JUS CIVILE



MASSIMO FRANZONI
Professore ordinario di diritto civile - Università di Bologna

IL CONTRATTO NEL MERCATO GLOBALE

SOMMARIO: 1. Il contratto, il diritto e il mercato. – 2. Dal consumatore alla ridefinizione della parte debole: il terzo contratto. – 3. Il contratto e la nullità. – 4. Il contratto cui resta attaccato il diritto di origine. – 4.1. Segue: … le conseguenze della circolazione del regolamento contrattuale. – 4.2. Segue: l'interpretazione del contratto e il diritto applicabile. – 5. Quale il diritto applicabile? Un esempio da non imitare. – 6. Il contratto che crea beni.

1. Non è nuova la riflessione sul significato delle norme sul contratto in generale, contenute nel codice civile, non è neppure nuova una riflessione sul ruolo del contratto nel nostro tempo. Ho fatto questa scelta per raccontare una fase del diritto privato, attraverso una delle sue figure più rappresentative almeno a partire dalla seconda metà del secolo scorso ([1]). L'idea, per la verità, non è neppure quella di raccontare un certo lasso temporale, con sistematicità e coerenza, ma di fermare l'attenzione su quei fatti di cronaca (giuridica) che non si sono ancora decantati compiutamente per poter essere considerati, a tutti gli effetti, storia vera e propria.

Se accettiamo l'idea che l'ordinamento giuridico è un universo in costante evoluzione e che il motore del processo è l'incessante attività dell'interprete, se prendiamo atto che l'interprete adopera il diritto ogni qual volta deve risolvere conflitti, dobbiamo concludere che il filtro del contratto è un utile espediente per occuparsi di una serie di vicende che vedono le persone del mondo relazionarsi fra loro in modo sempre più prossimo ad un certo standard. Se, poi, consideriamo che il contratto è diventato la figura giuridica e nel contempo il valore su cui si regge uno scambio ormai su base planetaria, comprendiamo il grande rilievo che assume la riflessione su questo istituto.

Dobbiamo considerare, inoltre, che gli ordinamenti nazionali non possono più essere considerati fondati sullo Stato e sulla purezza di quest'ultimo ([2]). Siamo, ormai, in presenza di una pluralità di fonti interne, sovranazionali, internazionali, di diversa gerarchia. La consapevolezza di questi fenomeni era ben presente anche al legislatore costituzionale il quale aveva previsto gli artt. 10, 11; da ultimo, è espressamente ritornato sulla questione, introducendo l'art. 117, comma 1º, cost., così sottolineando con maggiore intensità la pluralità delle fonti nell'architettura. Quanto alla gerarchia, questa è ben presente nelle riflessioni teoriche più recenti di una pluralità di autori. È

([1]) Mi sembra che sia proprio questa la scelta di ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, che scrive questo libro molto utile per le informazioni che dà, oltre che raffinato nell'esposizione.
([2]) Così, fra gli ultimi, CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *L'idea*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, I, Milano, 2007, p. 3. Un'ampia riflessione sulla territorialità del diritto è svolta da FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione – Diritto e diritti nella società trans-nazionale*, Bologna, 2000; v. ora ID., *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012; sugli studi di questa a. tornerò in seguito.



anche opportunamente considerata dalla Corte di giustizia, la quale, nell'ambito di un procedimento promosso *ex* art. 258 TFUE nei confronti della Repubblica italiana, ha ritenuto che questa, «escludendo qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2, commi 1° e 2°, l. 13 aprile 1988, n. 117, sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado» ([3]).

La pluralità di fonti rende cosmopoliti i fini sottostanti ai sistemi in cui le fonti producono il diritto ed impone all'interprete di dover legare insieme le diverse norme attraverso i principi che, in questo modo, sono sempre meno regole desunte per via induttiva, e sempre più espressione di valori comuni con i quali dirigere l'interpretazione ([4]). Dal lato del contratto, la pluralità di fonti nelle regole che governano il contratto e le nuove finalità che le parti gli attribuiscono, impongono ancora all'interprete il compito di ridefinirne lo statuto, oltre che la funzione in questa stagione dell'economia del terzo millennio. Nel farlo, è opportuno considerare i diversi momenti in cui il contratto si è posto all'attenzione degli interpreti da un po' di tempo a questa parte.

Di fatto accade che del contratto non è più soltanto sotto osservazione il profilo della tipicità o della atipicità, i criteri di qualificazione, l'indagine sulle forme assunte dagli elementi essenziali (penso all'accordo raggiunto in rete; o all'oggetto contrattuale in un contratto collegato) e così via. L'interesse si incentra pure su un diverso modo di declinare il contratto, che diventa: asimmetrico, giusto, trasparente, amministrato, controllato giudizialmente, completo, ragionevole, suscettibile di revisione o di rinegoziazione e così via ([5]). Se, in passato, queste qualità avrebbero interessato

([3]) Corte di Giustizia, sentenza 24 novembre 2011, causa C-379/10, *Commissione europea c. Repubblica italiana*, in *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ–0379:IT:HTML#Footnote**; in senso conforme, Corte giustizia Comunità europee, 13 giugno 2006, n. 173/03, in *Foro it.*, 2006, IV, 417, con nota di SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*; PALMIERI, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*; GIOVANNETTI, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*; il caso riportato nel teso originava dalla lite definita con Cass., 19 aprile 2000, n. 5087, *ivi*, 2000, I, c. 2824: «il comportamento di un concessionario pubblico che, per svolgere il servizio di collegamento di massa via mare tra le isole maggiori ed il continente, pratichi una tariffa imposta dall'autorità governativa avvalendosi del sovvenzionamento statale: *a*) non vale ad individuare, di per sé, una fattispecie di aiuto statale illegittimo, ai sensi della normativa comunitaria; *b*) non integra gli estremi della concorrenza sleale per vendita sottocosto in violazione del principio della correttezza professionale; *c*) costituendo attività di cabotaggio all'interno di un singolo stato membro, non impinge nel divieto di abuso di posizione dominante *ex* art. 82 (*ex* 86) del trattato Ce».

([4]) Così ALPA, *Le stagioni del contratto*, cit., p. 122 s., in cui rende conto dei risultati di un importante convegno svoltosi presso l'Accademia dei Lincei nel 1991, i cui contributi sono riportati in AA.VV., *I principi generali del diritto*, Roma, 1992.

([5]) Ancora riprendo questo elenco da ALPA, *Le stagioni del contratto*, cit., p. 141 ss.



prevalentemente i sociologi o gli economisti, ora questa tipizzazione sociale finisce per costituire il presupposto di una riflessione giuridica diretta a creare generi, con una tecnica che non è affatto lontana da quella seguita dalla dogmatica nell'edificare gli istituti giuridici di un tempo. In altri termini il giurista pensa al contratto asimmetrico, avendo in mente un complesso di regole da applicare certamente ai contratti tra un professionista ed un consumatore. Ma ha incominciato a pensare a quello stesso contratto ed a quelle regole da applicare nei confronti di chi, pur non essendo consumatore, tuttavia si trova a patire un difetto fisiologico di informazione: tale può essere anche qualsiasi altro contraente debole. Da qui nasce l'idea del terzo contratto, come quel contratto in cui una parte è debole pur non essendo un consumatore o un risparmiatore ([6]).

Ancora: l'interprete pensa al contratto controllato giudizialmente intendendo quel complesso di regole che vanno dalla buona fede, alla correttezza, all'equità ed alla ragionevolezza e che si applicano a certe condizioni ad alcune tipologie di contratti. Il pratico pensa al contratto suscettibile di revisione, pensando prevalentemente ai contratti di durata, rispetto ai quali le circostanze esterne potrebbero compromettere l'equilibrato assetto dell'originario atto di autonomia oppure potrebbero fisiologicamente comportare la necessità di dovere integrare quello stesso atto di autonomia; e così via.

