

JUS CIVILE

Rivista a cura di Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi



4-2016

luglio-agosto



G. Giappichelli Editore

I contributi, inviati alla Rivista per la pubblicazione, sono soggetti a revisione tra pari a doppio cieco (*double blind*). È, quindi, garantito l'anonimato dei valutatori e dei valutati.

Vengono sottoposti a revisione tutti i contributi costituenti Articoli e saggi, inseriti in una delle voci tematiche. Soltanto in casi eccezionali, i curatori assumono la responsabilità diretta della pubblicazione con adeguata motivazione.

Il Comitato dei revisori è costituito, esclusivamente, da professori ordinari dell'area privatistica, indicati in un apposito elenco pubblicato.

La revisione è affidata a due membri del Comitato dei revisori, scelti a rotazione dai curatori in base alle indicazioni di settore fatte da ciascun componente.

Il *referee* è tenuto a compilare la scheda di valutazione. È garantita la piena autonomia dei revisori rispetto alla Direzione della Rivista.



INDICE

	<i>pag.</i>
Articoli e Saggi	
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 * di <i>Mariella Lamicela</i>	233
Consonanze e dissonanze nelle fonti dell'istituzione proprietaria * di <i>Antonio Gambaro</i>	281
Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto * di <i>Nicolò Lipari</i>	295
Sulla teoria generale del contratto * di <i>Carlos De Cores Helguera</i>	306
Influencia y recepción de soluciones europeas en el Código Civil Y Comercial Argentino * di <i>Marcos M. Cordoba</i>	320

* Contributo sottoposto a revisione.



MARIELLA LAMICELA

Ricercatrice di Diritto Privato – Università Ca' Foscari di Venezia

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

SOMMARIO: 1. Correttezza e leale cooperazione: dalla valorizzazione in chiave rimediale alla valorizzazione in chiave "positiva". – 2. Il dibattito dottrinario sul rilievo normativo dei contratti d'impresa. – 3. Segue. Asimmetria di potere contrattuale e buona fede nella riflessione dottrinaria sui contratti d'impresa. – 4. Segue. I contratti d'impresa nella prospettiva del paradigma della regolazione giuridica del mercato. La categoria concettuale del "terzo contratto". – 5. La differenziazione della disciplina dei contratti d'impresa per tipologie soggettivamente connotate: osservazioni critiche. – 6. Dalla differenziazione della disciplina dei contratti d'impresa per tipologie soggettivamente connotate al rilievo normativo assegnato alla qualità oggettiva delle condotte negoziali dei contraenti. – 7. La qualità delle condotte negoziali ed extraneoziali degli operatori di mercato. I nuovi poteri di intervento attribuiti all'AGCM. – 8. Qualche considerazione conclusiva sulla lettura proposta della più recente evoluzione del diritto dei contratti.

1. – Quando ci si sofferma sul carattere inedito o speciale di alcune norme che, nel disciplinare profili particolari dei rapporti contrattuali tra professionisti/impresе, si affiancano e si sovrappongono al diritto dei contratti in generale, l'approccio più diffuso spiega la loro "specialità" riconducendola all'asimmetria di potere negoziale riconoscibile tra le parti e al conseguente bisogno di protezione e riequilibrio del rapporto a favore della parte più debole, soddisfatto proprio attraverso la predisposizione di strumenti legali di "razionalizzazione" dell'esercizio dell'autonomia contrattuale¹.

¹ Al netto delle indiscutibili differenze di approccio, tra gli innumerevoli contributi sul tema, cfr. P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5/2004, p. 787 ss.; G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6/2004, p. 850 ss.; G. ALPA, *Osservazioni sulla categoria dei contratti d'impresa*, in *I Contratti*, n. 11/2004, p. 1059 ss.; C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549 ss.; ID., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto Europeo*, in *Eur. dir. priv.*, n. 4/2008, p. 831 ss.; P.G. MONATERI, *I contratti d'impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5/2005, p. 504 ss.; E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5/2005, p. 507 ss.; V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore, e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, n. 4/2007, p. 669 ss.; ID., *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, n. 2/2013, p. 167 ss.; G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Il Mulino, 2008, p. 9 ss.; R. PARDOLESI, *Conclusioni*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Il Mulino, 2008, p. 331 ss.; S. PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm.*, n. 2/2010, p. 409 ss.; A.M. BENEDETTI, (voce) *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Annali V, Giuffrè, 2012, p. 370 ss.; L. NONNE, *I contratti d'impresa nel diritto*



Ove tuttavia si provi a guardare oltre il dato fattuale dell'asimmetria di potere contrattuale, non sempre facilmente rilevabile e peraltro non sempre espressamente presupposto quale *conditio sine qua non* dell'operatività di tali norme, appare plausibile ricavare dalla loro formulazione in primo luogo una chiara sollecitazione a che le parti contraenti osservino condizioni di accesso trasparente e cooperativo alla negoziazione ed all'esecuzione di un'operazione di scambio.

Sembra questa la logica che presiede in ultima analisi ad una serie di previsioni legali che di recente hanno integrato l'insieme di norme specificamente destinate, nell'ambito del diritto dei contratti, alla disciplina dei contratti tra imprese e/o professionisti. Ci si riferisce segnatamente all'adempimento di obblighi di informazione da parte dell'impresa affiliante nella fase preliminare alla conclusione del contratto, secondo quanto disposto dalla l. 6 maggio 2004, n. 129 recante norme sulla disciplina dell'affiliazione commerciale; alla dettagliata disciplina della forma e del contenuto del contratto di subfornitura, disposta dalla l. 18 giugno 1998, n. 192; alla disciplina altrettanto dettagliata della forma e del contenuto dei contratti di cessione di prodotti agroalimentari, disposta dal d.l. 18 ottobre 2012 convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221; alla disciplina delle pratiche commerciali sleali e la sua recente estensione alle relazioni tra professionisti/imprese e microimprese, disposta dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27; al rinnovato divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette nelle relazioni commerciali tra operatori economici, contenuto nel d.l. 18 ottobre 2012 convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221; all'implicito richiamo alla coerenza nell'osservanza di precisi impegni negoziali assunti in relazione all'esecuzione di rapporti di natura commerciale, al fine di garantire una ragionevole certezza nella programmazione dei loro effetti patrimoniali, rinvenibile nella disciplina dei ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali dettata dal d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, come di recente riformato da d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192; alla determinazione legale del periodo di tempo minimo necessario per consentire l'effettiva realizzazione degli interessi sottesi da entrambi i contraenti all'operazione di scambio programmata, disposta dalla l. n. 129/2004, recante norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale; infine, al divieto di abusi di natura negoziale o anche extraneoziale nei confronti di controparti in posizione economica di sfavore, ove tale posizione sia dovuta all'oggettiva impossibilità di intrattenere relazioni commerciali con professionisti/imprese diversi da quelli cui il divieto di abuso è rivolto, secondo quanto disposto dall'art. 9 della l. 18 giugno 1998, n. 192 recante la disciplina della subfornitura nelle attività produttive.

Certo, non c'è dubbio che in tutti i casi citati ciò che a primo acchito colpisce è la particolare attenzione riservata dal legislatore a situazioni "relazionali" in cui l'asimmetria di potere negoziale tra operatori economici, seppure tra loro indipendenti, è particolarmente frequente. Tale attenzione è espressa da un chiaro intento protettivo verso la c.d. parte debole del rapporto, realizzato attraverso la previsione di obblighi e sanzioni di vario tipo nei confronti delle parti che,

italiano ed europeo: *problemi attuali e prospettive future*, in *Riv. crit. del dir. priv.*, n. 4/2012, p. 533 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, 2012, p. 135 ss.



in forza della propria supremazia economica, potrebbero tenere o tengano un comportamento deviante rispetto al modello presupposto e indirettamente imposto dal legislatore nella negoziazione e/o nella successiva esecuzione del regolamento contrattuale pattuito². Colpisce l'inconsueto rilievo che si ritiene sia attribuito ad un dato fattuale dai contorni piuttosto indefiniti come quello della debolezza economica o di potere contrattuale, per di più ove esso riguardi non più solo la persona umana nella sua irriducibile dimensione valoriale³, ma il soggetto impresa, per definizione votato all'iniziativa economica e, in qualità di animatore e protagonista delle relazioni di mercato, tradizionalmente rappresentato come soggetto insofferente ad ogni forma di svalutazione o addirittura compressione della sua libertà negoziale. E colpisce altresì che una tendenza evolutiva del diritto dei contratti, a lungo associata solo alla contrattazione di massa tra il professionista/impresa e il consumatore come reazione all'asimmetria informativa che tipicamente connota gli scambi di beni di consumo sui mercati finali⁴, interessi ora in modo sempre più articolato anche i rapporti negoziali tra operatori economici indipendenti, da sempre considerati formalmente uguali e avveduti, perseguendo peraltro la correzione più che di una semplice asimmetria informativa di una ben più ingombrante asimmetria di potere economico⁵.

Gran parte degli osservatori, come si diceva, spiega una simile evoluzione normativa come una fase di avanzamento nel solco della differenziazione specialistica della disciplina dei contratti, già da tempo avviata attraverso l'adozione di norme a tutela del contraente debole/consumatore impegnato nella realizzazione di scambi di beni o servizi con il professionista/impresa⁶. Il nuovo banco di prova del processo di differenziazione normativa sarebbe dato dalle

² Cfr. A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 373 ss.

³ Cfr. P. PERLINGERI, *diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, n. 3/2011, p. 883 ss.

⁴ A proposito del sistema contemporaneo degli scambi di mercato, si è acutamente osservato che "il prezzo reale si correla sempre di più al contenuto specifico e concreto del contratto, ossia a quel dato per lo più invisibile ai terzi costituito dal complessivo «trattamento» giuridico dell'operazione economica che si rinviene nelle clausole contenute nei contratti, nei formulari e nelle condizioni generali predisposte da uno dei contraenti", per poi rilevare che "l'asimmetria informativa dianzi individuata costituisce una delle cause fondamentali del fallimento del mercato concorrenziale e dell'inevitabile frantumazione di quest'ultimo". Cfr. A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Tratt. di Dir. Contr. Eur.*, Cedam, 2003, p. 24.

⁵ Tra i primi a cogliere ed analizzare i tratti peculiari della dipendenza economica che può condizionare i rapporti contrattuali tra imprese R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Jovene 1979, p. 322 ss. Ma si vedano anche tra i tanti, A. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Giappichelli, 2004, p. 42 ss.; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, Jovene 2004, p.56 ss.; P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, 2006, p. 87 ss.; S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 156 ss.; S. PAGLIANTINI, *cit.*, p. 417 ss.; A. ZOPPINI, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in G. GITTI (a cura di), *Il terzo contratto*, *cit.*, p. 239 ss.; E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e contratti asimmetrici d'impresa*, in *Annuario del Contratto 2011*, Giappichelli, 2012, p. 87.

⁶ Il tema è stato oggetto di ampio dibattito anche in occasione di due importanti Convegni. Del primo, tenutosi a Siena nel 2004, gli atti sono raccolti in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, Giuffrè, 2006; del secondo, tenutosi a Pisa nel 2007, gli atti sono raccolti in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Giuffrè, 2007.



ipotesi di asimmetria di potere negoziale nei rapporti tra professionisti e/o imprese, che, in quanto qualitativamente diverse dalle ipotesi di asimmetria informativa tipica dei rapporti contrattuali tra professionisti/imprese e consumatori, richiederebbero un distinto trattamento giuridico. Si assisterebbe così ad una crescente ramificazione del diritto dei contratti in ragione della distinta caratterizzazione soggettiva degli attori economici che animano gli scambi nel mercato, sia che delle diverse articolazioni del diritto dei contratti si sottolinei soprattutto la comune riconducibilità al minimo comune denominatore dell'attività di regolazione della concorrenza e del mercato⁷, sia che invece, pur nella condivisione della loro comune matrice "pro concorrenziale", ne sia valorizzata maggiormente la distinta funzionalità e la conseguente "impermeabilità" dei rispettivi ambiti di applicazione⁸.

In questa sede si intende adottare una prospettiva di osservazione che consenta di progredire nel perfezionamento delle capacità esplicative proprio dell'approccio che, in quanto particolarmente rivolto ad evidenziare il crescente intreccio funzionale tra diritto dei contratti e regolazione della concorrenza e del mercato, sembra meglio di altri rappresentare le nuove forme assunte dall'attuale stadio di evoluzione dell'incessante interazione tra dinamiche economiche e categorie normative.

In questa prospettiva, si proporranno in particolare diverse livelli di lettura e analisi delle norme del diritto dei contratti tra imprese appena richiamate. Quelle più risalenti, come le disposizioni relative alla forma e al contenuto del contratto di subfornitura riportate dalla l. 18 giugno 1998, n. 192, le analoghe previsioni di forma e contenuto del contratto di affiliazione commerciale e di un termine minimo di durata del relativo rapporto disposte ex art. 3 della l. 6 maggio 2004, n. 129, il divieto di abuso di dipendenza economica ex art. 9 della l. 18 giugno 1998, n. 192 e infine le norme sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali disposte dal d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 non saranno oggetto di specifico approfondimento per due ragioni. Da un lato, per evitare di ribadire considerazioni già note ed espresse nei molti contributi nel tempo elaborati su tali materie⁹; dall'altro, e soprattutto, perché ciò che più interessa in questa sede è

⁷ Cfr. S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, pp. 169-170; C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit., p. 842 ss.

⁸ Cfr. R. PARDOLESI, *Conclusioni*, in G. GITTI (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 345 ss.; G. AMADIO, *op. cit.*, p. 16 ss.; A. ZOPPINI, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in G. GITTI, *op. ult. cit.*, p. 239 ss.

⁹ Sulla disciplina del contratto di subfornitura, cfr. A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge 192/98: problemi di diritto sostanziale*, in *I contratti*, 1999, p. 188 ss.; R. CASO R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 712 ss.; A. MUSSO, *La subfornitura*, in *Comm. del Codice Civile Scialoja Branca*, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 2003; E. MINERVINI, *Le regole di trasparenza nel contratto di subfornitura*, in *Giur. comm.*, 2000, p. 216 ss.; M. MAUGERI, *La subfornitura*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti d'impresa*, Il Mulino, 2012, p. 207 ss.; D. ZUCCARO, *La forma del contratto di subfornitura tra finalità di protezione ed esigenze di certezza*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, p. 409 ss. Sulla disciplina del contratto di franchising, cfr. M. CIAN, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale. Commentario*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2004, p. 1170 ss.; G. DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, in *Contratti*, 2004, p. 761 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *Franchising, contratti di integrazione e*



solo segnalare come alla base di tali provvedimenti normativi si possano riconoscere le prime tracce del modello di regolamentazione dei rapporti negoziali tra professionisti e/o imprese cui si ritiene il legislatore abbia successivamente ispirato in modo sempre più deciso i propri interventi disciplinari nella stessa materia. Non interessa tanto, in altri termini, ribadire che l'imposizione conformativa di una precisa griglia contenutistica al regolamento contrattuale di subfornitura o di affiliazione commerciale cui le parti intendono vincolarsi o, ancora, il divieto di abusare della propria posizione di dominanza economica nei confronti della controparte contrattuale rappresentino altrettante previsioni rivolte a prevenire o sanzionare modalità patologiche di esercizio dell'autonomia privata e della libertà di iniziativa economica, ogni volta che l'asimmetria del potere contrattuale tra le parti rispettivamente renda prevedibile che siffatti esiti distorsivi si verifichino o di fatto ne provochi il manifestarsi.

Prendendo spunto dal modello di condotta negoziale che il legislatore presuppone alla base delle disposizioni menzionate, appare più utile invece approfondire i contenuti di altre più recenti disposizioni, in modo da verificare se la trasparenza e la leale cooperazione, in quanto inevitabili capisaldi di quel modello di condotta, abbiano nel tempo ricevuto una più marcata sanzione positiva, confermando così l'affermarsi di una rinnovata qualità normativa nella disciplina dei rapporti negoziali tra operatori economici che sul mercato assumano le vesti di imprese e/o professionisti.

