati con le discipline speciali hanno consentito a dottrina e giurisprudenza di dare riscontro esaustivo ai problemi sollevati dal mercato e nel mercato, consentendo di tutelare in modo efficace le persone contraenti e la logica e giustizia degli scambi²⁶.

²⁶ V. la recente pubblicazione di A. NEGRI, *Autonomia della volontà e contratto giusto* (Studio di diritto francese), t. 2, Pisa, 2022, *passim*.

I QUADERNI DELLA SSM

nella stessa collana

Quaderno 1 – Bioetica e biodiritto

Quaderno 2 – Raccolta delle fonti e delle principali delibere della Scuola superiore della magistratura

Quaderno 3 – Comunione e condominio

Quaderno 4 – Diritti e obblighi del lavoratore all'epoca COVID

Quaderno 5 – Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario

Quaderno 6 – Storia della magistratura

Quaderno 7 – I metodi di risoluzione alternativa delle controversie:
Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione
giudiziale

Quaderno 8 – Il procedimento disciplinare dei magistrati

Quaderno 9 – L'ordinamento giudiziario

Quaderno 10 – L'evoluzione della responsabilità civile

Quaderno 11 – I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee

Quaderno 12 – Dieci anni di Scuola superiore della magistratura (2011-2021)

Quaderno 13 – Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria

Quaderno 14 – Il diritto tributario nella prospettiva penale e civile

Quaderno 15 – Giustizia digitale



I QUADERNI DELLA SSM

nella stessa collana

Quaderno 16 – Il nuovo diritto di famiglia

Quaderno 17 – L'etica giudiziaria

Quaderno 18 – Gli assetti organizzativi dell'impresa

Quaderno 19 – Intercettazioni di comunicazioni e tabulati

Quaderno 20 – Il giudizio civile di cassazione

Quaderno 21 – Scienza e diritto penale

Quaderno 22 – Il diritto dell'immigrazione

Quaderno 23 – Composizione negoziata della crisi di impresa e concordato
semplificato



Finito di stampare nel mese di aprile 2023
a cura dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.