2. L'unificazione dei codici operata nel 1942 ha comportato lo spostamento di attenzione dal soggetto, parte contrattuale, all'atto perfezionato, il contratto. È ben vero che, in passato, la scelta compiuta per collegare una certa disciplina al contratto dipendeva dalla sua qualificazione come atto di commercio ovvero come atto di autonomia privata, ma è altrettanto vero che, seppure al costo di un'accettabile semplificazione, l'essere commerciante portava con sé il presupposto per applicare la regola del diritto commerciale. Quindi, entro certi limiti, si può affermare che l'essere commerciante era il criterio per collegare una certa disciplina ad un atto di commercio.

Dopo la codificazione del 1942, il criterio soggettivo è stato raramente accolto per collegare una certa disciplina ad un rapporto, giacché chiunque può essere venditore o acquirente, locatore o conduttore e così via. Faceva eccezione l'essere appaltatore, banchiere, assicuratore o commissionario, ma si trattava di eccezioni, normalmente motivata dall'esigenza di distinguere la parte contrattuale, grande imprenditore, dall'altra; ormai era svanita la stessa idea di atto di commercio, posto a fondamento della disciplina particolare del codice di commercio. L'unica vera eccezione era l'essere una parte un lavoratore subordinato, ma il *favor lavoratoris* è sempre stato letto in una prospettiva diversa da quella di cui stiamo dando atto e, dopo qualche tempo, avrebbe definitivamente trovato nel testo costituzionale la sua ragion d'essere, addirittura nei «Principi

([6]) Cfr. GITTI e VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.



fondamentali».

La tecnica che guarda alla parte e non alle persone dei contraenti era coerente con il principio di uguaglianza in senso formale, il quale, eliminando ogni distinzione dal lato soggettivo, riportava all'atto ed alla sua funzione il centro dal quale orientare la disciplina dell'atto e del rapporto. La conferma di questo ragionamento si trova nella previsione delle clausole vessatorie nell'art. 1341 s. c.c. In astratto, può essere chiunque a predisporre unilateralmente condizioni generali di contratto (art. 1341, comma 1º, c.c.) che, se contengono clausole vessatorie (comma 2º), saranno assoggettate a certe regole. Non è rilevante il soggetto, dunque, ma la sua attività: aver predisposto unilateralmente condizioni generali contenenti clausole vessatorie.

Con una importante inversione di tendenza, dietro l'influsso del diritto di fonte comunitaria, nel corso degli anni 90 si è incominciato a regolare il contratto concluso tra un professionista ed un consumatore. Proprio perché queste sono le parti del contratto, allora la disciplina della vendita o dell'appalto è diversa da quella tipizzata nel codice. L'esigenza di dover proteggere una parte rispetto all'altra diventa la ragione della singolare disciplina che incide sull'atto, talvolta per eliminare squilibri fra i diritti nascenti dal regolamento, talaltra per richiedere, ad esempio, la forma scritta, per meglio proteggere un certo interesse (ad esempio, art. 125 *bis* d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, a proposito dei contratti di credito e delle relative comunicazioni). Ad un certo momento, la categoria del consumatore si è espansa fino a comprendere qualsiasi parte debole: ad esempio il sub fornitore.

Una serie rilevante di contratti ha visto spostare l'attenzione del giurista dalla parte codicistica sul contratto in generale, verso la asimmetria delle posizioni soggettive, che, come corollario, richiede un'attenzione particolare alle regole della trasparenza e così via. In buona sostanza, anziché pensare quasi aprioristicamente all'atto, si è incominciato a ragionare indirettamente sull'atto, muovendo dalla qualità dei soggetti contraenti: consumatori, risparmiatori, sub fornitori. È questa la ragione per la quale dal contratto di diritto comune, il primo contratto, si è delineato il secondo contratto, quello con il consumatore, per poi ipotizzare un terzo contratto, quello con una parte debole diversa da un consumatore o da un risparmiatore.

Per molto tempo si è guardato all'art. 41 Cost. come a quella norma che attribuiva alla legge il potere di determinare «i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata [potesse] essere indirizzata e coordinata a fini sociali» (comma 3º). Si ipotizzava che con atti generali di grande respiro, come le leggi, o gli atti amministrativi, l'ordinamento giuridico potesse orientare l'economia verso la realizzazione di «fini sociali». Le cose sono andate diversamente, giacché proprio quei fini sociali, che presuppongono la realizzazione della «utilità sociale» (comma 2º), si realizzano con disposizioni che riguardano il contratto e molto spesso proprio la sua validità



o la validità delle sue clausole.

3. Passata la stagione dei patti agrari o delle locazioni degli immobili urbani, in cui l'attenzione del legislatore si è incentrata specialmente su alcuni settori socialmente e quantitativamente rilevanti del mercato ([7]), l'*enforcement* del diritto comunitario ha incominciato a considerare il contratto come diretto strumento per regolare il mercato in generale, con l'impiego del giudizio di validità. Espressivo di questo mutamento di prospettiva è l'art. 2, comma ult., l. 10 ottobre 1990 n. 287, secondo il quale «le intese vietate sono nulle ad ogni effetto». Fino a quel momento la generalità degli interpreti ragionava nella logica della concorrenza sleale, fonte dell'azione inibitoria e del risarcimento del danno. Quasi mai il giudizio aveva investito la validità del contratto con il quale le parti avevano consumato l'atto di concorrenza. Il modello di ragionamento era efficacemente sintetizzato nella seguente decisione: «il cosiddetto boicottaggio va inquadrato nel paradigma della concorrenza sleale, e più precisamente nella ipotesi del n. 3 dell'art. 2598 c.c.; nella valutazione di tale fattispecie l'art. 41, commi 1º e 2º, cost. e l'art. 86 Cee (art. 102 TFUE) sono utilizzabili soltanto da un punto di vista sistematico ed esegetico (interpretazione evolutiva sotto alcuni aspetti) per valutare (art. 41 cost.) e determinare in concreto, nei limiti della compatibilità (art. 86 Cee) un comportamento altrimenti descritto dalla norma (art. 2598, n. 3, c.c.) in astratto o *per relationem*» ([8]).

In questa pronuncia, i riferimenti alla costituzione ed alle norme del Trattato sono ben presenti, ma non per introdurre un rimedio contro l'atto, bensì per censurare la condotta sotto il profilo della concorrenza sleale. Il ragionamento seguito è molto diverso nella l. 10 ottobre 1990, n. 287, nella quale, fin dall'esordio, è disposto che «le disposizioni della presente legge in attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione degli artt. 65 e/o 66 del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, degli artt. 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE), dei regolamenti della CEE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata» (art. 1, comma 1º). Per di più, per eliminare eventuali equivoci che sarebbero potuti insorgere, conclude disponendo che «l'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza» (art. 1, comma ult.).

([7]) Era il momento in cui appariva davvero suggestiva la riflessione di IRTI, *L'età della codificazione*, IV ed., Milano, 1999, ma la I ed. è del 1979.
([8]) App. Milano, 30 marzo 1979, in *Giur. dir. ind.*, 1979, p. 415.



Il senso di questo ragionamento è il seguente: il contratto è il presupposto logico del mercato, questo deve essere inteso come complesso di regole giuridiche, la cui effettività è indicata su base comunitaria; la concorrenza nel mercato è diventata di interesse generale al punto che, per garantirne il funzionamento, l'ordinamento ha scelto di impiegare il rimedio della nullità, ossia un rimedio contro l'atto, e non il risarcimento o l'inibitoria, vale a dire un rimedio contro il comportamento del suo autore ([9]).