Rientrano tra le norme cui dunque sarà riservata maggiore attenzione, quelle relative alla disciplina delle cessioni di prodotti agroalimentari e al divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette nelle relazioni commerciali tra operatori economici, entrambe contenute nel d.l. 18 ottobre 2012 convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221, la norma modificatrice dell'art. 9, comma 3 *bis* della l. 18 giugno 1998, n. 192, disposta dall'art. 10, comma 2, l. 11 novembre 2011, n. 180 e, ancora, diverse norme che nel tempo hanno costantemente rafforzato i poteri di monitoraggio, analisi e sanzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nei confronti di relazioni contrattuali e pratiche commerciali tra imprese/professionisti e consumatori o piccole e medie imprese, indipendentemente dal preventivo accertamento della violazione diretta della legislazione *antitrust*. Si proverà in particolare a dimostrare che la disciplina dei rapporti con-

obblighi precontrattuali di informazione, in *Riv. dir. comm.*, 2004, p. 1163 ss.; V. CUFFARO (a cura di), *L'affiliazione commerciale*, Giappichelli, 2005; G. D'AMICO, *Il procedimento di formazione del contratto di franchising secondo l'art. 4 della legge 129/2004*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 769 ss.; V. SANGIOVANNI, *Il ruolo dell'informazione nel contratto di franchising*, in *Giust. civ.*, 2012, II, p. 245 ss.; A. FICI, *Il contratto di franchising*, *Esi*, 2012, p. 81 ss.; G. DE ROSA, *Il "franchising"*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti d'impresa*, cit., p. 453 ss.; F. ADDIS, *"Neoformalismo" e tutela dell'imprenditore debole*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, p. 6 ss. Sull'art. 9 della l. n. 192/1998, oltre agli autori citati nella nota 5, cfr. C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 1/1999, p. 9 ss.; M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, 2003. Sulla disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, cfr. G. DE CRISTOFARO, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2004, p. 461 ss.; V. PANDOLFINI, *Le modifiche alla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Il Corriere del Merito*, 2013, p. 379 ss.



trattuali tra operatori economici, evolvendosi, tenda ad arricchire la disciplina del contratto di sollecitazioni normative perché la trasparenza e la leale cooperazione tra le parti contraenti, in quanto condizioni essenziali di efficienza e dinamismo concorrenziale, vengano elette a metro fondamentale di preventiva conformazione dell'autonomia privata, oltre che a parametro di controllo della liceità e di possibile limitazione delle sue espressioni.

È comprensibile infatti che, a fronte dei primi episodici provvedimenti adottati per contrastare ipotesi di distorsione della libertà economica consumate nell'ambito di relazioni negoziali prevalentemente intrattenute tra operatori economici dotati di un potere di mercato fortemente squilibrato si sia valorizzata la loro specialità, riconoscendo ai loro contenuti innovativi il rango del rimedio giuridico predisposto contro particolari ma isolati fenomeni di degenerazione dell'esercizio dell'autonomia privata. Ove tuttavia si constati il moltiplicarsi di simili interventi normativi e il contestuale diradarsi dei presidi rivolti a limitarne l'applicabilità, allora si ritiene sia altrettanto comprensibile nutrire l'esigenza di accertare le implicazioni più profonde di tale tendenza evolutiva, secondo direttrici di indagine che potrebbero non escludere possibili contaminazioni tra la dimensione della disciplina generale la dimensione della disciplina speciale del contratto.

In questa prospettiva, la traccia argomentativa che si intende seguire mira a individuare una logica unitaria alla base del fenomeno di marcata articolazione che attualmente investe il diritto dei contratti, senza però confondersi in ciò con l'idea, pure autorevolmente sostenuta in dottrina, che l'evoluzione normativa in atto sia da ricondurre all'affermarsi di un nuovo paradigma contrattuale, progressivamente consolidatosi intorno al parametro dell'equilibrio o, se si vuole, della giustizia dello scambio quale generalizzata chiave d'accesso alla dimensione della regolazione giuridica¹⁰. Come si tenterà di mostrare meglio più avanti, infatti, nell'esaltare il crescente rilievo normativo che l'idea di equità e giustizia dovrebbe rivestire nella disciplina dei contratti, tale ultimo orientamento dottrinario ne lascia ampiamente indefinito il contenuto, demandando di fatto alla casistica giudiziale la sua incerta caratterizzazione.

¹⁰ D'obbligo il rinvio a V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale; genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Giappichelli, 2002, p. 639 ss.; ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, cit., p. 679 ss.; ID., *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, cit., p. 167 ss. Mostrano analogha sensibilità al tema della giustizia dello scambio contrattuale, seppure espressa attraverso il diverso registro della valorizzazione normativa della clausola generale della buona fede, C. CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi di diritto europeo*, in S. MAZZAMUTO, *Il contratto e le tutele*, cit., p. 52 ss.; ID., *Diritto generale privato e diritti secondi, la ripresa di un tema*, in A. PLAIA, *Diritto civile e diritti speciali*, Giuffrè, 2008, p. 19 ss.; E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo*, cit., p. 514 ss.; ID., *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eur. dir. priv.*, n. 4/2012, p. 953 ss.; G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 3/2015, p. 787 ss. Una crescente attenzione al controllo della giustizia dello scambio contrattuale, azionando la clausola generale della buona fede, si registra anche in giurisprudenza. Cfr. Cass. 20 aprile 1994, n. 3775; Cass. 24 settembre 1999, n. 10511; Cass. 13 settembre 2005, n. 18128; Cass. 18 settembre 2009, n. 20106; Cass. 10 novembre 2010, n. 22819; Trib. Bari, sez. III, 13 marzo 2014, n. 1327; App. Roma, sez. II, 16 dicembre 2010, n. 5300.



Diversamente, l'indirizzo che si propone esclude che il legislatore si stia convertendo al perseguimento positivo di una idea non meglio identificata di giustizia o equità negli scambi tra operatori economici, indipendentemente dalla circostanza che a motivare tali scambi siano interessi soggettivi di natura professionale ovvero connessi a mere esigenze di consumo. Piuttosto aspira a dimostrare come ci si stia muovendo, anche e soprattutto su sollecitazione del legislatore europeo, verso l'affermazione normativa di più rigorosi *standard* qualitativi nella valutazione delle condotte manifestate dagli operatori economici nelle loro interazioni di mercato. La correttezza e lo spirito di leale cooperazione tra attori economici, in quest'ottica, piuttosto che rappresentare meri strumenti formali di controllo e contenimento del potere di autodeterminazione individuale espresso attraverso il libero esercizio dell'autonomia privata, costituirebbero i presupposti essenziali di un più ampio sviluppo delle dinamiche concorrenziali, divenendo oggetto di un investimento normativo "in positivo"¹¹. Ciò, per un verso, comporterebbe la valorizzazione e il potenziamento di norme in vario modo rivolte ad incentivare il reciproco affidamento, la trasparenza, e lo spirito di leale cooperazione nelle interazioni tra operatori economici, evitando che i relativi interventi di "regolazione" dell'esercizio dell'autonomia privata assumano la cifra esclusiva della definizione di rimedi alla eventuale frustrazione di simili *standard* di comportamento. Mentre, per altro verso, ciò comporterebbe che, ove si presenti la necessità di interventi giudiziali proprio sul piano rimediabile, la misura dell'eventuale devianza da contrastare sia tratta più dalla specifica connotazione causale del rapporto contrattuale tra le parti e dalla prassi delle relazioni economiche nel settore degli scambi di mercato maggiormente affini¹², che non dall'interpretazione giudiziale della funzione normativa attribuita dal legislatore al singolo diritto o allo specifico potere soggettivo che nell'interazione economica si ritenga sia stato oggetto di un uso distorto¹³. La disparità di potere economico andrebbe considerata come un dato fisio-

¹¹ Un'analogia ispirazione sembra riconoscibile nell'approfondita analisi dell'abuso di dipendenza economica ex art. 9 della l. n. 192/1998 condotta da P. FABBIO, *op. cit.*, p. 69 ss. Sottolineando il costante rafforzamento della correlazione tra diritto dei consumatori e diritto della concorrenza nelle varie fasi di sviluppo della disciplina consumeristica, osserva che, a partire dall'adozione in sede europea della disciplina delle pratiche commerciali sleali, "le normative ... non dettano più regole dirette esclusivamente ad incidere l'atto, ma guardano, piuttosto, al comportamento del professionista, determinando un significativo passaggio che sposta l'attenzione dall'atto all'attività" L. ROSSI CARLEO, *Il public enforcement nella tutela dei consumatori*, in *Corr. giur.*, n. 7/2014, p. 6.

¹² Per una lucida ed approfondita rappresentazione del significato normativo attribuibile all'espressione "causa" o "profilo causale" del contratto, si rinvia a M. BARCELLONA, *Della causa – Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Cedam, 2015, p. 143 ss.

¹³ Si ricorda a riguardo il vivace dibattito suscitato qualche tempo fa dal dispositivo di Cass. 18 settembre 2009, n. 20106. Tra i numerosissimi commenti alla citata pronuncia, cfr. G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I Contratti*, 2010, p. 11; F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1577 ss.; A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, c. 95 ss.; A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 354 ss.; G. VETTORI, *L'abuso del diritto*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 166 ss.; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 172 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *NGCC*, 2010, p. 139 ss.; M. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto*.



logico ed ineludibile in ogni relazione economica. Essa potrebbe concorrere a spiegare il particolare equilibrio dato dalle parti all'assetto di vantaggi, svantaggi e rischi relativo all'operazione di scambio negozialmente programmata, ma la sua semplice ricorrenza non potrebbe di per sé condizionarne il trattamento giuridico, senza che per questo si debba abdicare ad un costante monitoraggio, funzionale ad evitare che lo squilibrio di potere divenga fonte di opportunismi e sopraffazioni della parte economicamente più forte.

Come si proverà a dimostrare, una lettura orientata in tal senso delle norme che di recente hanno arricchito la disciplina della contrattazione tra imprese non ignora certamente che la determinazione del solco divisorio tra lecito e illecito e tra correttezza e slealtà rimanga pur sempre nelle mani del giudice. Tuttavia, in tale prospettiva, non solo si potrebbe aspirare ad una minore frequenza del ricorso ad interventi giudiziali, per via della valorizzazione di dispositivi normativi rivolti ad incentivare il comportamento virtuoso delle parti; ma si potrebbe anche ottenere che i parametri di riferimento da adottare nei processi decisori degli organi giudicanti siano meno "volatili" o, se si vuole, siano rivolti più alla definizione degli *standard* di condotta oggettivamente associabili allo specifico profilo causale dell'operazione economica dedotta in giudizio¹⁴, che non all'incerta ricerca della regola di condotta di volta in volta applicabile alla specifica posizione soggettiva rivestita dalle parti contraenti o all'ancora più insondabile misurazione della giustizia del rapporto contrattuale.

2. – La proposta di una lettura in parte innovativa delle norme che a vario titolo riguardano il fenomeno della contrattazione d'impresa rende doveroso un preliminare richiamo, per quanto del tutto sommario, alle diverse voci che nel più recente passato hanno animato il dibattito in materia. Si proverà così in primo luogo a delimitare e chiarire ancora meglio le categorie normative sulle quali maggiormente si concentrerà la riflessione. Ad evidenziare, in secondo luogo, i molteplici risultati raggiunti dalle analisi finora sviluppate, di molti dei quali ci si avvarrà nell'elaborazione della prospettiva interpretativa appena delineata. Si proverà infine ad individuare i punti di quelle stesse analisi che si ritengono di contro deboli o bisognosi di ulteriore approfondimento.

Note critiche a Cass. N. 20106/2009, in *NGCC*, 2010, p. 319 ss.; R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *I Contratti*, 2010, p. 524 ss.; M. CENINI, A. GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 109 ss.; F. PANETTI, *Buona fede, recesso ad nutum e investimenti non recuperabili dell'affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione: in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 653 ss.; F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 311 ss.; E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, II, p. 295 ss.; A. FRIGNANI, *Cosa ne è degli affiliati in caso di riorganizzazione aziendale del franchi sor (fino all'incorporazione in altra società?)*, in *I Contratti*, n. 7/2014, p. 706 ss.

¹⁴ Sembra d'altronde muovere in tale direzione Trib. Massa, 15 maggio 2014, in *NGCC*, 2015, I, p. 218 ss., con nota di V. BACHELET, *op. cit.*, p. 222 ss.



Appare ampiamente condivisa l'opinione secondo la quale, superata la storica distinzione tra contratti civili e commerciali, sancita in seguito all'entrata in vigore del Codice Civile del 1942 e resa irreversibile dal diffuso processo di "commercializzazione" della disciplina del contratto e delle obbligazioni¹⁵, i principali interrogativi da affrontare in materia riguardano, per un verso, la possibilità di enucleare dal rinnovato tessuto normativo un'autonoma categoria contrattuale, connotata soggettivamente dalla presenza tra i contraenti di almeno un soggetto operante come motore di un'attività d'impresa¹⁶, e, per altro verso, la qualità dei tratti differenziali riguardanti l'insieme di norme rivolte alla disciplina di tale fenomenologia negoziale¹⁷. Al dibattito naturalmente fa da sfondo la riflessione sul concetto e la relativa fattispecie giuridica dell'"impresa", delineata con diversi accenti e riferimenti quale attività economica organizzata rivolta alla produzione di beni e servizi, ovvero insieme di atti funzionalmente connessi in vista del conseguimento di precisi effetti¹⁸, in modo da sottolineare comunque la sua autonomia concettuale sia dalla figura dell'imprenditore, che, pur essendone il motore, dall'attività d'impresa trae anche origine¹⁹, sia dal profilo oggettivo e irrimediabilmente statico dell'azienda, quale "complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa" (art. 2555 c.c.).

È noto che, nel definire la fattispecie in parola e nell'evidenziare la notevole complessità della sua rappresentazione giuridica, è sempre stato largamente diffuso l'orientamento tendente ad escludere la possibilità che all'interno della fattispecie "impresa" confluisse anche l'attività consistente nell'esercizio delle professioni intellettuali²⁰. Gli argomenti utilizzati in proposito sono indubbiamente seri, attenendo ora alla sostanziale assenza di disposizioni che, in quanto destinate alla disciplina dei diversi profili dell'attività di impresa, siano applicabili anche all'esercizio delle professioni intellettuali²¹, ora alla valorizzazione del requisito dell'organizzazione quale *discrimen* tra l'attitudine personale alla programmazione della propria attività da parte del professionista e la capacità dell'imprenditore di trarre profitto aggiuntivo dall'utilizzo funzional-

¹⁵ Per tutti, cfr. V. BUONOCORE, (voce) *Impresa*, in *Enc. dir.*, Annali I, Giuffrè, 2007, p. 814; F. DI MARZIO, (voce) *Contratti d'impresa*, in *Digesto disc. priv.*, Utet, 2007, p. 315.

¹⁶ Cfr. A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 231.

¹⁷ Cfr. A. DALMARTELLO, (voce) *Contratti d'impresa*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 1 ss. Riflette acutamente sull'autonomia concettuale della categoria dei contratti d'impresa, osservando che il contatto tra l'interesse riconducibile all'attività d'impresa e gli interessi della collettività prodotto dall'inevitabile incidenza dell'atto di autonomia dell'impresa sull'utilità sociale "non nuoce alla natura contrattuale dell'atto di autonomia né alla sua considerazione unitaria e non sostituisce una «autonomia d'impresa» all'autonomia contrattuale", G. OPPO, *I contratti d'impresa tra Codice Civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6/2004, p. 847.

¹⁸ Cfr. R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.* n. 1/1956, p. 184 ss.; P. SPADA, (voce) *Impresa*, in *Digesto Disc. Priv. (sez. comm.)*, Utet, 1992, p. 42.

¹⁹ Cfr. G. OPPO, *Impresa e imprenditore*, in *Diritto dell'impresa – Scritti giuridici*, Cedam, 1992, p. 264.

²⁰ Cfr. F. GALGANO, *Diritto commerciale – L'imprenditore*, Zanichelli, 2006, pp.14-15.

²¹ Cfr. P. SPADA, *op. cit.*, p. 47.



mente combinato delle proprie capacità personali e di altre risorse²².

Chiarito, almeno per il momento, che nell'ambito del dibattito sulla contrattazione d'impresa si sia inteso fare riferimento all'impresa come attività organizzata in funzione della realizzazione di uno scopo produttivo e che si sia riconosciuta tale fattispecie nelle diverse attività enumerate dall'art. 2195 c.c. e più in generale in quelle definibili come imprese commerciali²³, giova anche ricordare come lo stesso dibattito sia stato segnato da diversi stadi di evoluzione, essendo progressivamente passato dalla ricerca all'interno del Codice Civile di dati normativi utili ad evidenziare la presenza di un corpo di norme specificamente orientate a sancire il "valore aggiunto" dei contratti d'impresa e la loro marcata funzionalità all'attività d'impresa piuttosto che all'autodeterminazione individuale dell'imprenditore²⁴, alla segnalazione della crescente presenza all'interno dell'ordinamento di norme di matrice spiccatamente eterogenea rivolte a regolare il fenomeno della contrattazione d'impresa come essenziale ingranaggio delle dinamiche di mercato²⁵. È proprio in virtù di questo sviluppo che trova nuovo vigore l'interrogativo circa l'ipotesi che dall'insieme delle norme rivolte a disciplinare i contratti che a vario titolo concorrono all'attività d'impresa si possa e si debba ricavare la presenza nell'ordinamento di un'autonoma categoria contrattuale, certamente trasversale rispetto alle diverse tipologie nominate nel Codice Civile, ma particolarmente connotata dalla funzionalità delle sue espressioni al posizionamento ed all'affermazione dell'impresa nel mercato²⁶. La sempre più evidente connessione tra il moltiplicarsi di fonti normative destinate a regolare l'esercizio dell'autonomia contrattuale da parte del soggetto impresa e la progressiva definizione di un ordine giuridico del mercato²⁷,

²² Cfr. G. OPPO, *op. ult. cit.*, p. 282.

²³ Cfr. A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 2.

²⁴ Ivi, p. 8. Osserva però criticamente che "non sono dettate regole per i contratti *dell'imprenditore*, perché espressivi della speciale rilevanza nell'ordinamento dell'attività d'impresa, ma (...) sono dettate regole per i contratti *con l'imprenditore*, perché espressivi della speciale rilevanza dell'interesse delle controparti" A. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Riv. dir. priv.*, n. 1/2006, p. 21. Successivamente ha ritenuto che "le disposizioni che il legislatore unificante ha voluto connettere, esclusivamente o tipicamente, con l'attività d'impresa nel codice civile non appaiono in grado, da sole, di esplicitare sotto il profilo sistematico una valenza ordinante, né possono costituire il substrato di diritto positivo di una teoria (o categoria) dei contratti d'impresa.", L. NONNE, *op. cit.*, p. 556.

²⁵ Rileva che "la disciplina della contrattazione d'impresa travalica la regolamentazione del momento puramente negoziale, per investire in senso più complessivo la dialettica del mercato e dunque gli interessi e le azioni dei soggetti che, in ruoli e posizioni varie, ne sono attori", G. CAPO, *Contratti d'impresa (evoluzione recente)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma 2008, p. 1. Si veda anche A. JANNARELLI, *op. cit.*, p. 65 ss.; G. OPPO, *I contratti d'impresa tra Codice Civile e legislazione speciale*, cit., p. 847; P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 417 ss.

²⁶ In questa prospettiva, ritiene che alla locuzione "contratti d'impresa" possa attribuirsi "almeno il connotato di concetto idealtipico e, probabilmente, anche la qualità di concetto normativo «dogmatico»", M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti d'impresa*, cit., p. 44 ss.

²⁷ L'espressione è mutuata da N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 2003.



che si ritiene ispirato ora al principio della “concorrenza dinamica”²⁸, ora all’insieme dei principi che innervano l’etica delle relazioni economiche²⁹, induce altresì ad interrogarsi sulla persistente opportunità di considerare all’interno del calderone disciplinare della contrattazione d’impresa tutte le possibili manifestazioni negoziali degli interessi connessi all’attività d’impresa, o se sia invece preferibile distinguere tra norme che, seppure destinate alla disciplina di contratti nei quali una delle parti sia un’impresa, siano indirizzate prioritariamente alla tutela di interessi diversi da quelli direttamente riconducibili all’impresa stessa, e norme che abbiano di contro come oggetto esclusivo la considerazione di interessi connessi al suo esercizio³⁰. Il riferimento è, come è chiaro, alla proliferazione all’interno dell’ordinamento giuridico di norme a tutela del contraente debole, con specifico riguardo alla contrattazione tra impresa e consumatore. Essa, infatti, ha fatto sì che, per un verso, si accreditasse l’idea secondo la quale accanto al diritto del contratto in generale si stesse consolidando un diritto speciale dei contratti tra l’impresa e il consumatore, finalizzato, mediante la previsione di meccanismi giuridici di protezione della parte debole, alla neutralizzazione dell’asimmetria informativa che caratterizza proprio la struttura dei contratti tra l’impresa e la massa indistinta dei consumatori³¹. E che, per altro verso, altra parte della dottrina rivalutasse l’importanza di una più netta delimitazione della categoria dei contratti d’impresa, sulla falsariga dell’antica distinzione tra contratti civili e contratti commerciali³². Si tratta, invero, di una stagione del dibattito presto superata dall’apparizione in rapida successione di norme che a vario titolo dispongono meccanismi giuridici di particolare protezione della controparte negoziale dell’impresa, senza specificarne più la posizione economica soggettiva o identificandola in quella di un’altra impresa o “microimpresa”. E tuttavia, si tratta di una stagione nella quale tanta autorevole parte della dottrina si è cimenta nel tentativo di riportare il processo di radicale trasformazione dei connotati della disciplina del contratto nell’alveo delle categorie ordinanti proprie del diritto civile e al suo interno, del diritto generale del contratto. In qualche caso tale obiettivo è stato perseguito esaltando il rilievo assunto nella disciplina del contratto dalla clausola generale della buona fede³³, o dal principio di equità e

²⁸ Suggestisce di intendere la concorrenza “come processo e non come situazione ottimale”, M. LIBERTINI, *Autonomia privata concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 438.

²⁹ Riconosce nella formula dell’utilità sociale, con la quale l’iniziativa economica privata non può contrastare ai sensi dell’art. 41, 2° comma, Cost., il richiamo giuridico all’«etica degli affari» G. OPPO, *I contratti d’impresa tra Codice Civile e legislazione speciale*, cit., p. 847. Ritiene che l’insieme dei principi generali inderogabili in materia economica, cui l’utilità sociale richiamata dall’art. 41, 2° comma, Cost. farebbe riferimento, si concretizzino attraverso l’applicazione della clausola generale della buona fede contrattuale, P. SIRENA, *La categoria dei contratti d’impresa e il principio di buona fede*, cit., p. 421. Si veda anche, E. NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, p. 513 ss.

³⁰ Cfr. F. DI MARZIO, *op. cit.*, p. 337.

³¹ Cfr. A. JANNARELLI, *op. cit.*, p. 39 ss.

³² Cfr. G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d’impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 849 ss.

³³ Commentando i contenuti dei Principi di Diritto Europeo dei contratti e gli elementi di continuità riconoscibili con i singoli ordinamenti nazionali, autorevole dottrina attribuisce alla buona fede contrattuale un ruolo centrale nel



giustizia contrattuale³⁴. In altri casi, invece, si è rimarcato come gli interventi normativi responsabili delle maggiori innovazioni del diritto dei contratti riproporessero in forme inedite l'originaria vocazione del diritto civile a dare ordine e governare le dinamiche di mercato, ambendo ora non più solo a definire le regole del gioco degli scambi, ma anche e soprattutto a neutralizzare possibili cause di "fallimento" o distorsione di quello stesso gioco³⁵. Tra queste, innanzitutto quella identificabile nel fenomeno dell'asimmetria informativa tra le parti, tipica dei rapporti contrattuali tra il soggetto impresa e l'anonimo esponente di una massa indistinta di consumatori³⁶.

Non manca, invero, in questa fase del confronto dottrinario chi intuisca i limiti e le contraddizioni di una ricostruzione delle nuove disposizioni sui contratti, in cui tra le parti sia presente l'impresa, che sia orientata a spiegare la *ratio* del loro speciale intento protettivo solo in relazione allo squilibrio di potere contrattuale che tipicamente interesserebbe la controparte dell'impresa, quando essa si identifichi con la posizione soggettiva del consumatore³⁷. Tale autorevole dottrina sottolinea ripetutamente come ad una attenta lettura già delle prime espressioni della disciplina dei contratti del consumatore di matrice comunitaria emerga come la vera discriminante applicativa sia data più dalla particolare modalità della contrattazione, ovvero dalla cancellazione della fase di preliminare negoziazione tra le parti del regolamento contrattuale sul quale far convergere il consenso, che non dall'ineffabile qualità soggettiva di una delle parti³⁸. Siffatta lettura rimarrà tuttavia ampiamente inascoltata, sovrastata sia da quanti, nell'incessante incremento di disposizioni devianti rispetto alle coordinate normative in cui tradizionalmente si iscrive la disciplina codicistica del contratto, riconosceranno i prodromi dell'affermarsi di un nuovo paradigma contrattuale a vocazione generale³⁹. Sia da quanti, seppure con diversi accenti, confermeranno il rilievo determinante assunto nell'attuale fase di evoluzione e differenziazione del diritto dei contratti dalla posizione di mercato dei soggetti di volta in volta protagonisti della vicenda contrattuale⁴⁰.

"governo" degli atti di autonomia privata, sottolineando tuttavia come, a differenza che in passato, "la buona fede si coniuga con l'atto di autonomia, dunque non opera più dall'esterno come può fare l'ordinamento con le sue leggi, ma piuttosto dall'interno, con l'adozione della stessa logica dell'autonomia". Cfr. C. CASTRONOVO, *Il contratto nei principi di diritto europeo*, cit., p. 53, nota 29.

³⁴ Cfr. P. PERLINGERI, *op. cit.*, pp.893-894.

³⁵ Cfr. P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, cit., p. 787 ss.

³⁶ Molto efficace nell'esplicare come "le tecniche giuridiche di commercializzazione individuate in sede di autonomia negoziale" incidano ormai sulla differenziazione dei prodotti non meno della loro differenziazione tecnologica e come, contemporaneamente, ciò sia all'origine di "quella fondamentale asimmetria informativa destinata a privare di effettività il meccanismo della concorrenza", A. JANNARELLI, *op. cit.*, pp. 40-41.

³⁷ Cfr. V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. priv.*, 1995, p. 37 ss.

³⁸ Nello stesso senso, sul punto si veda anche G. OPPO, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Atti del convegno di Treviso 23-24-25 marzo 2006, Cedam, 2006, p. 50; P. SIRENA, *op. ult. cit.*, p. 809 ss.

³⁹ Cfr. V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, cit., p. 684 ss.

⁴⁰ Tra i tanti, si rinvia nuovamente a C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni*



3. – Il processo di incessante integrazione e trasformazione del diritto contrattuale interno avviato dal recepimento delle direttive europee sulla disciplina dei contratti del consumatore ha generato, come visto, un’ampia riflessione sulla persistente centralità delle norme del Codice Civile e dei principi che le ispirano, primo fra tutti il principio di autonomia contrattuale. Il tema maggiormente affrontato ha riguardato la qualità dell’influenza esercitata dalle disposizioni di matrice europea: se cioè esse avrebbero accentuato e reso irreversibile il percorso di “decodificazione” e frammentazione del diritto dei contratti già da tempo autorevolmente segnalato⁴¹, o se invece il loro recepimento avrebbe potuto stimolare una rilettura della disciplina interna dei contratti capace di preservarne il tratto unitario, malgrado l’accresciuta complessità e l’ineludibile articolazione provocata, in un numero sempre più alto di casi, dalla riconsiderazione normativa della vicenda negoziale non più solo come manifestazione del potere di autodeterminazione dei singoli, ma anche quale componente decisiva delle dinamiche concorrenziali e dell’efficienza nelle relazioni di mercato. Il protagonismo del soggetto impresa e della logica che ne ispira le iniziative negoziali nell’attuale stadio di evoluzione delle relazioni di mercato appare indiscusso. Incerta rimane invece la possibilità di rilevare una coerenza di fondo, o al contrario negarla, tra la *ratio* protettiva della c.d. parte debole del rapporto contrattuale, riconosciuta alla base delle regole particolari dettate in relazione agli accordi che si perfezionano tra l’impresa e la massa indistinta dei consumatori, e i principi ispiratori delle disposizioni che il Codice Civile, nell’ambito della disciplina del contratto, in modo più o meno esplicito riserva ad alcuni profili della contrattazione d’impresa⁴².

La prospettiva analitica muta sensibilmente ove, invece, oggetto di attenzione divenga il dilagante rilievo normativo che si ritiene abbia assunto il dato empirico dell’asimmetria di potere contrattuale tra le parti, in tutti quei casi in cui almeno uno degli attori del rapporto negoziale sia rappresentato da un’impresa⁴³. Quanti si soffermano su tale profilo rimarkano il carattere del tutto fisiologico dello squilibrio di potere verificabile in relazione ad una quantità innumerevole di rapporti contrattuali in cui una parte sia un’impresa, riconducendolo alla naturale disparità

sull’asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549 ss.; ID., *Tecniche di controllo dell’autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto Europeo*, in *Eur. dir. priv.*, n. 4/2008, p. 831 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 145 ss.; G. GITTI, G. VILLA, *Introduzione*, in G. GITTI (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 7.

⁴¹ Cfr. N. IRTI, *L’età della decodificazione*, Giuffrè, 1979.

⁴² Giova ricordare, tuttavia, come autorevole dottrina, in relazione all’espressione “contratti d’impresa” abbia ritenuto che sia configurabile solo “una figura descritta empiricamente ma fatta rigorosamente oggetto di una ricerca volta alla loro precisa e più completa identificazione giuridica”, sottolineando poi che “è necessario, al fine di costruire una categoria dogmatica dei contratti d’impresa, spiegare e dimostrare come l’interesse della parte imprenditrice si traduca in una componente della causa del contratto d’impresa, così come sarebbe necessario, per configurare una categoria dei contratti dei consumatori, verificare come l’interesse di questi soggetti valga ad integrare una specifica componente della causa della relativa fattispecie negoziale”. Cfr. A. FALZEA, *Il diritto europeo dei contratti d’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1/2005, pp. 7-8.

⁴³ Cfr. A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 372 ss. Sostiene che “nella prospettiva del diritto contrattuale europeo i «contratti d’impresa» siano uno dei nomi del caso di contrattazione ineguale”, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 22.



della posizione economica rivestita in questa tipologia di rapporti da ciascuno dei contraenti⁴⁴. Evidenziano il carattere “pionieristico” delle norme a tutela del contraente debole nella disciplina dei contratti del consumatore⁴⁵, ma al tempo stesso osservano come la vocazione protettiva che esse rivelano e le tecniche poste in essere al fine di darvi concretezza siano divenute progressivamente un modello di regolazione, che sia il legislatore nazionale che quello europeo tendono ad estendere alla generalità dei rapporti contrattuali nella misura in cui siffatti rapporti, in quanto condizionati dalla logica ispiratrice dell’attività d’impresa propria di almeno una delle parti, risultino determinanti della composizione e dell’evoluzione delle relazioni di mercato⁴⁶. La naturale conclusione cui si perviene, seguendo la direttrice indicata da tale filone interpretativo, è data dalla registrazione dell’affermarsi di un nuovo paradigma contrattuale, connotato dalla centralità dell’asimmetria di potere negoziale delle parti contraenti e destinato a divenire modello generale di regolazione degli scambi di mercato, allo stesso modo in cui in passato il paradigma contrattuale fondato sui principi di eguaglianza e libertà formale delle parti, tipico del diritto comune, è stato profondamente condizionato e in parte soppiantato dal processo di commercializzazione del diritto civile indotto dall’unificazione del Codice Civile e del Codice di Commercio del ’42⁴⁷. In altri termini, a fronte dell’irruzione prepotente e persistente sulla scena del diritto dei contratti di norme chiaramente rivolte a tutelare e rafforzare la posizione negoziale di uno dei contraenti, in ragione del fisiologico squilibrio di potere registrabile nei confronti della controparte, ove essa operi nell’ambito della propria attività d’impresa, l’interrogativo cui rispondere non riguarderebbe tanto la tenuta dell’assetto sistematico che tradizionalmente ha dato ordine alle norme sull’esercizio dell’autonomia privata, ma riguarderebbe piuttosto la direzione evolutiva irrimediabilmente intrapresa dal diritto dei contratti.