Ma c'è di più: dalla nullità di quella intesa il consumatore finale può subire un pregiudizio, ad esempio, per il fatto di aver sottoscritto una polizza con un premio presuntivamente più elevato di quello che avrebbe corrisposto in mancanza della predetta intesa ([10]). Il rilievo che la concorrenza ha assunto rispetto al mercato le attribuisce un significato che va al di là del rapporto fra imprenditori. Pertanto quella stessa concorrenza può interessare direttamente anche i consumatori, giacché la tutela accordata dalla legge nazionale antitrust, in armonia con il trattato, contempla la plurioffensività del comportamento vietato ([11]).

Con questa motivazione la nullità testuale prevista "a monte" per l'intesa (*ex* art. 2 l. 10 ottobre 1990, n. 287) si trasmetterebbe anche ai contratti stipulati a valle (tra gli stipulanti dell'intesa ed i consumatori), sia sotto forma di nullità per illiceità della causa ([12]), sia per illiceità (parziale) dell'oggetto ([13]). Il contratto dal quale nasce la violazione della concorrenza è (un atto) di interesse generale al punto che (come fatto) riguarda anche coloro che, secondo la concezione tradizionale, godrebbero soltanto di una protezione indiretta: i consumatori. Il mutamento di prospettiva legata alle vicende del contratto si registra anche perché competente a pronunciarsi in questa controversia è lo stesso giudice che la legge antitrust ha individuato per la pronuncia della

([9]) Cfr. le riflessioni di VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *questa rivista.*, 2012, p. 1195, condotte sulla falsariga della Corte cost., 18 febbraio 2010, n. 52, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, p. 1, con nota adesiva di E. GIRINO, *Natura e funzione della disciplina dei servizi di investimento e qualificazione degli strumenti derivati nella giurisprudenza costituzionale*, p. 35; e in *Contratti*, 2010, p. 12, con nota di A. M. BENEDETTI, *La competenza statale sulla tutela della pubblica amministrazione-cliente nel settore dei derivati finanziari*, p. 1109. La sentenza rigetta la questione di legittimità costituzionale proposta in via principale dalla Regione Calabria avverso l'art. 3 della l. 22 dicembre 2008, n. 203, disposizione con la quale al Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la Banca d'Italia e la Commissione nazionale per le società e la borsa, è attribuito il compito di emanare regolamenti (d'intesa con i rappresentanti degli enti locali) con cui individuare la tipologia dei contratti relativi agli strumenti finanziari derivati previsti all'art. 1, comma 3°, T.U.F., che le Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali possono concludere, e indica le componenti derivate, implicite o esplicite, che gli stessi enti hanno facoltà di prevedere nei contratti di finanziamento. La stessa normativa dispone la nullità dei contratti conclusi in violazione di detto regolamento

([10]) Fra le tante, Cass., 21 marzo 2011, n. 6347, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1723; Cass., 14 marzo 2011, n. 5942, *ivi*, 2011, I, c. 1724.

([11]) Cfr. Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, pubblicata su tutte le riviste ed anche in *Foro it.*, 2005, I, c. 1014, con note di PALMIERI, PARDOLESI, SCODITTI, la quale cita come proprio precedente conforme sul punto della plurioffensività la Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, *ivi*, 1999, I, 831, con nota di LAMBO.

([12]) Cfr. Trib. Roma, 25 maggio 2000, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, p. 88; Trib. Roma, 20 febbraio 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 449. La giurisprudenza contraria a ravvisare la nullità è commentata da MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006, p. 41, nota 16.

([13]) Cfr. Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, secondo la quale la nullità delle intese anticoncorrenziali non sarebbe una normale nullità negoziale, ma investirebbe anche i comportamenti di fatto, attuativi dell'intesa. Sulla nullità del contratto per illiceità dell'oggetto, nella parte relativa alla clausola di prezzo determinata dall'accordo di cartello, CASTRONOVO, *Antitrust e abuso della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 469; ID., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 1168; ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2009, p. 258.



nullità dell'intesa, ossia il «tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'art. 1 del d.lgs. 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni» (art. 33, comma 2º, l. 10 ottobre 1990, n. 287).

Nella stessa logica si iscrive il divieto di abuso di dipendenza economica previsto dall'art. 9 l. 18 giugno 1998, n. 192. Qui la *ratio* è che la concorrenza è distorta dalla dipendenza economica in cui si trova un'impresa nei confronti dell'altra; ciò determina lo squilibrio contrattuale nei rapporti fra le parti. Anziché pensare ad un rimedio volto a favorire il riequilibrio, secondo uno schema prossimo alla rescissione (art. 1450 c.c.) o alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467, comma ult., c.c.), il legislatore ha pensato di avvalersi della nullità. Il legislatore ha ritenuto che questi contratti compromettano il mercato, dunque precludano la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 cost.), quindi che pregiudichino l'interesse generale, a presidio del quale ben può essere impiegata la nullità.

Diverso ruolo ha svolto l'impiego della nullità nei contratti con i consumatori o con i risparmiatori. Qui in effetti non per caso è stata coniata l'espressione "nullità di protezione", per intendere quella specie di rimedio che, per via della legittimazione normalmente attribuita soltanto al consumatore (raramente al giudice d'ufficio), finisce per ricoprire uno spazio che sarebbe proprio dell'annullamento. Ormai è inutile voler ricercare le ragioni che hanno indotto il legislatore italiano ad impiegare la figura della nullità e non quella dell'annullamento. È certo che il rimedio è dato prevalentemente nell'interesse del consumatore, anche se sullo sfondo c'è l'interesse a garantire la concorrenza nel mercato di portata più generale. Questa è in grado di spiegare l'applicazione della disciplina della nullità, di portata generale rispetto all'annullamento, mediante l'impiego della riserva che il codificatore ha lasciato ad esempio nell'art. 1421 c.c.: «salvo diverse disposizioni di legge, la nullità può essere fatta valere …»; oppure dall'art. 1423 c.c.: «il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente».

In definitiva, il codificatore ha dettato la regola, ma ha contemplato anche l'eccezione, in questo modo ha previsto lo schema della nullità, lasciando così intendere che la tutela dell'interesse generale si può realizzare con una intensità differenziata. La nullità di protezione, quindi, non deve indurre ad un generale ripensamento sul rimedio civilistico della nullità, semmai deve orientare la riflessione sul modo in cui, attraverso disciplina della nullità contrattuale, l'ordinamento realizza l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà, la dignità umana dell'art. 41, comma 2º, cost. Con queste premesse è inutile interrogarsi sul dogma dell'assolutezza della nullità, fra l'altro neppure accolto normativamente, più proficuo appare riflettere sul fatto che i temi giuridici propri del mercato e della concorrenza devono incominciare a coniugarsi con quelli della persona, poiché la libera



iniziativa economica, attraverso il contratto, diventa un modo per tutelarla ([14]). *Consumo dunque sono* non è soltanto il titolo di un libro fortunato, scritto da uno dei più importanti teorici dei nostri tempi ([15]), è la quintessenza fenomenologica che impone di correlare l'autonomia privata (art. 41 cost.) e lo svolgimento della personalità (art. 2 cost.), ambiti che anche un passato recente hanno vissuto quasi in completa autonomia.

Lo stesso Trattato di Roma, nato per garantire la concorrenza perfetta, «è evoluto e più di recente ha messo in evidenza un ulteriore obbiettivo, perseguito con sempre maggiore intensità, quello del riequilibrio delle posizioni rispettive del produttore o distributore (in una parola del "professionista") e del consumatore, cui la comunità ha rivolto, a partire dagli anni settanta, una serie imponente di direttive» ([16]). L'essere consumatore non è propriamente una qualità che richiama lo svolgimento della personalità (art. 2 cost.), quindi che questo contratto resta «funzionale al più esteso accrescimento della produzione» ([17]). Non si può negare, tuttavia, che, seppure indirettamente, il contratto finisca per realizzare una protezione della persona, attraverso l'equilibrio che si stabilisce fra libertà del singolo ed efficienza del mercato ([18]).