In un’epoca in cui appare ormai evidente la connessione tra la stragrande maggioranza dei rapporti negoziali intrapresi dai privati, la distribuzione del potere economico nel mercato e il conseguente andamento delle dinamiche concorrenziali, infatti, appare più urgente indagare la strategia di regolazione adottata dal sistema normativo nei confronti del contratto quale nuovo strumento di distribuzione e di governo del potere economico nel mercato, che non attardarsi ulteriormente sulle residue capacità ordinanti del modello di regolazione delle dinamiche contrattuali finora prevalente. Particolare attenzione, in quest’ottica, dovrebbe riservarsi alla nuova sensibilità manifestata dall’ordinamento giuridico verso le asimmetrie sostanziali che contraddistinguono le posizioni di mercato di alcune categorie di attori economici, ove singoli loro esponenti siano impegnati ad interagire per la realizzazione di un’operazione di scambio.

Rimane invero piuttosto incerta la misura del divario di potere tra le parti che, rendendolo

⁴⁴ Cfr. V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, cit., p. 683.

⁴⁵ *Ivi*, p. 693.

⁴⁶ *Ivi*, p. 689 ss. Sembra condividere tale impostazione anche A. FICI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 218.

⁴⁷ *Ivi*, pp. 694-695.



giuridicamente rilevante, condizionerebbe sotto vari aspetti la disciplina del contratto, così come alquanto indefiniti resterebbero anche i criteri per riconoscere la ricorrenza dei requisiti soggettivi utili all'accesso del singolo rapporto negoziale alla dimensione normativa di particolare protezione apprestata dal legislatore nell'ottica del paradigma del contratto asimmetrico. La missione di tale paradigma sarebbe infatti la regolazione del mercato attraverso la disciplina della contrattazione d'impresa⁴⁸, ma, considerata la varietà delle manifestazioni concrete che codesta contrattazione può assumere, non del tutto definiti appaiono ancora gli indicatori che ne caratterizzano l'effettivo campo d'azione. Rimane invece innegabile un fondamentale merito: quello di aver proposto una lettura dell'evoluzione del diritto dei contratti che muova dal tentativo di evidenziare un filo conduttore e ambisca pertanto ad integrare le novità normative in un disegno sistematico che, seppure in modo profondamente diverso da quanto si sia fatto in passato, descriva le funzioni normative oggi assolte dal diritto dei contratti.

Un'analoga aspirazione è d'altronde nutrita anche dalle proposte ricostruttive che, anziché individuare nel dato dell'asimmetria di potere contrattuale il fenomeno della realtà economica contemporanea intorno al quale si svilupperebbe un nuovo paradigma contrattuale a vocazione universalistica, riconoscono in un protagonismo finora inedito della clausola generale di buona fede il tratto caratterizzante la più recente evoluzione del diritto dei contratti⁴⁹. Dalla disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore di origine europea al divieto da parte del diritto domestico dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra imprese, passando per le diverse esperienze di c.d. *soft law*, rappresentate dalle proposte di armonizzazione europea del diritto dei contratti quali i *Principles of European Contract Law* o i *Principi Unidroit*, si mostra costante, secondo questo approccio, il rilievo normativo attribuito in modo più o meno diretto alla buona fede, intesa non più come strumento di arricchimento del tessuto obbligatorio disposto nei confronti delle parti dal regolamento contrattuale, ma piuttosto come "criterio di identificazione di squilibri non fisiologici nell'esercizio dell'autonomia contrattuale e, al tempo stesso, canone di interpretazione che accerta l'abuso"⁵⁰. La buona fede, dunque, emancipata sia dalla sua riduzione a incerto canone di ricostruzione della volontà delle parti, sia dal suo appiattimento a mero criterio mercantile di governo dei rapporti contrattuali, diverrebbe il perno della disciplina delle differenti espressioni della contrattazione d'impresa, consentendo al tempo stesso la sua articolazione in ragione del variare del controllo esercitato sulla vicenda negoziale, secondo

⁴⁸ *Ivi*, p. 697.

⁴⁹ Afferma che "L'indirizzo europeo e internazionale in materia di diritto contrattuale può dirsi univoco nel prospettare un'esigenza di contemperamento tra salvaguardia della libertà contrattuale e soggezione al principio della buona fede" F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5/2001, p. 548. Nello stesso senso, cfr. E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo*, cit., p. 508 ss.; ID., *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, cit., p. 973; A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 389.

⁵⁰ Cfr. E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo*, cit., p. 513.



la posizione economica di volta in volta ricoperta dai contraenti⁵¹. La buona fede viene così descritta come criterio di controllo e di indirizzo assiologicamente connotato dell'attività negoziale dei privati, ove essi animino le relazioni di mercato in qualità di operatori economici bisognosi di soddisfare le proprie esigenze personali di consumo attraverso i beni o i servizi offerti da questa o quell'impresa o invece siano imprenditori che si accordino con altri imprenditori in posizione di dipendenza economica oppure sfruttino intese restrittive della concorrenza "a monte" per concludere "a valle" dello stesso mercato scambi squilibrati a proprio vantaggio⁵².

Tale impostazione analitica condivide con la tesi che spiega l'attuale evoluzione del diritto dei contratti mediante il paradigma del contratto asimmetrico l'idea che la nuova priorità normativa, rivelata dall'inedita funzione ordinante attribuita alla clausola generale della buona fede, sia data dal perseguimento del valore della giustizia contrattuale all'interno del variegato mondo della contrattazione d'impresa⁵³. L'opinione dottrina di cui si riferisce, tuttavia, a differenza della precedente segnala la necessaria flessibilità di tale intervento normativo, essendo lo squilibrio normativo prodotto dall'asimmetria informativa dei contraenti nei contratti del consumatore altra cosa rispetto allo squilibrio tipico dei patti segnati dall'abuso di un'impresa in posizione di forza della dipendenza economica in cui l'altra parte è costretta per l'assenza di valide alternative negoziali sul mercato. Nell'un caso, infatti, l'azionamento della buona fede consentirebbe il semplice riequilibrio normativo del contratto, utile a neutralizzare gli effetti distorsivi del diverso potere di accesso delle parti alle informazioni necessarie per la definizione di un accordo dotato di un assetto di vantaggi, svantaggi e rischi realmente ponderato da entrambe le parti⁵⁴. Nell'altro caso, viceversa, la rimozione dell'abuso sulla scorta di una valutazione secondo buona fede e correttezza del patto concluso tra due imprese dovrebbe condurre a ripristinare una giustizia di tipo economico, ovvero un equilibrio di potere negoziale, precedentemente falsato dalla disparità di opportunità economiche sul mercato detenute dalle parti contraenti⁵⁵.

4. – Non mancano nel dibattito di cui si riferisce voci fortemente critiche nei confronti degli

⁵¹ *Ivi*, p. 516 ss.

⁵² *Ivi*, p. 520.

⁵³ *Ivi*, p. 527 ss. Per i fautori del paradigma del contratto asimmetrico, in particolare, la giustizia contrattuale coinciderebbe con la determinazione per via legale, dato il fisiologico verificarsi di ipotesi, di "fallimento del mercato", delle condizioni di pari opportunità negoziali tipiche del modello di mercato perfettamente concorrenziale, mai pienamente realizzabile nella realtà. Cfr. V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, cit., p. 683.

⁵⁴ Cfr. E. NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, p. 516, ove si chiarisce che il controllo delle clausole abusive alla stregua della buona fede nell'ambito del contratto del consumatore servirebbe al contempo a cancellare vantaggi competitivi acquisiti in modo scorretto dalla parte predisponente il regolamento contrattuale ed a tutelare in chiave solidaristica il contraente debole.

⁵⁵ *Ivi*, p. 519.



orientamenti dottrinari impegnati nella raccolta di dati utili ad evidenziare una rinnovata attenzione del sistema giuridico verso la tutela della persona umana, anche e soprattutto in relazione a manifestazioni individuali di iniziativa e autodeterminazione economica in posizione di “debolezza”, siano esse riconducibili alla persona del consumatore o invece a quella dell’imprenditore⁵⁶. Numerosi e autorevoli sono altresì i contributi rivolti a proporre una ricostruzione dell’attuale evoluzione del diritto dei contratti attenta, per un verso, a segnalare l’ineluttabilità del processo di frammentazione settoriale che ormai da tempo interessa la disciplina delle manifestazioni di autonomia negoziale dei privati⁵⁷; e incline, per altro verso, a contrastare l’idea che il sistema giuridico debba e stia effettivamente dotandosi di strumenti idonei a realizzare i valori di parità e di equità nei confronti di chi sia parte di rapporti contrattuali asimmetrici nell’ambito delle relazioni di mercato⁵⁸.

Tra costoro, vi è innanzitutto chi, contestando una diffusa propensione dottrinarina a rappresentare il contratto come uno strumento di composizione cooperativa di contrapposti interessi individuali, sottolinea come in verità, la cifra più frequente delle relazioni di mercato sia da rinvenire nello spiccato antagonismo che caratterizza le interazioni tra operatori economici⁵⁹. Costoro, in qualità di contraenti, piuttosto che confidare nella possibilità di affrontare e risolvere eventuali contrasti o sopravvenienze in ordine all’esecuzione dell’operazione economica dedotta in contratto ricorrendo ad interventi interpretativi e/o integrativi del giudice ispirati dal canone della buona fede, vedrebbero l’eventualità di incertezze esecutive come un rischio da prevenire, onde evitare il ridestarsi dell’originario antagonismo, solo sopito ma non cancellato mediante il perfezionamento dell’accordo. Ne sarebbe una prova l’opposta tendenza rilevata nella prassi dei rapporti commerciali a definire in modo quanto più possibile dettagliato e puntuale i termini negoziali dello scambio programmato⁶⁰, oltre che ad avversare, mediante apposite clausole compromissorie, interventi giudiziali forieri di decisioni non necessariamente coerenti allo specifico assetto di vantaggi, svantaggi e rischi concordato⁶¹. In questo contesto, il diritto contrattuale di

⁵⁶ Fr. E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. e impr.*, n. 1/2009, p. 120 ss.

⁵⁷ Cfr. C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull’asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, cit., p. 581 ss., ove si precisa che siffatta differenziazione disciplinare “in ragione della specificità dei mercati e della posizione dei relativi attori” vada ricondotta alla logica “dell’incattivazione della concorrenza e della competitività delle imprese sul terreno dell’innovazione”.

⁵⁸ *Ivi*, p. 82. Nello stesso senso, cfr. M. BARCELLONA, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, n. 3/2005, p. 642 ss.

⁵⁹ L’opinione dottrinarina di cui si riferisce è ribadita in più sedi. Cfr. P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2003, p. 409 ss.; A. D’ANGELO, P.G. MONATERI, A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale*, Giappichelli, 2005, p. 57 ss.; ID., *I contratti d’impresa e il diritto comunitario*, cit., p. 489 ss.

⁶⁰ Cfr. P.G. MONATERI, *I contratti d’impresa e il diritto comunitario*, cit., p. 500 ss. e prima, ID., *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2003, p. 412 ss.

⁶¹ Del resto, nel tratteggiare magistralmente le trasformazioni istituzionali tipiche dell’era post-industriale, vi è chi già da tempo segnalava il fenomeno di progressivo esautoramento delle giurisdizioni nazionale ad opera di organismi



matrice europea e in particolare le norme sui contratti del consumatore, più che accogliere il modello del contratto cooperativo da governare alla stregua di una buona fede dai contenuti ritenuti troppo generici e come tali esposti alle più varie interpretazioni giurisprudenziali⁶², introdurrebbero una variante “coordinata e parallela” del modello generale di contratto, fondato sulla libera espressione dell’autonomia negoziale come essenziale presupposto del dispiegarsi della concorrenza nel mercato⁶³. La peculiarità di tale variante risiederebbe nel consistente supporto legale apprestato al raggiungimento, attraverso la conclusione di un contratto tra impresa e consumatore, di una “tregua provvisoria fra le parti”, in un contesto che altrimenti si presenterebbe come “un gioco conflittuale fra i loro interessi”⁶⁴. Ma, al di là del diverso peso dell’intervento regolatorio predisposto dall’ordinamento giuridico, rispettivamente nel modello generale di contratto ed in quello rappresentato dal contratto del consumatore, in quest’ultimo caso dovrebbe comunque escludersi la specialità della relativa disciplina, atteso che l’obiettivo perseguito dal legislatore anche qui rimarrebbe pur sempre il conseguimento dell’efficienza economica delle transazioni⁶⁵.

L’opinione che le più recenti innovazioni normative in materia contrattuale siano tutte riconducibili ad una medesima matrice, rappresentata dal paradigma della regolazione del mercato quale chiave di lettura della nuova qualità dell’intervento legislativo nella disciplina delle relazioni economiche, non è, come si è detto, isolata⁶⁶. Si osserva in particolare che, mentre nell’e-

giurisdizionali extrastatali, le camere arbitrali internazionali, cui la *business community* sempre più spesso affida la soluzione delle controversie relative ai rapporti commerciali tra i suoi attori, confidando nella coerenza delle loro decisioni agli usi del commercio internazionale, a loro volta consolidatisi attraverso la costante applicazione dei modelli contrattuali uniformi puntualmente elaborati dagli uffici legali delle grandi società multinazionali. Cfr. F. GALGANO, *Le istituzioni della società post-industriale*, in F. GALGANO, S. CASSESE, G. TREMONTI, T. TREU, *Nazioni senza ricchezza ricchezze senza nazione*, Il Mulino, 1993, pp. 26-27.

⁶² Sul punto diffusamente cfr. P.G. MONATERI, *Buona fede contrattuale e gestione del conflitto sociale*, in A. D’ANGELO, P. G. MONATERI, A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale*, cit., p. 75 ss.

⁶³ Cfr. P.G. MONATERI, *i contratti d’impresa e il diritto comunitario*, cit., p. 505.

⁶⁴ Il consenso dato all’accordo contrattuale, nella visione antagonista del contratto che tale dottrina sostiene esprima il modello attualmente dominante nei rapporti negoziali tra privati, sarebbe “sempre il frutto di un *bargain* fra parti antagoniste, quale tregua provvisoria su punti specificati dei loro rapporti conflittuali”. Cfr. P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, p. 500.

⁶⁵ Cfr. P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, p. 504.

⁶⁶ Definisce la nozione di “regolazione” come “l’insieme delle tecniche di controllo pubblico delle attività economiche private che, agendo dall’interno delle relazioni di mercato, intendono porre rimedio a disfunzioni, fallimenti e asimmetrie del mercato concorrenziale, utilizzando strumenti procedimentali, con l’obiettivo di implementare, conservare o istituire logiche comportamentali conformi ai principi della concorrenza”, C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul Codice del Consumo*, in *www.juscivile.it*, n. 6/2013, p. 308. Sul tema si veda anche A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, Il Mulino, 2000, in particolare, p. 23 ss.; S. VALENTINI, *Diritto e istituzioni della regolazione*, Giuffrè, 2005, ove tra l’altro si chiarisce che “la regolazione è in rapporto di complementarità necessaria con la concorrenza, poiché l’introduzione del principio di concorrenza non soddisfa la condizione di piena ed incondizionata liberalizzazione: infatti la regolazione ne rappresenta con la sua funzione precettiva limitatrice proprio il modo di conformazione”. Cfr. p. 65 ss.; M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, 2010, p. 9 ss.



poca del *Welfare State* i meccanismi di correzione delle dinamiche di mercato introdotti dai provvedimenti legislativi in materia di rapporti economici tra privati rispondevano a logiche operative alternative alla logica mercantile⁶⁷, la ridefinizione del diritto contrattuale domestico sollecitata prima dalla Comunità e poi dall'Unione Europea sia stata invece ispirata dall'ideale del mercato quale unico sistema idoneo a garantire la razionale distribuzione delle risorse, di tal che il compito assegnato alle norme destinate a disciplinare al suo interno gli scambi tra privati avrebbe dovuto essere esclusivamente quello di rimuovere ogni ostacolo allo svolgersi delle interazioni economiche in un regime di libera concorrenza⁶⁸. Se dunque l'attuale evoluzione del diritto dei contratti andrebbe ricondotta all'affermarsi di un nuovo rapporto tra Stato e Mercato, in virtù del quale il primo avrebbe definitivamente ceduto al secondo il primato nella composizione dei conflitti sociali e nella ricerca del benessere collettivo⁶⁹, l'articolazione settoriale da cui il sistema normativo sarebbe incessantemente investito non sarebbe tanto finalizzata al contenimento dell'autonomia privata in funzione solidaristica, ma andrebbe al contrario interpretata come espressione della piena operatività ormai raggiunta dal paradigma della regolazione⁷⁰. In questo contesto ciascuno dei diversi sottosistemi normativi che si andrebbero accostando al diritto generale dei contratti sarebbe finalizzato alla predisposizione di strumenti di neutralizzazione della specifica ipotesi di "fallimento" dei meccanismi di composizione mercantile degli interessi privati, tipicamente riconducibile alla posizione di mercato dei soggetti protagonisti dell'incontro negoziale o, in alcuni casi, allo specifico contenuto dell'operazione economica condotta in contratto.

Sicché, in relazione ai contratti conclusi tra un professionista/impresa e un consumatore il fallimento cui ovviare riguarderebbe la fase della formazione del regolamento contrattuale, sarebbe riconducibile alla fisiologica asimmetria informativa che contraddistingue le parti contraenti e condurrebbe alla definizione di strumenti giuridici essenzialmente rivolti a consentire alla parte debole dal punto di vista informativo di effettuare un controllo *ex ante*, mediante le informazioni che la controparte può essere obbligata a fornire, e soprattutto *ex post* dei contenuti normativi del regolamento contrattuale, per procedere all'eventuale eliminazione delle clausole ingiustificatamente gravose nei suoi confronti, azionando il meccanismo della nullità di prote-

⁶⁷ Cfr. M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 36.

⁶⁸ *Ivi*, p. 38. Ma si veda anche S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 143 ss.

⁶⁹ Cfr. M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 37.

⁷⁰ Cfr. C. CAMARDI, *op. ult. cit.*, p. 582; ID., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit., pp. 845-846. In particolare, raffigura efficacemente le norme a tutela del consumatore di matrice comunitaria come "il cavallo di troia di una logica normativa – quella della concorrenza "come istituzione da costruire e poi da preservare (n.d.r.) – di impianto schiettamente costruttivistico ... che finisce per sovrapporsi, con esiti di radicale destrutturazione, ad uno spazio – quello dell'autonomia contrattuale (n.d.r.) – che, viceversa, era rimasto sin lì, nella sostanza, consegnato alla dimensione della spontaneità" L. NIVARRA, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 2/2012, p. 232.



zione, o anche, nel caso della previsione di un recesso di pentimento, per rivalutare in piena libertà l'opportunità di rimanere vincolato all'accordo complessivamente considerato⁷¹. Alcuni di questi strumenti di intervento giuridico opererebbero anche con riguardo ad operazioni economiche che, al di là della posizione economica delle parti contraenti, sarebbero strutturalmente caratterizzate dal dato dell'asimmetria informativa, come è il caso dei contratti bancari o assicurativi⁷². Assolverebbero invece funzioni differenti, operando in ragione del diverso tipo di fallimento del mercato che sarebbero chiamate a contrastare, le disposizioni che il legislatore ha dettato in relazione ad alcuni aspetti delle relazioni contrattuali tra imprese⁷³. Qui, infatti, l'asimmetria che interesserebbe le parti contraenti e che sarebbe all'origine della produzione di effetti distorsivi rispetto al modello di funzionamento delle relazioni negoziali nell'ambito di un mercato dinamicamente concorrenziale sarebbe di natura prettamente economica e deriverebbe dalla posizione di sostanziale dipendenza in cui si troverebbe un contraente nei confronti dell'altro. Ebbene, se l'asimmetria di potere economico rimarrebbe un dato da considerare ineliminabile e persino utile a favorire l'efficienza e il dinamismo delle relazioni di mercato⁷⁴, essa deve divenire oggetto di un intervento correttivo ogni volta che l'altro contraente abusi delle condizioni di dipendenza in cui la controparte si trovi nei suoi confronti per aver scelto di realizzare, proprio in funzione della relazione commerciale intrapresa, investimenti non convertibili⁷⁵.

⁷¹ Cfr. A. JANNARELLI, cit., p. 71 ss.; C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese ...*, cit., p. 556 ss.; A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 376. Quanto al metodo seguito nella legislazione di derivazione europea relativa ai contratti del consumatore, ritiene prevalente un tipo di intervento normativo "orizzontale", ma riconosce anche, seppure con minor frequenza, la ricorrenza di interventi "verticali" ovvero su singoli tipi contrattuali, S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 144 ss.

⁷² Cfr. A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 382. Una differenziazione di trattamento per così dire trasversale tra diverse categorie di clienti, fondata in particolare sulla presunzione di un differente grado di asimmetria tra le parti contraenti rispetto alla capacità di reperimento ed elaborazione delle informazioni utili a compiere una scelta negoziale consapevole si registra anche nella disciplina, ancora una volta di matrice europea, dei contratti di intermediazione finanziaria disposta dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico dell'intermediazione finanziaria) e dal Regolamento Consob 29 ottobre 2007, n. 16190. Cfr. G. CAPO, *op. cit.*, p. 6. A quanti d'altra parte fanno leva sul crescente numero di provvedimenti che, nell'ambito di operazioni di scambio ritenute strutturalmente connotate da uno squilibrio di potere contrattuale, dispongono norme a tutela del cliente piuttosto che del consumatore, per avvalorare la tesi del progressivo affermarsi del paradigma del contratto asimmetrico, cfr. V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, n. 2/2009, p.271 ss., altra autorevole dottrina risponde manifestando il sospetto di un'indebita traslazione di senso: "una traslazione che sposta sul versante soggettivo il criterio di specialità di discipline il cui perno con ogni probabilità sembra saldamente ancorato al piano oggettivo delle caratteristiche e delle specificità proprie delle attività economiche o degli atti negoziali di volta in volta regolati". Cfr. S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 247. Per una lettura critica della *ratio* che presiederebbe all'articolazione in chiave marcatamente soggettiva di tale disciplina, vedi anche, F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti d'impresa*, cit., p. 92 ss.

⁷³ Cfr. C. CAMARDI, *op. ult. cit.*, p. 573 ss.; ID., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale ...*, cit., p. 846 ss. S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 417 ss.

⁷⁴ Definisce la disparità di forza negoziale "il sale, il motore immobile dell'attività contrattuale", R. PARDOLESI, *Conclusioni*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 347.

⁷⁵ Cfr. R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 73; S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 240.



Da tale abuso, infatti, scaturirebbero indebiti vantaggi concorrenziali, a scapito delle potenzialità competitive dell'impresa in posizione di dipendenza.

Sarebbe dunque l'approffittamento della specifica condizione di dipendenza economica in cui si trovi un'impresa nello svolgimento della sua attività negoziale⁷⁶, e non la posizione di semplice svantaggio concorrenziale che essa assuma a causa di sue inefficienze gestionali, a creare i presupposti per sancire, secondo quanto disposto dall'art. 9, l. n. 192/1998, l'invalidità del patto che ne consegua o per imporre il risarcimento del danno, nel caso di comportamenti ugualmente abusivi tenuti nel corso della relazione negoziale. Così come sarebbe sempre l'esigenza di impedire altre ipotesi particolari di sopraffazione da parte di imprese in posizione di dominanza nell'ambito della relazione commerciale oggetto di attenzione normativa⁷⁷, a giustificare la previsione legale di un numero crescente di meccanismi correttivi o rimediali. Ne sono espressione l'obbligo di rispettare la forma scritta e di inserire nel regolamento contrattuale una serie di informazioni utili a rendere trasparente la posizione economica della controparte e i termini di esecuzione dell'operazione economica dedotta in contratto (l. n. 192/1998, l. n. 129/2004, l. n. 27/2012); l'invalidità di clausole che riportino contenuti ingiustificatamente gravosi, legalmente tipizzati con riguardo a diversi profili della relazione negoziale, tra i quali la disciplina del recesso, i termini di pagamento o la misura dell'interesse di mora (l. n. 192/1998, d.lgs. n. 231/2002)⁷⁸; infine il conferimento sempre più frequente all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di uno specifico potere di monitoraggio e sanzione nei confronti delle relazioni commerciali tra imprese, indipendentemente dalla rilevazione di una posizione di dominanza sul mercato chiaramente ostativa della libera concorrenza⁷⁹.

All'approccio interpretativo di cui si è appena riferito va riconosciuto l'indubbio merito di aver proposto una lettura dell'evoluzione del diritto dei contratti capace di individuare nel nuovo modello di correzione legale dei fallimenti del mercato, rappresentato dal paradigma della

⁷⁶ Cfr. R. PARDOLESI, *op. ult. cit.*, p. 348.

⁷⁷ Cfr. R. PARDOLESI, *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, in *Danno e responsabilità*, n. 12/2012, pp. 1174-1175.

⁷⁸ Ma in proposito si segnala che il testo della CESL (Common European Sale Law) prevede l'azionabilità di un più ampio controllo di vessatorietà delle clausole contrattuali anche in relazione ai contratti tra imprenditori, nel caso in cui una delle due parti presenti i requisiti necessari per essere riconosciuta appartenente alla categoria delle PMI. Sul punto cfr. M. MAUGERI, *Il controllo delle clausole abusive nei contratti tra imprese: dal modello delineato dai § 305 ss. del BGB a quello della CESL*, in *NGCC*, 2013, p. 109 ss.; P. SIRENA, *Il contratto alieno del diritto comune europeo della vendita (CESL)*, in *NGCC*, 2013, p. 608 ss.; G. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto europeo comune della vendita: quale strategia dell'Unione Europea in materia di armonizzazione?*, in *I Contratti*, n. 7/2012, p. 611 ss.

⁷⁹ Sull'art. 9, comma 3° bis, l. 30 luglio 1998, n. 192, cfr. M. MAUGERI, *Le modifiche alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica*, in *NGCC*, 2001, p. 1062 ss.; M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. e impr.*, 2012, p. 12 ss. Con riferimento all'introduzione delle microimprese tra i destinatari ex art. 19 Cod. Cons. della disciplina delle pratiche commerciali sleali, disposta dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27 ed alla conseguente estensione delle competenze dell'Autorità Antitrust si veda *infra*, par. 7.



regolazione della concorrenza e del mercato, il perno cui ricondurre le molteplici e spesso frammentarie innovazioni normative introdotte con riferimento a diversi ambiti soggettivi e oggettivi della contrattazione. Qualche riserva suscita però proprio il metodo adottato al fine di distinguere tra loro i diversi sottosistemi normativi in cui si articolerebbe la nuova disciplina dei contratti. Da un lato infatti si ammettono parziali aperture ad ipotesi di travasi normativi mediante l'azionamento dell'analogia, limitatamente ai casi in cui le previsioni legali oggetto del detto travaso si mostrino funzionali alla soluzione di tipi di problemi analoghi a quelli posti da interazioni tra operatori economici ancora prive di attenzione da parte dell'ordinamento giuridico⁸⁰. D'altro lato, però, insistendo sulla riconducibilità della diversità di *ratio* delle varie normative di settore al diverso rilievo delle posizioni economiche rivestite dalle categorie di contraenti di volta in volta presi in considerazione dal legislatore, si rischia di rendere particolarmente incerta l'effettiva capienza di quelle stesse normative⁸¹. A maggior ragione ove si consideri che, da un lato, sempre più spesso la figura del consumatore sfuma in quella oggettivamente più indefinita del cliente, senza che però sia chiaro se ciò comporti una attenuazione della delimitazione soggettiva dell'ambito di applicabilità delle relative disposizioni o se invece segnali semplicemente la parziale sovrapposizione di indicazioni normative che per il resto debbano intendersi operanti nei confronti di distinte categorie soggettive di destinatari. E ove si consideri, d'altro lato, come il carattere tutt'altro che univoco dei criteri dettati nel tempo dal legislatore al fine di identificare la figura dell'impresa economicamente debole rispetto alla controparte contrattuale revochi in dubbio ogni tentativo di definire a priori e indipendentemente dalla mera logica casistica i connotati salienti della corrispondente categoria soggettiva⁸².

⁸⁰ Cfr. C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese ...*, cit., pp. 590-591.

⁸¹ Se infatti per un verso il riconoscimento dell'applicabilità analogica del divieto di abuso di dipendenza economica ad ipotEsi, di abuso consumate nell'ambito di rapporti contrattuali tra l'impresa e il prestatore d'opera "coordinato", obbligato secondo uno schema contrattuale irriducibile sia al contratto di lavoro subordinato sia a quello di lavoro autonomo, in questo senso cfr. C. CAMARDI, *op. ult. cit.*, p. 590, sembra segnalare una certa disponibilità ad accrescere la funzionalità normativa di disposizioni pur sempre ritenute ispirate da *rationes* "speciali" rispetto a quelle fondanti la disciplina generale del contratto, per altro verso, il persistente richiamo al condizionamento soggettivo del loro rispettivo ambito di applicabilità, in questo senso di nuovo cfr. C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit., p. 842 ss., rende più difficile riscontrare la ricorrenza dei presupposti per ulteriori ipotEsi, di espansione della loro operatività attraverso l'azionamento del meccanismo dell'interpretazione analogica.

⁸² Da tempo, come è noto, non è solo dalla norma dispositiva del divieto di abuso di dipendenza economica che si possono ricavare indicazioni sui tratti caratterizzanti la figura giuridica dell'impresa "debole", ovvero il tipo di operatore professionale verso il quale sia il legislatore europeo sia quello nazionale mostrano di riservare crescente attenzione ove esso intrattenga un rapporto contrattuale con un'altra impresa che nei suoi confronti sia o possa rivelarsi economicamente dominante. Tali indicazioni, tuttavia, non sono del tutto univoche in quanto può osservarsi come, mentre l'art. 9, l. n. 192/1998 attribuisce un ampio margine di discrezionalità all'interprete per stabilire lo stato di dipendenza economica di un'impresa rilevante ai fini dell'accertamento dell'abuso che tale norma intende sanzionare (cfr. Trib. Vercelli, 14 novembre 2014, in *Foro it.*, 2015, 10, I, c. 3344; Trib. Modena, 14 febbraio 2014, n. 132; Trib. Bassano del Grappa, 2 maggio 2013, in *Giur. comm.* 2015, 4, II, p. 774), con il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 attuativo della direttiva 2007/64/CE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno e successivamente nelle previsioni modificative degli artt. 118 e 120 *quater* del T.U.B., disposte dall'art. 8,



D'altronde, ancora più decisa nella rappresentazione del diritto dei contratti alla stregua di un sistema di norme irrimediabilmente destinato alla frantumazione in tronconi disciplinari rigorosamente distinti, tra i quali dunque non sarebbe possibile alcun tipo di contaminazione, è stata altra parte della dottrina⁸³. La tesi sostenuta è quella ormai nota secondo la quale ad un primo sistema disciplinare, ispirato dal modello di contratto consegnatoci dalla tradizione e caratterizzato da rapporti tra parti formalmente uguali nell'esercizio del proprio potere di autodeterminazione negoziale, si sarebbero accostati altri due modelli contrattuali, intorno ai quali si sarebbero sviluppati altrettanti specifici sistemi normativi. In particolare il modello del "secondo contratto", rappresentato dall'accordo tra impresa/professionista e consumatore, ispirerebbe una disciplina connotata da una nuova sensibilità normativa verso lo squilibrio di potere negoziale tra le parti, che troverebbe espressione nella predisposizione di diversi meccanismi di tutela della persona del contraente debole con particolare riferimento alla fase della formazione del regolamento contrattuale⁸⁴. Mentre il terzo modello, quello dei rapporti negoziali tra imprese, darebbe vita ad un diverso sistema normativo, ancora *in fieri*, che, seppure ugualmente caratterizzato da un'inedita attenzione giuridica verso ipotesi di sostanziale diseguaglianza di potere negoziale tra i contraenti, si distinguerebbe dal precedente per la tipologia di soggetti contraenti presi in considerazione (imprese dotate di differente forza economica), per il meccanismo di rilevazione dello squilibrio (condizionato alla verifica dell'esistenza di una effettiva condizione di soggezione, quale presupposto dell'abuso dell'autonomia negoziale da parte del contraente forte) e per la diretta connessione tra l'azionamento delle norme destinate a correggere il singolo regolamento contrattuale o precisi effetti della sua esecuzione e le ricadute "regolatorie" sulla competitività e l'efficienza delle dinamiche di mercato⁸⁵.