4. C'è un altro fenomeno che da qualche tempo ha incominciato ad interessare non soltanto gli specialisti del commercio internazionale e che riguarda da un lato la dimensione planetaria che hanno assunto gli scambi, dall'altro lato il diritto applicabile nel caso di conflitto, sempre meno collegato al concetto di "territorio" e sempre più connesso alla qualità dell'operazione compiuta. Ci racconta De Nova ([19]), che alcuni contratti sono predisposti e pensati in un certo Paese, dunque secondo un certo ordinamento, con la consapevolezza che saranno eseguiti in un altro.

La circostanza descritta non dovrebbe essere segnalata come novità particolare, le regole del commercio internazionale dei decenni passati qualche volta hanno già contemplato questa

([14]) È questa una riflessione che molti autori hanno intrapreso: PERLINGIERI, *Il diritto privato europeo tra riduzionismo economico e dignità della persona*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 345, spec. § 7; una critica all'idea che il dibattito sulla globalizzazione si traduca in una riflessione rivolta soltanto dal diritto patrimoniale è svolta da GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini*, 2001, n. 29, p. 551 ss., spec. p. 555 s., a proposito del libro di FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit.; da ultimo VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *questa rivista*, 2012, p. 1212.
([15]) Cfr. BAUMAN, *Consumo dunque solo*, Bari, 2008.
([16]) GALGANO, *Prefazione*, in ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, LXI, Padova, 2012, p. XIII s.
([17]) GALGANO, *Prefazione*, *ibidem*.
([18]) Con altro linguaggio CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, p. 357 e ss., rileva che «il diritto dei consumi tenderebbe ad allontanarsi, nella sua recente evoluzione, dal modello di un diritto privato dei consumatori, per avvicinarsi a un modello sempre più di diritto delle imprese e del mercato». Quindi «le pratiche commerciali scorrette sono prese in considerazione in tanto in quanto atti idonei a generare una distorsione dei comportamenti di mercato dei consumatori, e per questa via una distorsione del gioco concorrenziale efficiente quale il legislatore lo ha concepito e regolato» (*ibidem*). Lo stesso vale per GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/2423-ven-0319intervento-gentili.html*: «la protezione dei consumatori ha anzitutto effetti di incentivazione economica. Ma al contempo, è uno strumento di politica sociale inteso ad elevare, con la loro libertà, il benessere e la qualità di vita dei cittadini-consumatori».
([19]) DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2010.



eventualità. Il fenomeno assume ora un carattere nuovo, poiché questi contratti, pensati e scritti secondo il diritto di origine, vorrebbero non essere qualificati secondo le norme dell'ordinamento in cui nasce il conflitto: vorrebbero quasi essere impermeabili alle regole dell'ordinamento del quale è richiesto l'intervento. Il fenomeno non è nuovo, è il frutto di una tecnica scelta dal comparto commerciale delle imprese, che in questo modo ritiene di applicare le stesse regole nei diversi Paesi del mondo. Di questa circostanza diede atto Galgano più di dieci anni fa, ricordando che «le case madri delle multinazionali trasmettono alle società figlie operanti nei sei continenti le condizioni generali predisposte per i contratti da concludere, accompagnate da una tassativa raccomandazione, che i testi contrattuali ricevano una pura e semplice trasposizione linguistica, senza alcun adattamento, neppure concettuale, ai diritti nazionali dei singoli Stati; ciò che potrebbe compromettere la loro uniformità internazionale» ([20]).

In altri termini, è opportuno che una vendita di beni di largo consumo, un *leasing*, un *franchising* possa produrre gli stessi effetti nei più diversi mercati del mondo, specie se effettuato dallo stesso operatore o da un gruppo di operatori appartenenti ad una categoria omogenea; allo stesso modo sarebbe impensabile che i contratti della finanza o altri contratti legati al funzionamento dell'impresa, come l'*outsourcing*, nascano con una regola che avrà l'efficacia che dipende dal Paese in cui avrà esecuzione. Questo ragionamento è valso a maggior ragione per i contratti della finanza. Non sarebbe stato consentito che uno *swap*, un *future*, un *option*, la serie di contratti che sono serviti per la cartolarizzazione di immobili o di crediti fossero disciplinati in modo significativamente diverso, nei diversi mercati di piazza in cui sono stati conclusi o in cui hanno avuto efficacia. Le regole della finanza hanno esigenza di uniformità su base planetaria, quindi anche il diritto del quale essa si avvale deve seguire la stessa logica.

La atipicità di questi contratti e il loro ambito di operatività, ossia il mercato planetario, giova ripeterlo, hanno favorito la standardizzazione dei modelli contrattuali e, con essa, la uniformità della regola giuridica applicabile. Come passate epoche storiche hanno visto nei contratti, specie in quelli redatti da notai, un importante strumento di creazione e di trasmissione della regola giuridica, così, seppure per ragioni diverse, accade oggi. Attraverso il contratto, quindi, finisce per circolare anche la regola contenuta in un certo ordinamento che almeno un contraente desidera di potere replicare ovunque, con il consenso dell'altro contraente, quantomeno al tempo della sottoscrizione del contratto; il luogo della conclusione del contratto, a questi fini, invece, diventa sempre più insignificante.

([20]) GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *questa rivista*, 2000, p. 197; il medesimo passo è riportato integralmente da DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., p. 45.



4.1. Gli interpeti hanno affrontato tali questioni interrogandosi sull'effetto che può determinarsi con l'introduzione convenzionale di clausole arbitrali che, ad esempio, individuano in alcune Camere arbitrali soltanto il giudice competente, per tutti i contratti conclusi in certi mercati regolamentati, aventi lo stesso oggetto. La logica conseguenza è che il diritto di quei contratti, per via del giudice che deciderà le controversie, finisce per essere un diritto non necessariamente legato ad un ordinamento di uno Stato in particolare. È un diritto occasionato da una certa tipologia di contratti, che si pone sulla scia dei Principi *Unidroit* dei contratti commerciali internazionali (2004), e che vede la fonte di produzione più prossima agli usi che non al diritto scritto di stampo illuministico ([21]). Con altro linguaggio si può affermare che siamo alle soglie della nuova *Lex mercatoria*.

Sembra quasi di ritornare al *Common Law* delle origini, quando la richiesta di un certo rimedio giuridico (il *writ*) veniva introdotto pensando al giudice competente a decidere, depositario del *Common Law*, e non tanto alla natura del diritto fatto valere o al diritto particolare del luogo, derivante dagli usi locali o dal diritto medievale. È molto verosimile immaginare che, se soltanto un certo giudice si occuperà di una certa categoria di contratti, l'applicazione di principi generali o anche l'impiego dell'equità porterà a creare un diritto speciale proprio a partire da questi contratti, anche se la specialità qui sta ad indicare un diritto senza territorio, in deroga alle singole disposizioni dei singoli ordinamenti ([22]). C'è chi incomincia ad esprimersi nei termini di un diritto di tipo "fattuale" per indicare la propensione dell'economia a trovare una diretta rappresentazione nel diritto ([23]), anche mediante l'ausilio di consuetudini capaci di variazioni e di mutamenti «con una rapidità vertiginosa» ([24]).