8° comma, lett. c, n. 3, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, conv. in l. 12 luglio 2011, n. 106, il legislatore ha mostrato di voler applicare le stesse norme protettive dettate per il consumatore al contraente "microimpresa", definendo tale soggetto mediante il rinvio ai precisi requisiti previsti dalla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003. Lo stesso ha fatto attraverso l'art. 7, 1° comma, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27, estendendo così la disciplina delle pratiche commerciali sleali alla stessa categoria della "microimpresa", come identificata secondo i parametri quantitativi dalla già citata raccomandazione della Commissione UE. Le indicazioni normative ricavabili dall'art. 62 dello stesso provvedimento (sul quale si tornerà più diffusamente *infra*, par. 6) non sembrano, viceversa, altrettanto certe e lo stesso può dirsi di quelle ricavabili dalla l. 11 novembre 2011, n. 180, "Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese", in quanto se da un lato in questa sede il legislatore mostra in più punti di voler riservare particolare attenzione normativa alla promozione della "micro, piccola e media impresa", ancora una volta come definita in sede europea, dall'altro l'art. 10, comma 2 dello stesso provvedimento, nel modificare il comma 3-*bis* dell'art. 9, l. n. 192/1998 (vi si tornerà *infra*, par. 6), sembra consentire l'applicabilità di tale modifica ad una platea di operatori di natura imprenditoriale più ampia di quella coincidente con la categoria della "microimpresa".

⁸³ Cfr. R. PARDOLESI, *Conclusioni*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 346. Va nondimeno segnalato come alcuni dei sostenitori di tale orientamento ricostruttivo ammettano possibili interferenze tra la disciplina dei contratti del consumatore e la disciplina dei contratti tra imprese, ove una delle parti sia riconosciuta come contraente debole. Cfr. G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 22 ss.

⁸⁴ Cfr. G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 42 ss.

⁸⁵ Cfr. A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti d'impresa e disciplina della con-*



La sbandierata distanza dal paradigma del contratto asimmetrico e la proposta di un nuovo ordine sistematico del diritto dei contratti fondato sulla rigorosa distinzione di categorie contrattuali in base alla posizione economica dei soggetti contraenti, sconta la diffusa sensazione di un rilievo eminentemente descrittivo delle profonde trasformazioni in atto nei meccanismi giuridici di governo delle diverse espressioni dell'autonomia privata⁸⁶. Ma anche ove si voglia prestare maggiore attenzione alla ricostruzione delle ragioni funzionali sulle quali si baserebbe l'indubbia differenziazione che investe la disciplina del contratto, emergono non poche ambiguità, soprattutto in relazione al valore attribuito al sistema "mercato", le cui dinamiche interne sono rappresentate ora quali fonti di insidie al valore della persona umana, ora quali naturali strumenti di composizione dei conflitti attributivi tra privati, ora infine quali cause di strapotere economico e abusi anticoncorrenziali. Sintomatica in questa prospettiva è la circostanza che le norme disposte in relazione ai contratti del consumatore rispondano, almeno secondo taluni dei fautori dell'approccio considerato⁸⁷, agli stessi valori di giustizia ed equità richiamati dal paradigma del contratto asimmetrico, con la semplice differenza che nell'ottica "differenziale" del terzo contratto si escluderebbe l'estensione del loro rilievo normativo alla dimensione generale dei contratti connotati dallo squilibrio di potere negoziale tra le parti. Non si spiegherebbe però perché l'esigenza di tutelare in nome della buona fede la persona umana dalle asperità che potrebbero caratterizzare la predisposizione unilaterale del regolamento negoziale ad opera dell'imprenditore, dopo aver raggiunto la sua massima espansione nella dimensione disciplinare del "secondo contratto", grazie anche alla previsione della semplice presunzione della debolezza negoziale del consumatore, andrebbe del tutto ignorata nella dimensione disciplinare del "terzo contratto"⁸⁸. In codesta dimensione disciplinare, infatti, una recuperata fiducia nell'efficienza del mercato nella sua versione dinamica e concorrenziale imporrebbe che la debolezza negoziale di un'impresa assuma rilievo giuridico solo se oggetto di un abuso ad opera dell'impresa controparte nella conduzione della relazione negoziale; e per di più, l'accertamento della ricorrenza di tale condizione di soggezione risulterebbe alquanto disagiata, dovendosi fare riferimento a criteri tutt'altro che certi, sia per quanto at-

correnza, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, p. 373 ss.

⁸⁶ Si esprime in tal senso E. MINERVINI, *il «terzo contratto»*, in *I Contratti*, n. 9/2009, p. 499. Sembra condividere tale valutazione, S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 169. Ritiene l'approccio del terzo contratto "carente rispetto all'obiettivo di un adeguato coordinamento sistematico fra il contratto asimmetrico tra imprenditori e altri contratti asimmetrici", E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 322.

⁸⁷ Cfr. A. ZOPPINI, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 237; G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 71.

⁸⁸ Analoga perplessità manifesta in proposito F. CAFAGGI, *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 305.



tiene al requisito soggettivo dell'essere "impresa"⁸⁹, sia per quanto attiene al requisito oggettivo dell'essere "debole"⁹⁰.

5. – Se il processo di riunificazione nel Codice Civile del 1942 del vecchio Codice Civile e del Codice di Commercio è stato segnato, secondo una diffusa lettura⁹¹, dallo spostamento dell'attenzione normativa dal soggetto agente all'attività esercitata in seno al mercato⁹², sia che questa coincidesse con l'esercizio individuale dell'autonomia contrattuale⁹³, sia che invece assumesse i tratti della più complessa attività d'impresa⁹⁴, l'attuale tendenza evolutiva del diritto dei contratti sembra abbandonare tale prospettiva, per muovere verso un'articolazione disciplinare connotata dalla riacquistata importanza dei connotati soggettivi dei contraenti⁹⁵. Non a caso, dalla ricognizione finora condotta delle diverse letture che la dottrina ha elaborato in merito a tale tendenza evolutiva, sembra emergere in modo abbastanza evidente una comune propensione ad individuare nella differenziazione soggettiva delle coppie di contraenti che di volta in volta animano gli scambi di mercato la chiave di lettura principale, se non unica, del processo di frammentazione normativa in atto. E ciò sembra potersi dire sia che gli interpreti tendano a preservare il primato normativo del diritto del contratto in generale disposto dal Codice Civile⁹⁶, o

⁸⁹ Nell'ambito di una più ampia riflessione critica sull'impronta marcatamente soggettivista degli approcci contemporanei all'analisi del diritto dei contratti, si è d'altronde acutamente osservato che "la presenza dell'impresa non è segnale univoco della possibile incidenza di sperequati rapporti di potere, né di potenziale rilevanza sociale del contratto, e non fornisce un parametro affidabile su cui costruire principi giuridici in grado di selezionare il livello di intervento eteronomo". Cfr. F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti d'impresa*, cit., p. 82, nota 33.

⁹⁰ Cfr. E. RUSSO, *op. cit.*, p. 139 ss.

⁹¹ Cfr. F. DENOZZA, *op. ult. cit.*, p. 73, il quale rinvia a G. AULETTA, *l'impresa dal codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942*, in *Scritti giuridici*, VIII, Giuffrè, 2001, p. 205 ss.

⁹² Cfr. B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Riv. soc.*, n. 1/2008, p. 1 ss.

⁹³ Emblematica a questo riguardo è la distinzione, teorizzata da autorevole dottrina in relazione ai caratteri dell'autonomia privata, tra la volontà quale "mera entità psichica individuale" e la volontà quale "precetto" ovvero "entità socialmente apprezzabile, distaccata da chi lo pone", espressa nella forma della dichiarazione o del comportamento. Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 163. Non a caso la medesima dottrina, in aspra polemica con una rappresentazione "soggettivistica" della causa, afferma che "il diritto approva e protegge l'autonomia privata non in quanto segue il capriccio momentaneo, ma in quanto persegue un oggettivo e tipico interesse al mutamento dello stato di fatto e si dirige a funzioni sociali degne di tutela". *Ivi*, p. 181.

⁹⁴ Cfr. V. BUONOCORE, (voce) *Impresa*, cit., p. 767 ss.

⁹⁵ La valorizzazione del profilo soggettivo dell'agente/contraente, piuttosto che della dimensione oggettiva in cui egli opera, fa sì che diventi decisiva "l'analisi della situazione contingente in cui l'agente, visto come soggetto che sta esercitando le sue facoltà di decisore razionale, viene a trovarsi al momento della conclusione del contratto". Cfr. F. DENOZZA, *op. ult. cit.*, p. 75. Sul punto vedi anche E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Obbligazioni e contratti*, n. 1/2008, p. 8 ss.

⁹⁶ Cfr. G. OPPO, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, cit., p. 43 ss.; P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, cit., p. 787 ss.



ad esaltare la rinnovata capacità di regolazione da riconoscersi ad alcuni dei suoi dispositivi giuridici⁹⁷; sia che invece si soffermino maggiormente sulla ricognizione dei nuovi equilibri normativi prodotti all'interno dell'ordinamento dalla tumultuosa evoluzione che ha interessato e ancora interessa la disciplina dei contratti, evidenziando in particolare la rinnovata funzione ordinante attribuibile alla categoria concettuale dei contratti "unilateralmente" e "bilateralmente" d'impresa⁹⁸.

L'attenzione normativa rilevata nei confronti delle diverse tipologie di soggetti economici attivi nelle dinamiche contrattuali che animano il mercato, tuttavia, mostra qualità e modalità espressive affatto differenti rispetto a quelle ricorrenti in passato per riconoscere il valore e la centralità della persona umana nelle interazioni tra privati oggetto di regolazione da parte dell'ordinamento.

Il rilievo di tale differenza sembra valere, in particolare, sia con riguardo alla più risalente tradizione giuridica che nelle figura del diritto soggettivo, della libertà negoziale e della libertà di iniziativa economica celebrava le infinite potenzialità di affermazione individuale e sociale della persona umana, fuori e dentro il mercato⁹⁹, sia con riguardo all'indirizzo legislativo che, in un passato più recente, attraverso la predisposizione di norme idonee a proteggere, in via extramercantile, svariate categorie di soggetti, in quanto colpite da macroscopiche forme di disegualianza ed esclusione sociale, ha ispirato il dibattito dottrinario in ordine ai limiti ed alle contraddizioni ascrivibili proprio al modello di tutela della persona umana affermatosi nella Modernità sulla scorta dei principi fondamentali di libertà ed eguaglianza individuale¹⁰⁰.

L'attuale considerazione della specifica posizione economica ricoperta dal contraente in vista della disciplina della vicenda negoziale che lo coinvolge, infatti, conferma ora, come nel passato più risalente, un'incondizionata fiducia nelle illimitate opportunità di affermazione individuale che il (corretto) funzionamento delle dinamiche di mercato riserva a chiunque scelga di prendervi parte. Diversamente dal passato, però, l'attenzione dedicata alla razionalità soggettiva di chi promuove scambi e forme di cooperazione economica si innesta, per un verso, sulla constatazione dell'estrema complessità ormai raggiunta dal sistema delle relazioni di mercato e discende, per altro verso, dal riconoscimento della loro strutturale fallibilità¹⁰¹. Sicché, al fine di garantire l'incessante dispiegarsi degli effetti virtuosi del mercato, si ritiene che compito del legislatore sia innanzitutto quello di agevolare il funzionamento delle dinamiche concorrenziali

⁹⁷ Cfr. E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo*, cit., p. 507 ss.; A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 389.

⁹⁸ Riflette in modo critico su tale distinzione G. ALPA, *op. cit.*, p. 1059. Si veda anche F. DI MARZIO, (voce) *Contratti d'impresa*, cit., p. 336 ss.

⁹⁹ Cfr. R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus* 1960, p. 149 ss.; P. BARCELLONA, *Il problema del rapporto tra soggetto e ordinamento*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Vol. I, T. 1, Giuffrè, 1978, p. 47 ss.; P.G. MONATERI, (voce) *Diritto soggettivo*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., VI, Utet, 1999, p. 411 ss.

¹⁰⁰ Cfr. P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Jovene, 1996, p. 208 ss.

¹⁰¹ Cfr. F. DENOZZA, *op. cit.*, p. 80 ss.



che lo muovono, intervenendo per neutralizzare, in base alla posizione economica che contraddistingue i contraenti nel settore dell'intervento e rispetto a frammenti di vicende negoziali, i fattori che direttamente o indirettamente impediscono lo sviluppo di una competizione corretta e trasparente.

Il conseguente moltiplicarsi di discipline contrattuali, distinte in base al profilo soggettivo di volta in volta presentato dalle parti contraenti, non risulta, d'altronde, assimilabile neanche al fenomeno di consistente differenziazione normativa dal quale, in un passato più di recente, è stato investito il diritto contrattuale interno, per effetto dell'accostamento, alle tradizionali categorie ordinanti del diritto formale, di nuove categorie ordinanti di matrice sostantiva¹⁰², espressamente rivolte a consolidare la cittadinanza sociale di quanti, appartenendo alle fasce più deboli della popolazione, non erano nelle condizioni di soddisfare sul mercato i propri bisogni essenziali. Tale strategia di diversificazione specialistica delle regole relative alle interazioni economiche tra privati, infatti, rappresentava la traduzione normativa delle politiche di inclusione sociale e correzione per via extramercantile delle disfunzioni del sistema economico capitalista, tipiche del compromesso tra Stato e Mercato posto alla base del *Welfare State*¹⁰³. Anche in quel caso l'evoluzione del diritto dei contratti assunse i tratti dell'articolazione disciplinare in base alla differente connotazione soggettiva delle parti contraenti. Ma, al contrario di allora, l'attuale fenomeno di differenziazione normativa esprime più l'esigenza di continuo adeguamento del modello di regolazione degli scambi alle innumerevoli forme in cui, a seconda dei soggetti agenti, la logica mercantile può prendere corpo, che non invece la ricerca del compromesso in termini giuridici tra la logica formale dello scambio tra eguali e la logica redistributiva della solidarietà tra diseguali. Mentre allora le disfunzioni del sistema economico erano considerate sintomatiche dei limiti strutturali di un modello di organizzazione dei rapporti sociali ed economici, tanto da richiedere interventi di correzione ispirati da logiche aliene rispetto a quella dominante il gioco dell'arena economica, oggi i c.d. fallimenti di mercato sono ritenuti fisiologici momenti di arresto il cui superamento, legalmente assistito, conduce alla rigenerazione e ad una ulteriore espansione del sistema degli scambi di mercato¹⁰⁴.

Nell'ambito del diritto dei contratti, in altri termini, il rapporto gerarchico che in passato si riconosceva tra la regola generale, o il c.d. "diritto primo" fondato sui principi di libertà ed eguaglianza individuale, e la regola speciale, o c.d. "diritto secondo" fondato sulla realizzazione almeno tendenziale dell'eguaglianza sostanziale sancita dall'art. 3, comma 2 Cost.¹⁰⁵, sembra

¹⁰² Per una puntuale rappresentazione del rapporto mobile tra diritto formale e diritto sostantivo che ha caratterizzato l'evoluzione delle categorie ordinanti del diritto civile nel secondo dopoguerra, cfr. M. BARCELLONA, *Diritto sistema e senso: lineamenti di una teoria*, Giappichelli, 1996, p. 480 ss.

¹⁰³ Cfr. P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., p. 135 ss.

¹⁰⁴ A riguardo si è precisato efficacemente che "a cambiare è il modo stesso di atteggiarsi del rapporto tra legge e autonomia privata nella misura in cui la prima, ora, (...) si spinge sino al punto da conformare i poteri dei privati si da renderli del tutto funzionali ad una strategia di piena valorizzazione delle utilità che il mercato concorrenziale è in grado di assicurare alla collettività". Cfr. L. NIVARRA, *op. cit.*, p. 219.