Quand'anche il giudice nazionale sia chiamato a pronunciarsi, a quali principi generali deve uniformarsi nel prendere le decisioni: quelle proprie della tradizione giuridica nazionale oppure deve conciliare l'esigenza del diritto con quelle del mercato diventato globale? Evidentemente mi sembra che la soluzione già adottata sia stata la seconda. Forse il ragionamento appena esposto non

([21]) Questo aspetto è sottolineato da IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, in *questa rivista*, 2008, spec. p. 869. Secondo PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa - Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007, p. 689: «il diritto globale dell'economia si è sviluppato anche attraverso una giurisprudenza arbitrale che diviene anch'essa fonte di diritto».
Da una prospettiva più alta, l'idea più moderna di diritto naturale è proprio quella di un diritto che nasce dal basso, dai comportamenti, dai mercati, e non di un diritto che ricava regole e principi al di sopra di manipolazioni dell'uomo: così FERRARESE M.R., voce *Globalizzazione giuridica*, in *Enc del dir. – Annali*, IV, Milano, 2011, p. 553 s.
([22]) Queste sono le osservazioni di FERRARESE M.R., *Diritto sconfinato - Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006; ID., voce *Globalizzazione giuridica*, in *Enc del dir. – Annali*, cit., p. 549 ss.
([23]) Cfr. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 151, il § 6 è titolato: «*Il diritto della globalizzazione: informale, fattuale, plastico*», leggiamo: «il diritto della globalizzazione non è puro né intende essere puro: la purezza non rientra fra le sue finalità, ma piuttosto la messa in opera di strumenti azzeccati ed efficaci d'immediata utilità per gli operatori economici. Qui non è la validità che domina, bensì il suo contrario, cioè l'effettività; non la coerenza a un modello forte, perché il modello centralizzato e filtrante manca e si ha piuttosto un pullulare di modelli che nascono e muoiono nell'incandescenza della prassi e che rappresentano non già l'esplicazione di un progetto autoritario ma coagulazioni esprimenti esigenze effettive nella concretezza della vita quotidiana».
([24]) Cfr. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, p. 177.



è stato esplicitato in modo chiaro, ma l'opzione di fondo mi sembra che sia stata proprio questa. Mi viene in mente il modo in cui la giurisprudenza negli anni 80 ha risolto la complicata questione del contratto autonomo di garanzia. Non si può negare che la tesi del contratto nullo per astrazione della causa presentasse un indubbio fascino, neppure si può negare che la medesima questione avrebbe potuto trovare in Germania una diversa soluzione, dato che quel sistema non è causalistico. È altrettanto indubbio che tutti i contratti di vendita o di appalto stipulati tra parti di nazionalità differente o da eseguirsi in un Paese diverso da quello delle parti sono assistiti da *performance bond* o da *repayment bond*. Se la soluzione dei giudici italiani fosse stata quella di decidere per la nullità di questi contratti, ciò avrebbe voluto dire collocare il mercato italiano ai margini del commercio internazionale ([25]).

La stessa cosa sarebbe capitata in sorte se si fosse consolidata una lontanissima sentenza che aveva dichiarato la nullità del contratto di *leasing*, con la motivazione che la causa di quel contratto non era meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, comma 2º, c.c.) ([26]). Non è pensabile che un contratto come questo, di rilevo per l'economia in generale, possa trovare ostacolo in una interpretazione restrittiva della regola causale posta dal nostro ordinamento per il contratto atipico.

Mi viene da pensare infine a certi contratti della finanza, definiti differenziali, poiché lo scambio a termine si conclude soltanto pagando la differenza di valore e non con la consegna reale dei beni o dei diritti scambiati. Sono contratti che, quando non presentino il carattere dei c.d. derivati di copertura dal rischio per la conclusione di un contratto principale, effettivamente paiono delle vere e proprie scommesse ([27]). Si può discutere sullo sfavore del nostro ordinamento verso il contratto di gioco o di scommessa, si può discutere sul concetto di aleatorietà e sul rilievo causale o non causale di un certo evento (alea) in questi contratti. È certo che questi contratti sono normalmente predisposti secondo le regole dei mercati regolamentati e lì vengono conclusi, quindi palesano un rilevante interesse degli operatori economici di tutto il mondo. Ora questo dibattito presenta un interesse quasi storico, dal momento che il legislatore italiano ha espressamente escluso la possibilità di eccepire l'art. 1933 c.c. per questi tipi di contratti (art. 23, comma 5º, d.lgs. 24

([25]) Cfr. Pret. Roma, 25 gennaio 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 612, con nota di LAUDISA: «il contratto autonomo di garanzia è un contratto atipico, diverso dalla fideiussione, la cui funzione economico-sociale astratta è meritevole di tutela secondo il nostro ordinamento giuridico ai sensi dell'art. 1322 c.c.».
([26]) Cfr. Cass., 28 ottobre 1983, n. 6390, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2997, con nota di PARDOLESI: «va cassata la sentenza d'appello che abbia ritenuto immeritevoli di tutela gli interessi perseguiti attraverso un contratto atipico, "*leasing*", solo perché le medesime finalità possono essere raggiunte mercé un tipo contrattuale nominato, la vendita con riserva di proprietà».
([27]) Trib. Milano, 26 maggio 1994, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, p. 80, con nota di PERRONE, *Contratti di swap con finalità speculative ed eccezione di gioco*: «il contratto di *interest rate swap* stipulato con fini meramente speculativi non corrisponde obiettivamente e in concreto ad una causa che giustifichi la piena tutela delle ragioni di credito, dovendo pertanto essere qualificato come scommessa non azionabile *ex* art. 1933 c.c.».



febbraio 1998, n. 58) ([28]).

In definitiva pare di capire che dalla atipicità di certi contratti, dalla loro tipizzazione sociale, l'interprete deve orientare il modo di intendere i principi generali di ogni ordinamento. Probabilmente è azzardato affermare che dalle regole dei contratti possono ricavarsi direttamente regole giuridiche, piuttosto le riflessioni condotte sull'"interesse meritevole di tutela" (art. 1322, comma 2º, c.c.) per arrivare a legittimare le nuove garanzie o quelle condotte sugli strumenti finanziari non sono neutre, se ci si interroghi a proposito dell'ordine pubblico o del buon costume. Mi sembra che, nella decisione sulle singole questioni, il peso del mercato e l'interesse della comunità di ogni ordinamento di potervi partecipare abbia influito in misura preponderante, ancorché non esplicitata nelle motivazioni.

4.2. Un contratto scritto con la logica di un certo ordinamento, ma destinato ad essere eseguito in un altro, ha la pretesa di presentare un regolamento giuridicamente autosufficiente. Se si cambiano le regole di esecuzione o quelle di soluzione delle liti di fatto è come se si cambiasse il sinallagma contrattuale, in origine concepito con un certo oggetto e per svolgere una certa funzione. Accade, quindi, che il regolamento contrattuale contenga una serie di clausole, con le quali il "predisponente" intende dettare regole da impiegare se nasca un conflitto. Alcune di queste hanno assunto la denominazione di:

- *Clausole di qualificazione*: «il presente accordo non dovrà essere interpretato in modo tale da dar vita ad una *joint venture*, ad un contratto di *partnership*, ad un rapporto preponente e agente tra B e l'acquirente, e nessuna parte dovrà affermare o comunque lasciar intendere a qualunque terzo soggetto o tentare di assumere impegni per conto dell'altra parte/prestare garanzie a nome dell'altra parte o di concludere contratti in nome dell'altra parte, vincolare o agire per l'altra parte»;
- *Clausole di definizione*: «nel contesto nel presente accordo, i seguenti termini avranno il seguente significato: […]». Ed ancora: «Le parole che implicano un riferimento a persone o parti includono anche imprese e società ed ogni organizzazione avente capacità legale»;
- *Clausole d'intero accordo*: «il presente contratto, inclusi i prospetti allegati che rappresentano parte integrale dell'accordo e che sono stati sottoscritti dalle parti, rappresenta l'intero accordo tra le parti». Oppure: «Intero accordo. Il presente contratto rappresenta l'accordo finale e completo tra il venditore e l'acquirente e qualunque intesa o accordo, siano essi precedenti o contestuali, orali o scritti, debbono ritenersi nello stesso inclusi»;
- *Clausole di non rinuncia*: «nessun atto di rinuncia al presente accordo sarà vincolante a

([28]) Mi sono occupato di questi temi in FRANZONI, *L'assicurazione fra i contratti aleatori*, in *questa rivista*, 2011, p. 417 ss.



meno che non sia formato per iscritto di modo che entrambe le parti ne siano vincolate. Nessun atto di rinuncia ad alcuna delle disposizioni del presente accordo varrà come rinuncia ad ogni ulteriore disposizione, né un atto di rinuncia ad alcuna delle disposizioni del presente accordo varrà come rinuncia permanente a meno che ciò non sia espressamente stabilito»;

- *Clausole di validità*: «la nullità di singole clausole non si estende alle altre».

Per alcune di queste clausole, le parti sembrano volere instaurare un dialogo diretto con il giudice, al di fuori della mediazione della norma giuridica; sembra quasi che le parti abbiano voluto elevare la clausola contrattuale al livello della norma giuridica. È certo, tuttavia, che questo procedere sarebbe inconcludente: non è possibile che una clausola contrattuale sia una norma giuridica ([29]). È più logico pensare che quelle stesse clausole, apparentemente rivolte all'interprete, siano un modo per chiarire il contenuto del contratto, nel senso che costituiscono il criterio scelto dalla parti per indicare elementi di fatto che successivamente dovranno essere interpretati. Ciò comporta che l'interprete del contratto non può prescindere dal contenuto della clausola non perché questa si sostituisca alla norma, ma perché attraverso di questa si chiarisce «quale sia stata la comune intenzione delle parti» (art. 1362, comma 1º, c.c.).

Il punto, dunque, non è a quali norme sull'interpretazione del contratto le parti possano derogare, se la buona fede sia o non sia derogabile, se lo sia il principio di conservazione del contratto (art. 1367 c.c.). Il punto non è neppure se le parti possano successivamente qualificare o regolare un precedente contratto, con l'impiego di un atto che funga da interpretazione autentica ([30]). Un contratto posteriore, ancorché dettato apparentemente per interpretarne uno precedente, è un ulteriore atto di autonomia che regola o modifica una precedente vicenda: è una situazione di fatto che deve essere interpretata allo stesso modo in cui doveva essere interpretato il contratto originario. Nel linguaggio si impiegano espressioni che sono proprie dell'interpretazione, ma nella sostanza l'attività appartiene all'autonomia contrattuale, dunque al fatto (il contratto), non al valore (la norma giuridica).

Così, ad esempio, la clausola secondo la quale «la nullità di singole clausole non si estende alle altre», non deve essere intesa come sostitutiva dell'art. 1419, comma 1º, c.c., bensì come disposizione che l'interprete deve seguire per capire se i contraenti avrebbero concluso il contratto, anche senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità. In altri termini, in presenza di questa disposizione, è verosimile pensare che nessuna parte del contenuto del contratto colpita dalla nullità sia stata determinante, agli effetti dell'art. 1419, comma 1º, c.c. Un ragionamento analogo

([29]) Così DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., p. 55.
([30]) Indirettamente si è occupato di questa vicenda la Cass., 22 ottobre 1981, n. 5528, in *Mass. Foro it.*, 1981, quando ha deciso che «il giudice non è vincolato all'interpretazione che le parti danno al contratto, ma alla domanda ed ai fatti confessati dalle parti, per cui non può adottare un'interpretazione contraria alla volontà comune affermata dalle parti in giudizio».



può essere condotto per spiegare le c.d. clausole d'intero accordo. Le parti hanno scelto di determinare il contenuto del contratto limitatamente al testo predisposto: «l'accordo finale e completo tra il venditore e l'acquirente». In altri termini ciò significa che la scelta dei contraenti è stata di indicare all'interprete la via per conoscere «la comune intenzione» attraverso un certo procedimento, dal quale va posto in secondo piano «il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto» (art. 1362, comma 2º, c.c.).

In tutto questo ragionamento è certo che il contratto non può produrre norme, sennonché le regole sull'interpretazione del contratto possono agevolare il processo di permeabilità di principi provenienti da altri ordinamenti attraverso il contratto. Così, senza voler scomodare la buona fede consacrata ormai in ogni ordinamento giuridico, affermata nei Principi *Unidroit* dei contratti commerciali internazionali ed in tutti i progetti di codici europei dei contratti, la regola di conservazione, la regola finale posta dall'art. 1371 c.c., dallo spiccato intento equitativo, che in concreto consente al giudice quasi di riscrivere il contratto, sono i punti di forza rispetto ai quali pensare all'efficacia del contratto alieno.

Inoltre c'è l'art. 1369 c.c. sulle espressioni che possono avere più sensi nella quale norma è previsto che, nel dubbio, quelle espressioni devono «essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto». Anche da questa norma il rilievo autonomo dato al contratto, quasi per un fine autopoietico, è il viatico per introdurre nell'ordinamento interno regole e principi propri di altri ordinamenti. Certo la disposizione è dettata per comprendere il significato delle espressioni con più sensi, ma bene si inserisce nel quadro della conservazione la cui ratio è comunque di salvare l'efficacia del contratto.

5. La logica del mercato planetario procede in una direzione che non gradisce le diversità di regole, per analoghe vicende; lo stesso accade per i diritti dell'uomo, da intendersi come fondamentali o inviolabili, secondo i contesti e secondo i diversi linguaggi. Questo duplice fenomeno è felicemente riassunto nel titolo di un contributo di Galgano di qualche anno fa: «*Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*» ([31]). Non soltanto la finanza, quintessenza dell'economia, quindi, ma anche il "villaggio globale", il "mondo virtuale" e i "*social network*" favoriscono il processo che vuole uniformare le regole per rendere universali i diritti aventi o non aventi un contenuto patrimoniale.

In questo contesto e per questi fini diventa fondamentale la riflessione sull'ordine pubblico interno, poiché buona parte delle questioni sulle quali ci si è soffermati deve misurarsi proprio su

([31]) GALGANO, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Politica del diritto*, 2009, p. 177.



questo concetto cardine di ogni ordinamento. Per intenderci, se in futuro si dovesse ritenere che un certo diritto o un certo contratto contrastino con l'ordine pubblico interno di un certo Paese, la conclusione sarà che il diritto di ogni ordinamento sarà diverso da ogni altro. Al contrario, se si dovesse ritenere che un diritto o un contratto di un Paese di cultura giuridica affine, per tradizione o per relazioni storicamente intrattenute, non contrastino con l'ordine pubblico interno, si avrà il risultato opposto.

Se il terzo millennio deve essere inaugurato all'insegna della uniformità del diritto, poiché questo obbiettivo è funzionale alla realizzazione della personalità (art. 2 cost.) ed al migliore funzionamento del mercato (art. 41 Cost.), la vicenda che ha riguardato la delibazione di sentenze straniere di condanna ad un danno punitivo non mi pare che debba essere imitata. Segnalo subito che il dissenso non riguarda il caso in concreto che ha visto rigettare la delibazione proprio di quella sentenza, ma la motivazione incentrata sulla contrarietà all'ordine pubblico interno, a causa della presenza di *punitive damages*, considerati di per sé in contrasto con il principio compensativo radicato nel nostro sistema di responsabilità civile ([32]). Il punto non è se un'astratta idea di danno punitivo sia o non sia compatibile con l'ordine pubblico interno, poiché il risarcimento del danno applica il principio compensativo e non quello punitivo. Fra l'altro nel nostro sistema sono ormai numerose le disposizioni che contengono previsioni di sanzioni civili, non strettamente collegate al principio compensativo, tassativamente previste dalla legge ([33]). Il punto è se quella pronuncia abbia effettivamente applicato quella regola che anche nell'ordinamento degli Stati Uniti è soggetto a limitazioni. Vi sono, infatti, pronunce che hanno censurato la condanna al pagamento di un danno punitivo, poiché la pronuncia del primo giudice non aveva correttamente applicato il XIV Emendamento che stabilisce come clausola generale il principio *due process clause* ([34]).