¹⁰⁵ Sul tema si veda A. PLAIA, *Diritto civile e diritti speciali – Il problema delle normative di settore*, Giuffrè, 2008.



progressivamente sfumare, incalzato da un rapporto di tipo paritario tra molteplici sezioni disciplinari di un disegno di regolazione unico e inesauribile, in cui l'obiettivo del miglioramento delle condizioni di vita di ciascuno sarebbe perseguibile azionando nient'altro che le leve della trasparenza e della correttezza della concorrenza economica.

Ciò, tuttavia, dietro e oltre l'attenzione riservata alla posizione economica materialmente ricoperta dai diversi soggetti contraenti, sembra denotare una priorità normativa marcatamente oggettiva: quella di preservare e potenziare il funzionamento del sistema di mercato quale modello privilegiato di soddisfazione razionale dei bisogni individuali e di ricomposizione dei conflitti tra i consociati¹⁰⁶.

Il frequente richiamo al recupero del rilievo giuridico attribuito dagli ordinamenti moderni alla persona umana, come ragione esplicativa dell'attuale frammentazione del diritto dei contratti, così come il confronto tra il modello di articolazione normativa presente e quello riconducibile alla trasposizione giuridica dei postulati dello Stato Sociale, dunque, piuttosto che contribuire a spiegare la direzione e il senso degli attuali sviluppi, potrebbero essere causa di equivoci e contraddizioni.

La persona umana e l'effettiva soddisfazione dei suoi interessi particolari, infatti, sarebbe sì oggetto di rinnovata attenzione da parte dell'ordinamento, ma solo se ed in quanto essa assuma le vesti spersonalizzanti dell'operatore di mercato ed i suoi interessi siano traducibili in termini economici¹⁰⁷. Si individua nel metodo della differenziazione disciplinare dei rapporti contrattuali a seconda dell'appartenenza dei contraenti a questa o a quella categoria di operatori economici la chiave di lettura delle sembianze tentacolari assunte dal sistema giuridico, senza tuttavia che si presti adeguata attenzione né all'estrema facilità con la quale i ruoli economici rivestiti dai singoli operatori possono mutare o sovrapporsi, né alla stranezza di un sistema di regolazione dei rapporti economici tra privati che, invece di imporre un parametro unico di trasparenza e correttezza in relazione allo svolgimento delle generalità delle interazioni intraprese dai singoli operatori di mercato, sembra richiederne la modulazione in base alla categoria soggettiva cui essi e i loro interlocutori appartengono: emblematica è a questo proposito la modulazione

¹⁰⁶ Degna di considerazione appare in proposito l'opinione di quanti scorgono alla base dell'attuale connotazione del diritto dei contratti di matrice europea il forte condizionamento delle teorie economiche neo-classiche, per le quali, al di là delle apparenze, la razionalità individuale di ciascun agente di mercato si distingue da quella di tutti gli altri per ragioni meramente contingenti, essendo tutte comunque rivolte al perseguimento dell'obiettivo comune della massimizzazione dell'utilità economica. Cfr. F. DENOZZA, *op. cit.*, p. 79. Individua nella concorrenza il perno del diritto civile contemporaneo e afferma che ciò ha portato al passaggio "da un principio d'ordine il quale postulava il funzionamento spontaneo del «sistema dei bisogni» ad un principio per il quale, viceversa, un efficiente funzionamento della società civile implica una robusta tecnologia giuridica, posto che la costruzione di un ambiente istituzionale favorevole alla concorrenza richiede aggiustamenti e interventi continui da parte del legislatore", L. NIVARRA, *op. cit.*, p. 234.

¹⁰⁷ Cfr. F. DENOZZA, *op. cit.*, p. 76 ss. Diversamente, almeno con specifico riferimento alla figura del consumatore, si è sostenuto che "come quadro di riferimento della protezione giuridica del consumatore sta il rispetto dei diritti fondamentali, inviolabili della persona umana e la stessa dignità esistenziale di essa". Cfr. E. RUSSO, *op. cit.*, p. 125.



degli obblighi di informazione e della conseguente ripartizione dei rischi connessi all'operazione economica che si va a realizzare disposta dalla disciplina dei contratti di intermediazione finanziaria in relazione alla tipologia di cliente con il quale l'intermediario si trova ad interloquire¹⁰⁸.

Si evoca spesso l'idea che la trasformazione del diritto dei contratti risponda alla necessità di restituire "giustizia" allo scambio tra soggetti condizionati da una diseguale distribuzione di potere contrattuale, ma, essendo la denunciata asimmetria o frutto di una presunzione generale (nel caso riguardi la figura astratta del consumatore) o invece espressione della ricorrenza di una serie di dati astrattamente considerati (nel caso l'asimmetria colpisca la figura della "microimpresa"), e solo in alcuni casi oggetto di accertamento caso per caso (ove in particolare ricorra un'ipotesi di abuso di dipendenza economica), non è del tutto chiaro quale sia la soglia a partire dalla quale si possa accedere ad uno scambio "giusto" e soprattutto quale siano i parametri di definizione della "giustizia" contrattuale¹⁰⁹.

Per non dire, infine, del rischio di assecondare una crescita ipertrofica e caotica del diritto dei contratti, di cui le attuali e più diffuse letture degli indirizzi intrapresi dalla produzione legislativa contemporanea in materia non mostrano di curarsi particolarmente; un rischio tanto insostenibile in termini di certezza del diritto¹¹⁰, quanto lo è stata, sebbene in quel caso più chiaramente in termini prima di tutto finanziari, l'incontrollata moltiplicazione dei "diritti speciali" che ha caratterizzato l'epoca di massimo sviluppo dello Stato Sociale. Che la trasformazione del sistema di regolazione delle diverse espressioni dell'autonomia contrattuale sia ricondotta alla necessità di neutralizzare gli ostacoli, provocati dal fisiologico svolgersi delle dinamiche di mercato, al libero dispiegarsi della concorrenza; o che, invece, le sue ragioni siano identificate nell'incessante ricerca del riequilibrio o della giustizia dello scambio contrattuale, l'esito ugualmente paradossale appare sempre quello di consegnare la definizione del senso normativo insito in ogni aggiornamento incrementale del diritto dei contratti all'inesauribile e imprevedibile esi-

¹⁰⁸ Cfr. V. SANGIOVANNI, *Informazione, adeguatezza e rimedi nelle operazioni di investimento*, in *Obbligazioni e contratti*, n. 11/2012, p. 759 ss.; S. GUADAGNO, *Violazione degli obblighi di condotta da parte dell'intermediario finanziario: lo stato dell'arte dopo le Sezioni unite*, in *NGCC*, 2010, p. 293 ss.

¹⁰⁹ Alla questione è dedicata una recente analisi nella quale si contrappone criticamente l'idea di una "giustizia contrattuale" meramente procedurale, che si realizzerebbe cioè attraverso la predisposizione di meccanismi di compensazione dell'asimmetria di potere delle parti contraenti azionabili essenzialmente nella fase della negoziazione preliminare alla conclusione del contratto, ad un'idea di "giustizia contrattuale" che si proponga come "principio e dunque come finalità che giustifica contrazioni per via giudiziale dell'autonomia privata anche ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge al fine di ricondurre il contratto a quel modello di equilibrio, misura e armonia assunto come parametro". Cfr. F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Eur. dir. priv.*, n. 2/2015, p. 276. Secondo l'opinione riferita, il metro cui un simile intervento giudiziale sull'autonomia privata dovrebbe ispirarsi sarebbe quello "dell'applicazione della buona fede in funzione valutativa, grazie alla figura dogmatica del divieto di abuso del diritto", *ivi*, p. 291.

¹¹⁰ Esprime preoccupazione in relazione ad un simile rischio, ritenendo tuttavia maggiori le probabilità di una sua realizzazione ove gli ulteriori sviluppi del diritto dei contratti si muovessero nella direzione della differenziazione tra discipline del "primo", del "secondo" e del "terzo" contratto, V. ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 281.



genza di regolazione settoriale espressa dal sistema economico per riprodursi ed espandersi.

Non solo la recente crisi economica e i ripetuti scandali finanziari, di cui la cronaca di continuo ci informa, ma anche e più semplicemente l'incertezza strutturale del diritto che ne discenderebbe dovrebbero fornire più di un elemento per dubitare della piena razionalità di una simile lettura della strategia normativa che il legislatore starebbe perseguendo.

6. – Non sono certamente isolati i contributi che, a vario titolo e con diversi accenti, riconducono i limiti e le contraddizioni di molte delle riflessioni sull'evoluzione del sistema di norme che presiede alla disciplina del contratto ad un eccessivo appiattimento su categorie analitiche mutuata dalla teoria economica¹¹¹. Si denuncia in particolare l'acritica condivisione dell'idea neo-liberale secondo la quale il modello più efficiente di regolazione delle dinamiche di mercato sia quello che abbia come principale missione la creazione delle condizioni per il libero esplicarsi delle diverse razionalità soggettive che animano le interazioni economiche, piuttosto che il controllo e l'indirizzo del funzionamento “dei grandi aggregati” economici¹¹².

Né mancano, d'altronde, autorevoli voci che sollecitano ad uno sforzo maggiore nella ricerca di dati utili all'individuazione di un senso oggettivo e unificante delle molteplici articolazioni settoriali di cui si compone l'attuale diritto dei contratti¹¹³.

Proprio sulla scorta di simili riflessioni, in questa sede si proverà allora a fornire un ulteriore contributo analitico, muovendo innanzitutto dall'osservazione di alcuni dati disciplinari che, con la loro adozione, si ritiene abbiano reso più chiaro il senso del disegno normativo perseguito dal legislatore, sinora in modo invero molto confuso e spesso tecnicamente maldestro.

Un primo importante segnale di cambiamento o, se si vuole, di ridimensionamento della tendenza alla frammentazione settoriale della disciplina dei rapporti contrattuali in base non al tipo di operazione economica programmata¹¹⁴, bensì alla categoria soggettiva di appartenenza dei contraenti è stato autorevolmente ravvisato sia nei più recenti sviluppi del diritto europeo dei contratti¹¹⁵, sia nella formulazione di una serie di norme nazionali rivolte, oltre che al recepimento di direttive europee in materia di servizi di intermediazione finanziaria, servizi *e-commerce*, servizi di assicurazione e di pagamento, al rafforzamento degli strumenti giuridici di ga-

¹¹¹ Appare orientata in questa direzione anche la considerazione secondo la quale “La crisi del mercato ha evidenziato le deficienze di una libertà esercitata al di fuori di direttrici fissate dal legislatore e, quindi, all'insegna della rinuncia all'analisi *a priori* da parte delle regole del sistema”, sviluppata da S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 261 ss.

¹¹² Cfr. F. DENOZZA, *op. cit.*, p. 81.

¹¹³ Cfr. C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit., p. 5 ss. Ma vedi anche, P. SIRENA, *la categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, cit., p. 415 ss.; E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., pp. XXIV-XXV.

¹¹⁴ Cfr. E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, n. 2/2003, p. 93 ss.

¹¹⁵ A riguardo di notevole utilità la presentazione dei più recenti provvedimenti adottati dal legislatore europeo in materia contrattuale in V. ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 269 ss.



ranza della libera concorrenza¹¹⁶. Il tratto comune di tutti questi interventi è rappresentato dalla definizione di obblighi di informazione e più in generale regole di condotta prenegoziale e negoziale il cui ambito di applicazione non si esaurisce più nella categoria dei contratti conclusi tra impresa/professionista e consumatore in ciascun settore di mercato oggetto di attenzione normativa, ma si estende alla generalità dei contratti negoziati dagli operatori economici professionali attivi in quegli stessi settori con controparti genericamente identificate nella figura del cliente. Non è un caso se tale dato venga valorizzato con particolare enfasi soprattutto da quanti ritengono che, dopo una prima fase di apparente disarticolazione indotta dall'irruzione sulla scena del diritto dei contratti delle norme a tutela del contraente debole/consumatore, il sistema stia ricomponendosi intorno al nuovo paradigma unitario del "contratto asimmetrico", cui dovrebbe ispirarsi la disciplina di ogni relazione negoziale caratterizzata da una fisiologica disuguaglianza di potere tra gli operatori di mercato parti contraenti, indipendentemente dalla qualificazione della posizione socio-economica di costoro¹¹⁷.

Il rilevante ridimensionamento del protagonismo del consumatore a favore della più generica figura del cliente, quale prototipo di "contraente debole" in molteplici settori di mercato, tuttavia, non rappresenta l'unico dato da segnalare nel più recente sviluppo del diritto dei contratti. Non si allude tanto alla circostanza che all'oscuramento del rilievo normativo della categoria soggettiva del consumatore faccia da contraltare la proliferazione di norme a tutela di altre categorie socio-economiche di contraenti che si reputano, per ragioni diverse, altrettanto colpiti da una fisiologica debolezza di potere negoziale (è il caso dell'impresa in posizione di dipendenza economica, della "microimpresa" o dell'operatore professionale indipendente, di dimensione piccola, media o grande che sia, che attenda dalla controparte un pagamento quale corrispettivo di una transazione commerciale). Piuttosto si allude all'impressione che dietro la reiterazione compulsiva di disposizioni, che in prima battuta appaiono dirette alla rimozione settoriale di fisiologici episodi di *market failures* rispetto all'agire razionale di questa o quella tipologia particolare di operatore economico, si celi anche e soprattutto un'ostinata e sempre più marcata propensione all'affermazione normativa di uno *standard* qualitativo cui l'attività negoziale, indipendentemente dal settore di mercato in cui si realizza, deve conformarsi. Ne sono parametri definitivi la trasparenza, la correttezza e la leale cooperazione tra le parti, in vista dell'effettiva realizzazione dell'operazione economica dedotta in contratto.

Si ritiene che depongano in questo senso alcune norme di recente adozione all'interno del nostro ordinamento. Ci si riferisce in particolare alla disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari, disposta dall'art. 62 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27 e alla modifica dell'art. 9, comma 3 *bis*, della l. 18 giugno 1998, n. 192, disposta dall'art. 10, comma 2, l. 11 novembre 2011, n. 180.

¹¹⁶ Cfr. V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore, e contratti asimmetrici*, cit., p. 684 ss.

¹¹⁷ Vedi *infra*, par. 3.



Nel primo caso il legislatore ripropone un approccio normativo, già adottato rispetto al contratto di subfornitura e al contratto di *franchising*, in virtù del quale la materia oggetto di attenzione non è tanto quella della individuazione del particolare assortimento di interessi che conduce le parti alla stipula dell'accordo contrattuale, né quella della definizione della conseguente ripartizione dei rischi connessi al concreto svolgimento dell'operazione negoziale¹¹⁸. La materia oggetto di attenzione disciplinare è piuttosto quella della determinazione dei parametri cui gli operatori economici interessati devono conformare le loro condotte, sia nella stesura del regolamento contrattuale, ove esse devono ispirarsi ai “principi di trasparenza, lealtà, proporzionalità e reciproca corresponsabilità delle prestazioni, con riferimento ai beni forniti” (art. 62, comma 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27), sia, più in generale, nell'intrattenere relazioni commerciali, rispetto alle quali è vietato ogni comportamento di prevaricazione e sfruttamento opportunistico di una posizione di dominanza economica nel settore di mercato in cui si operi¹¹⁹.

La normativa in parola, come è noto, ha suscitato accese polemiche e, per quel che qui interessa, non poche note critiche circa il carattere impreciso e spesso contraddittorio della sua formulazione, che invero non brilla per chiarezza neanche dopo l'entrata in vigore del regolamento d'attuazione, disposto con d. m. 19 ottobre 2012, n. 199, né dopo le modifiche apportate al testo dell'art. 62 dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221¹²⁰. Tra i principali rilievi la difficile determinazione dell'esatto ambito di applicazione della disciplina, non solo per la genericità dell'espressione “cessione”, definita come “trasferimento della proprietà dietro pagamento di un prezzo” dal Regolamento di attuazione, eppure ugualmente non circoscrivibile alla compravendita in ragione del riferimento alla durata del contratto che, ai sensi del comma 1 dell'art. 62, deve essere espressamente specificata¹²¹; ma anche per la disinvolta sovrapposizione, nell'ambito della stessa normativa, della figura della cessione di prodotti agroalimentari ora con quella delle “relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e alimentari connotate da significativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza commerciale”, menzionate dall'art.1 del Regolamento ministeriale di attuazione e riprese anche dal successivo Regolamento AGCM sulle procedure istruttorie in materia di disciplina delle relazioni commerciali concernenti la cessione di

¹¹⁸ Cfr. S. PAGLIANTINI, *Il “pasticcio dell'art.62 L. n. 221/2012: integrazione equitativa di un contratto parzialmente nullo ovvero responsabilità contrattuale da contratto sconveniente?*, in *Personae e mercato*, n. 2/2014, p. 37.