([32]) Di questo tenore è soprattutto Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1460, con nota di PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*; in *Corriere giur.*, 2007, p. 497, con nota di FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la cassazione blocca lo sbarco*; in *Resp. civ.*, 2007, p. 1890, con nota di CIARONI, *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e prospettive di riforma*; in *Resp. civ.*, 2007, p. 2100 (m), con nota di DE PAULI, *L'irriconoscibilità in Italia per contrasto con l'ordine pubblico di sentenze statunitensi di condanna al pagamento dei danni «punitivi»*; in *Danno e resp.*, 2007, p. 1125, con nota di PARDOLESI P., *Danni punitivi all'indice?*; in *Assicurazioni*, 2007, II, 2, p. 153, con nota di ROSSETTI, *Parce sepulto, ovvero come porre fine all'industria del lutto*; in *Europa e dir. privato*, 2007, p. 1129 (m), con nota di SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*: «posto che l'idea di punizione e di sanzione è estranea al risarcimento del danno, non può essere delibata, in applicazione dell'ormai abrogato art. 797 c.p.c., per contrarietà all'ordine pubblico interno, la sentenza statunitense di condanna a danni punitivi, i quali si caratterizzano per un'ingiustificata sproporzione tra l'importo liquidato ed il danno effettivamente subito».

([33]) Un elenco non esaustivo di queste figure si trova in FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, a cura di Sirena, Milano, 2012, p. 92 s.

([34]) Cfr. Federal jurisdiction [Usa] Supreme court, 7 aprile 2003, in *Foro it.*, 2003, IV, c. 355 (m), con nota di PONZANELLI, *La «costituzionalizzazione» dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*: «nel diritto statunitense, è da considerarsi contraria alla *due process clause*, prevista dal quattordicesimo emendamento della costituzione federale, nonché irrazionale ed arbitraria, la concessione a titolo di *punitive damage* di una somma dieci volte o più superiore a quella accordata per il risarcimento del danno effettivo»; Supreme Court [Usa], 20 maggio 1996, *ivi*, 1996, IV, c. 421, con nota di PONZANELLI, *Quando il troppo è troppo: verso un argine costituzionale ai danni punitivi*: «nel sistema statunitense, la clausola del *due process*, prevista nel quattordicesimo emendamento della costituzione, vieta agli stati di imporre "danni punitivi" in misura eccessiva a carico del danneggiante (nella specie, l'illecito era consistito nella decisione di un distributore nazionale di automobili di non avvisare i suoi distributori e, quindi, i clienti finali, dei difetti di verniciatura dell'autovettura venduta come nuova quando il costo delle relative



La questione, pertanto, non va presentata nei termini di un contrasto tra il danno punitivo e l'ordine pubblico interno, ma come corretta applicazione del principio di adeguatezza del rimedio all'illecito, presente anche nel VIII Emendamento della costituzione americana ([35]). Del resto questo principio non potrebbe non fare parte anche di quell'ordinamento, poiché Cesare Beccaria, che lo ha stigmatizzato, non appartiene soltanto del nostro patrimonio culturale, ma partecipa anche di tutti gli altri ordinamenti di Paesi affini per tradizione o per relazioni storicamente intrattenute. Invece, anche in sentenze più recenti, c'è il sospetto che il dibattito tutto nazionale sul rapporto fra il danno esistenziale ed il danno punitivo abbia influenzato i giudici pure in ambiti affatto diversi da quelli propri del danno non patrimoniale. In effetti in una recente pronuncia in cui la Cassazione ha rinviato al giudice d'appello per verificare la sussistenza dei presupposti per attribuire efficacia ad una sentenza statunitense, la motivazione pone sullo stesso piano la nota questione del danno punitivo rispetto all'ordine pubblico interno, con la circostanza che la pronuncia *de qua* non era affatto motivata sul capo di condanna per un importo diverso da quello del risarcimento, tradizionalmente considerato ([36]).

Insomma, per evitare di allargare i confini del danno non patrimoniale fino a comprendere il danno punitivo, i giudici negano in radice che il danno punitivo abbia fondamento nella nostra tradizione giuridica, quindi, rincarando la dose, che la sua sola esistenza risulti in contrasto con l'ordine pubblico interno. Ma questo assunto dice di più di quello che vorrebbe, per di più esprime una "logica municipale", come direbbe Rodolfo Sacco, che è all'opposto dei ragionamenti finora svolti. Altro è negare l'efficacia a quelle sentenze, per mancanza di proporzionalità tra la illiceità del fatto e l'entità del rimedio o per mancanza di motivazione del provvedimento straniero. Queste ultime censure contrastano con l'ordinamento interno ed in ultima istanza anche con quello del Paese di provenienza.

---

riparazioni fosse ammontato a meno del tre per cento del prezzo di vendita: i c.d. danni punitivi, concessi all'acquirente di una di tale automobili nella misura di due milioni di dollari, sono stati ritenuti in contrasto con il dettato costituzionale perché eccessivi); Supreme Court [Usa], 24 giugno 1994, *ivi*, 1995, IV, c. 204, con nota di ROMANO M. S., *Danni punitivi: controllo giudiziale di un rimedio «a rischio»*; Supreme Court [Usa], 25 giugno 1993, *ivi*, 1994, IV, c. 92 (m), con nota di PONZANELLI, *Non c'è due senza tre: la corte suprema Usa salva ancora i danni punitivi*.

([35]) Questo emendamento prevede che «non si dovranno esigere cauzioni esorbitanti, né imporre ammende eccessive, né infliggere pene crudeli e inusitate». La disposizione, tuttavia, va interpretata considerando che per un americano medio la pena di morte non è crudele e inusitata.

([36]) Cfr. Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1449, annotata da DE HIPPOLYTIS, *Condanne (straniere) al risarcimento dei danni punitivi: sono davvero insormontabili gli ostacoli al riconoscimento?*: «va cassata la pronuncia con cui sono stati dichiarati il riconoscimento e l'efficacia in Italia di una sentenza statunitense che, pur non contenendo un esplicito rinvio all'istituto dei danni punitivi, aveva condannato il convenuto al pagamento di un ingente importo a titolo di risarcimento del danno, qualora i giudici di merito, nella verifica della contrarietà della sentenza straniera all'ordine pubblico interno, si siano affidati al mero riscontro della compatibilità dell'intero ammontare della condanna con la natura e la gravità dei pregiudizi subiti dal danneggiato, senza dar conto della ragionevolezza e proporzionalità di tale somma in rapporto ai criteri risarcitori interni e, per altro verso, non abbiano conferito rilievo alla mancanza di motivazione nella sentenza da riconoscere, in quanto preclusiva della possibilità di evincere la causa giustificatrice dell'attribuzione e la sua natura».



6. Tradizionalmente il contratto, pensato sul modello della vendita, è concepito come il mezzo per fare circolare i beni o i diritti (art. 922 c.c.); nel contempo lo stesso contratto, quale atto di autonomia, pone una regola per disciplinare rapporti di debito e credito (art. 1176 c.c.). Ancora: si pensa al bene come alla vestizione giuridica di una entità che esiste già nel modo fisico, la cosa; oppure si pensa al bene come il risultato di un'attività d'impresa, che crea eventualmente mediante trasformazione di cose; qualche volta il bene è il risultato di una metafora impiegata dal diritto, che per traslato impiega una certa disciplina per la c.d. proprietà intellettuale, come se le idee, le forme dell'arte, qualsiasi prodotto dell'intelletto possano essere disciplinate in modo corrispondente al fondo corneliano di romanistica memoria.

Normalmente, quindi, non si pensa al contratto, quando si ha in mente una cosa che può diventare un bene; si può pensare al contratto quando si ha in mente un bene, posto che la cosa per formare oggetto di diritti (art. 810 c.c.) deve circolare e per questa via si torna al contratto oppure può dar luogo a conflitti, se più pretendenti accampano il medesimo diritto sulla cosa. Insomma, raramente si pensa al contratto quale mezzo per creare una cosa, comunque questo è considerato nell'ambito della circolazione. È ben vero che la regola del "possesso vale titolo", applicato ai titoli di credito, è il risultato della loro circolazione, non di un'idea creativa di incorporazione di un diritto nel documento: ma il diritto si innesta nel documento, per via della sua circolazione cui si applicano le norme sulla circolazione dei beni mobili. Con felice sintesi, si può concludere che alla circolazione occorre guardare nel momento iniziale, non alla *cartula*. Quindi è al contratto che occorre riferirsi, alla convenzione di rilascio del titolo, poiché questo, suggellato dalla girata e dalla consegna o dalle altre formalità richieste per la circolazione dalla natura del titolo, comporta la nascita di una entità (una cosa) che si comporta come se fosse un bene mobile. Sennonché l'attenzione degli interpreti, focalizzata sulla specialità della disciplina e sul collegamento con la regola dell'acquisto a titolo originario del titolo, non si è mai soffermata in modo particolare sul fatto che l'intera vicenda trae origine da un contratto: la convenzione di rilascio appunto ([37]).

Al contratto come strumento per la creazione di una cosa si è incominciato a pensare in due occasioni. La prima ha interessato la multiproprietà, inizialmente divisa tra nuovo diritto reale minore e creazione dell'autonomia contrattuale. La propensione verso la seconda soluzione è stata suggerita anche dalla disciplina normativa che da sempre si traduce nella regola della tipicità dei diritti reali su cosa altrui ([38]). Se i diritti reali minori appartengono ad una categoria tassativa, significa che non possono essere ideati dall'autonomia privata, ma questo non impedisce

([37]) Cfr. le acute osservazioni di GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico – Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, 2010, p. 75 ss.
([38]) In questo senso già CONFORTINI, *La multiproprietà*, I, Padova, 1983; MORELLO, *Multiproprietà e autonomia privata*, Milano, 1984; la maggioranza degli interpreti; *contra* CASELLI, *Un nuovo diritto reale: la multiproprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 613.



all'autonomia privata di creare un nuovo bene al quale collegare una certa disciplina. In effetti questa è stata la spiegazione più convincente della multiproprietà che, dal collegamento contrattuale fra una vendita ed un regolamento sull'uso della cosa comune fra tutti i comproprietari, ha potuto spiegare quel particolare tipo di godimento che è andato sotto il nome suggestivo di "proprietà turnaria ed a tempo". Il contratto, quindi, non ha creato un nuovo diritto, ma una cosa nuova, alla quale ha potuto collegare una certa disciplina: «il contratto crea il bene, non si limita a disciplinarlo» ([39]).

Un fenomeno non diverso da questo ha caratterizzato la creazione del *commercial paper* o "carta commerciale" o, ancora, "polizza di credito commerciale". Anche in questa vicenda troviamo una ricognizione di debito rilasciata da un debitore in favore di un creditore alla quale è accompagnata una fideiussione bancaria con le clausole a prima richiesta ed ogni eccezione rimossa. In conseguenza di ciò il creditore che abbia acquistato quel credito, così finanziando normalmente un imprenditore, è certo della restituzione del finanziamento a breve termine, poiché la certezza è data dalla presenza della fideiussione ([40]). L'operazione sembra unica, derivante da un unico contratto, mentre è il collegamento contrattuale a creare virtualmente un unico bene, come se si trattasse di un *bot* o un *bond* o un'azione di società. Anche qui, in ultima istanza, il bene è stato creato non già da una cosa del mondo fisico, ma dal collegamento fra due beni esistenti, reso possibile attraverso il contratto. In definitiva, con una semplificazione un po' forte si può concludere che il contratto ha creato la cosa alla quale ha attribuito una certa disciplina.

In tempi ancora più recenti il fenomeno appena descritto ha assunto un carattere a dir poco travolgente al punto che si è trasformato in una metafora dal largo impiego; una certa circolazione del denaro ha avuto come causa il trasferimento di "prodotti finanziari". Il prodotto non è più soltanto un profumo, un'automobile, un alimento, ma è diventato tale anche un foglio di carta sul quale sono indicati importi e, soltanto talvolta, un processo che vede legati fra loro soggetti con ruoli e funzioni diverse. La vicenda ha avuto come epigono la fase delle cartolarizzazioni che ha interessato i mercati finanziari di tutto il mondo. Il processo è consistito dapprima nell'"impacchettamento" di contratti, ad esempio mutui, operati da una società che li aveva nel proprio portafoglio o che li aveva acquistati a quel fine; quindi nel loro frazionamento in ragione di caratteristiche tali da renderli omogenei, ad esempio il grado di solvibilità dei mutuatari; e nella successiva vendita di quei pacchetti ad altre società. Il loro prezzo di vendita è stato pagato con il

([39]) LIPARI, *Il contratto come bene (Spunti di riflessione)*, in *Scritti in onore di Lelio Barbera*, a cura di Pennasilico, Napoli, 2012, p. 765; conf. MARASCO, *Multiproprietà*, in *questa rivista*, 2000, p. 1024;
([40]) Fra i primi ad aver descritto questo strumento, PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, 1984, p. 640, alle note 520 e 521; riportato anche da ATTI, *Commercial papers*, in *questa rivista*, 1988, p. 626; GALGANO, *Il «prodotto misto» assicurativo-finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1988, I, p. 91.



finanziamento ottenuto nella forma di *bond*, acquistati da chi in questo modo ha consentito l'acquisto della cessione di quei "contratti impacchettati" ([41]).

Questa operazione chiamata di *Securitisation*, con la quale il mondo della finanza ha ripartito il rischio collegato in origine con l'obbligo di restituire il finanziamento ricevuto, ha finito per creare un nuovo bene, il *bond*, trasformando nella comune accezione un credito in un bene. Anche qui chi acquista questo prodotto ha la percezione di acquistare un bene, come se si trattasse di un'azione di società o un altro titolo di credito, non pensa di acquistare un credito. Dal punto di vista tecnico il collegamento contrattuale e tutte le operazioni connesse alla cartolarizzazione si dovrebbero potersi leggere nei termini di una cessione di contratti, il fatto che invece si sia parlato in un primo tempo di prodotti finanziari ed ora addirittura di strumenti finanziari è già di per se espressivo del fenomeno.

Qui alla costruzione della cosa nuova non serve il martello, lo scalpello, la chiave inglese, ma una serie di contratti che "pezzo" dopo "pezzo" finiscono per assemblare il prodotto finito, che si chiama, appunto, "prodotto finanziario". La nuova immagine del contratto, dunque, non è soltanto quella di uno strumento che crea la ricchezza favorendo la circolazione dei beni, ma quella di uno strumento per creare direttamente ricchezza, quasi creando cose nuove del mondo fisico, da fare successivamente circolare.

([41]) Hanno descritto in modo puntuale questi processi: ONADO, *I nodi al pettine*, Bari, 2009, spec. p. 45 ss.; PALMIERI, *La follia della finanza – Accadde alla luce del sole*, Padova, 2011, spec. p. 25 ss. Ancora LIPARI, *Il contratto come bene (Spunti di riflessione)*, in *Scritti in onore di Lelio Barbera*, cit., p. 767, proprio sull'idea del contratto che crea il bene.