¹¹⁹ Cfr. M. TAMPONI, *Liberalizzazioni, “terzo contratto” e tecnica legislativa*, in *Contr. e impr.*, n. 1/2013, p. 91 ss.; A.M. BENEDETTI, F. BARTOLINI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Riv. dir. civ.*, n. 3/2013, p. 641 ss.

¹²⁰ Sul punto tra gli altri, cfr. A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, in *Riv. dir. alimentare*, n. 1/2013, p. 57 ss.; L. RUSSO, *I contratti di cessione dei prodotti agricoli e alimentari (e quello di cessione del latte crudo): nuovi tipi contrattuali per il mercato agroalimentare?*, in *NLCC*, n. 2/2013, p. 212 ss.

¹²¹ Cfr. A. JANNARELLI, *op. cit.*, p. 58.



prodotti agricoli e alimentari¹²², ora con il campo ben più vasto delle “relazioni commerciali tra operatori economici, ivi compresi i contratti che hanno ad oggetto la cessione ...”, di cui al comma 2 dell’art. 62.

Diversi sono stati i tentativi di rimettere ordine, in via interpretativa, nella materia. Rimane tuttavia il fatto che, al di là dell’indubbia necessità di certezza applicativa nel caso concreto, proprio la deprecabile approssimazione del legislatore contemporaneo costringe, tanto più ove la riflessione che si conduce riguarda l’interpretazione degli indirizzi evolutivi del diritto dei contratti, a procedere ridimensionando il rilievo dei dati sul cui significato normativo è improbabile si possa mai giungere ad un grado di ragionevole certezza, valorizzando viceversa il peso di quelli del cui senso non possa altrettanto ragionevolmente dubitarsi.

Ebbene, appare ragionevole ritenere che il fenomeno economico sul quale il legislatore ha voluto concentrare la propria attenzione sia quello della concatenazione di rapporti, altrimenti detti “di filiera”, tra produttori di una determinata categoria di beni, eventuali trasformatori e rivenditori del prodotto e distributori sui mercati finali¹²³. Il settore merceologico è in particolare quello dei prodotti agricoli o alimentari, ma è evidente che il tipo di fenomeno economico preso in considerazione sia ben più diffuso e rappresenti un modello di organizzazione della circolazione dei beni, dal momento della loro produzione a quello del loro utilizzo finale, strutturalmente consolidato nei mercati contemporanei anche in altri settori merceologici. Non si tratta certo dell’unico modello praticabile e praticato di scambio e circolazione di beni, per cui un maggior rigore nella determinazione della fattispecie da disciplinare sarebbe stato più che opportuno¹²⁴. Deve osservarsi, però, che, anche a voler ricondurre l’intervento legislativo alla percezione della particolare esposizione a fenomeni di concentrazione e abuso di potere economico ostativi del pieno dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali, che quel modello di organizzazione dei rapporti economici può provocare negli scambi di prodotti agroalimentari, i contenuti di tale intervento si mostrano chiaramente orientati innanzitutto a sancire un modello di condotta nell’esercizio dell’attività negoziale, di cui invero appare difficoltoso limitare l’applicabilità solo a questo o quel settore di scambi. Si tratta infatti di un modello cui certamente devono attenersi gli operatori economici attivi nelle contrattazioni del settore agroalimentare, a maggior ragione se gli scambi che ne derivano siano frutto di una concatenazione discendente di rapporti dalla fase della produzione a quella della distribuzione finale; ma che, dati i parametri in base ai quali se ne definiscono i contenuti, sembra a pieno titolo candidarsi quale modello di condotta

¹²² Si allude al decreto 19 ottobre 2012, n. 199 del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali, recante il Regolamento di attuazione dell’art. 63 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 e alla Delibera AGCM, 6 febbraio 2013, n. 24220.

¹²³ In tal senso, cfr. R. PARDOLESI, *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, cit., p. 1176.

¹²⁴ Si sofferma criticamente sul carattere estremamente variegato dei prodotti oggetto delle cessioni prese in considerazione dalla disciplina, delle imprese interessate e delle “dinamiche dei distinti mercati in cui esse operano”, L. RUSSO, *op. cit.*, p. 213.



ugualmente valido per la generalità degli operatori economici impegnati in uno scambio in un diverso settore di mercato¹²⁵.

Nel settore merceologico di cui si occupa la normativa in parola, al rispetto di quello standard qualitativo, che tra i suoi canoni di definizione annovera anche la trasparenza e la correttezza, risponde tra l'altro la stesura in forma scritta del contratto e l'esplicita indicazione di una serie di elementi contenutistici tra i quali la durata del rapporto, la quantità e le caratteristiche del prodotto venduto, il prezzo, le modalità di consegna e di pagamento¹²⁶. Ma al rispetto di quel modello di comportamento dovrebbe ragionevolmente rispondere anche il divieto di adottare condotte comunque riconoscibili come manifestazioni di pratiche commerciali sleali, che l'art. 62, comma 2 dispone con riferimento al più ampio ambito delle relazioni commerciali tra operatori economici, formulando anche alcune esemplificazioni a riguardo (art. 62, comma 2, lett. a-d). Forse, dunque, il legislatore in questo caso non ha omesso una più netta delimitazione dell'ambito di applicazione del divieto per mera superficialità. In prima grossolana approssimazione e nonostante la difficoltà ad abbandonare un approccio eminentemente casistico ed emergenziale nella regolazione delle dinamiche di mercato, potrebbe invece aver inteso proseguire, dopo la definizione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nelle relazioni economiche tra professionisti e consumatori e la sua successiva estensione anche alle relazioni economiche tra professionisti e "microimprese"¹²⁷, nell'opera di progressiva individuazione delle coordinate entro le quali definire un diverso e più ampio modello di conduzione delle relazioni economiche tra operatori di mercato maturi¹²⁸.

Un ulteriore segnale della possibilità che il legislatore, nei propri interventi di aggiornamento e diversificazione del diritto dei contratti, si sia avviato verso il progressivo ridimensionamento del rilievo normativo finora attribuito alla posizione economica del soggetto contraente, può es-

¹²⁵ Cfr. A.M. BENEDETTI, F. BARTOLINI, *op. cit.*, p. 654 ss. Rileva che "sarebbe ben strano che regole volte a prevenire e reprimere condizioni contrattuali «ingiustificatamente gravose», contegni espressivi dell'abuso di posizione dominante ovvero dell'abuso di dipendenza economica e, più in generale condotte commerciali sleali siano suscettibili di applicazione ai soli rapporti tra imprenditori agroalimentari" M. TAMPONI, *op. cit.*, p. 93. Pur escludendo l'applicabilità dell'art. 62, 2° comma a relazioni commerciali tra imprenditori estranei al settore degli scambi di prodotti agroalimentari, ammette che la formulazione della disciplina suscita "l'impressione di una normativa irragionevole e discriminatoria, nella misura in cui si prova ad imbrigliare il potere di mercato della GDO in un solo settore", S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, p. 51.

¹²⁶ Nel distinguere "regole destinate a regolare il tipo contrattuale" della cessione di prodotti agroalimentari, e "regole destinate a regolare le (sole) relazioni commerciali asimmetriche", vi è d'altronde chi puntualizza che quelle appartenenti al primo insieme avrebbero portata generale e opererebbero dunque indipendentemente dall'esistenza di una disparità di potere negoziale tra le parti contraenti. Cfr. A.M. BENEDETTI, F. BARTOLINI, *op. cit.*, p. 643.

¹²⁷ A riguardo, cfr. G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e "microimprese"*, in NLCC 2014, p. 3 ss.; S. ORLANDO, *L'estensione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori alle pratiche commerciali tra professionisti e «microimprese»*, in G. VETTORI (a cura di), *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli – Oltre il consumatore*, T.I, Cedam, 2013, p. 181 ss.

¹²⁸ Sembra muovere nella stessa direzione l'osservazione secondo la quale "al di là dalle approssimative scelte tecniche del legislatore, interessa, piuttosto, la logica che lo muove". Cfr. R. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 1176.



sere rintracciato nei contenuti della recente modifica dell'art. 9, comma 3-*bis*, l. n. 192/1998, disposta dall'art. 10.2, legge 11 novembre 2011, n. 180, "Norme per la tutela dell'impresa. Statuto delle imprese".

Al di là della tecnica dispositiva adottata, che ancora una volta è quella della maldestra sovrapposizione di indicazioni normative non del tutto omogenee tra loro, emerge infatti in modo piuttosto chiaro la volontà di sancire in termini quanto più ampi ed efficaci possibile il divieto per chiunque operi sul mercato di condurre le proprie relazioni economiche cercando di conseguire vantaggi direttamente o indirettamente anti concorrenziali¹²⁹.

Oggetto di attenzione è in particolare la violazione "diffusa e reiterata" delle disposizioni relative alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, riportate dal d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, che, ove "posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie" integrerebbe un abuso, "a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica".

Forse la scelta di una diversa sede per la formulazione di tale nuova indicazione normativa sarebbe stata sufficiente ad evitare lo sconcerto, giustamente manifestato da qualcuno¹³⁰, per la disinvoltura con la quale, là dove si dispone il trattamento giuridico da riservare all'abuso di dipendenza economica, si sia ritenuto opportuno menzionare anche un'ipotesi di abuso che può ricorrere indipendentemente dalla situazione di dipendenza economica della controparte abusata. Non è la prima volta tuttavia che il legislatore si mostra così poco attento alla coerenza delle materie di cui dispone la disciplina nell'ambito di una medesima fonte normativa. Basti ricordare in proposito l'esperienza già fatta proprio con riferimento alla formulazione del divieto relativo all'abuso di dipendenza economica, collocato come è noto all'interno di un provvedimento per la parte restante destinato a disciplinare la diversa e più circoscritta fattispecie del contratto di subfornitura. Come in quel caso è infine divenuta largamente maggioritaria l'opinione in base alla quale l'ambito di applicazione del divieto di cui all'art. 9 della l. n. 192/1998 non debba considerarsi limitato agli abusi consumati in relazione alla conclusione o all'esecuzione dei contratti di subfornitura, malgrado la fonte normativa che lo prevede sia eminentemente dedicata alla loro disciplina¹³¹, anche in questo caso con ogni probabilità ci si dovrà arrendere ad inter-

¹²⁹ Utilizza il riferimento a tale modifica legislativa per suffragare l'ipotesi, che il legislatore stia aumentando la propria attenzione verso la disciplina dei rapporti contrattuali tra imprese strutturalmente caratterizzati da asimmetria di potere contrattuale, ovvero verso l'area normativa del c.d. "terzo contratto", R. PARDOLESI, *op. ult. cit.*, p. 1169. In questa sede, viceversa, si preferisce più sottolineare l'oggettivo condizionamento che la formulazione della disposizione, indubbiamente infelice, può sortire in via preventiva sulle condotte di tutti gli operatori economici, indipendentemente dalla loro posizione di mercato, che non evidenziare la sua destinazione ad operare presumibilmente con maggiore frequenza nell'ambito di relazioni commerciali condizionate da abusi di posizione dominante o abusi di dipendenza economica.

¹³⁰ Cfr. R. PARDOLESI, *op. ult. cit.*, p. 1175.

¹³¹ In questo senso da ultimo, cfr. Cass., Sez. Un., 25 novembre 2011, n. 24906, ove si afferma che "L'abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 1998 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura". Nella giurisprudenza di merito, cfr.



pretare il significato del divieto in parola al netto della pigrizia concettuale e della imprecisione terminologica del legislatore. Potrà allora ragionevolmente ritenersi che, muovendo dalla rappresentazione fattuale di ipotesi di abuso di dipendenza economica, si sia finito per riconoscere che, ove la scorrettezza di una parte contrattuale raggiunga livelli palesemente inaccettabili, come nel caso della violazione *diffusa e reiterata* della disciplina di cui al d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231, ricorra un'ipotesi di abuso cui siano applicabili le reazioni sanzionatorie previste a vario titolo dall'art. 9, l. n. 192/1998, senza che l'autorità giudicante di volta in volta chiamata ad esprimersi in proposito, debba attardarsi nell'accertamento preliminare dello stato particolare di dipendenza economica della parte che abbia subito l'abuso¹³².

Accanto alle norme che contrastano il fenomeno dell'approfittamento anticoncorrenziale della disponibilità dell'altrui liquidità monetaria nelle interazioni economiche tra imprenditori o tra imprenditori e pubblica amministrazione (d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231) con strumenti in prevalenza azionabili nell'ambito del singolo rapporto contrattuale, dunque, può registrarsi ora anche la previsione giuridica di una nuova ipotesi di abuso nella conduzione di relazioni economiche tra operatori economici indipendenti da perseguire e sanzionare¹³³. E si tratta di una fattispecie che, può essere utile precisarlo, se per un verso pare sovrapporsi in modo scomposto a quelle definite dal d.lgs. n. 231/2002 al fine di scoraggiare il fenomeno dei ritardi nei pagamenti dovuti nell'ambito di transazioni commerciali tra imprese o imprese e pubblica amministrazione, per altro verso comunque definisce un meccanismo aggiuntivo di accertamento e sanzione della

Trib. Torino, 12 marzo 2010, in *Foro it.*, I, 2011, c. 271 ss.; Trib. Forlì, 27 ottobre 2010, in *Foro it.*, I, c. 1578; Trib. Roma, 5 febbraio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2326; Trib. Torre Annunziata, ord. 30 marzo 2007, cit.; Trib. Trieste, ord. 21 settembre 2006, in *I Contratti*, 2007, p. 112 ss.; Trib. Isernia, ord. 12 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2006, p. 2149; Trib. Bari, ord. 22 ottobre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, p. 750; Trib. Catania, ord. 5 gennaio 2004, in *Danno e resp.*, 2004, p. 426; Trib. Roma, 5 novembre 2003, in *Giur. Merito*, 2004, p. 457. Si sono schierati invece a favore di un'interpretazione restrittiva dello stesso articolo, Trib. Roma, 17 marzo 2010, in *Foro It.*, 2011, I, c.255; Trib. Roma, 5 maggio 2009, in *Foro It.*, 2011, I, c. 256; Trib. Taranto, ord. 22 dicembre 2003, in *Danno e resp.*, 2004, p. 424; Trib. Taranto, ord., 17 settembre 2003, in *Danno e resp.*, 2004, p. 65; Trib. Bari, ord., 2 luglio 2002, in *Foro It.*, 2002, I, c. 3208. In dottrina, tra i fautori di un'applicazione restrittiva dell'art. 9 l. n. 192/1998 ai soli rapporti contrattuali di subfornitura, cfr. A. MUSSO, *op. cit.*, p. 484 ss. Tra i tanti che invece in dottrina già da tempo sostengono un'ampia operatività del divieto di abuso di dipendenza economica, cfr. M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 132 ss., ove anche ampi riferimenti bibliografici sul tema; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Giappichelli, 2004, p. 75 ss. Da ultimo, E. CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica. Oltre la subfornitura*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, p. 632 ss.; M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. Impr.*, 2013, pp. 2-3.

¹³² Sul punto cfr. M. MAUGERI, *La subfornitura*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti d'impresa*, cit., p. 227.

¹³³ Giova segnalare a riguardo che sembra muovere in una direzione analoga la previsione contenuta dall'art. 17, comma 3 del già citato d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27, ove, con riferimento alle norme volte a favorire la libertà di iniziativa economica e di concorrenza dei gestore di impianti di distribuzione di carburanti, si dispone la presunzione della ricorrenza di un abuso ex art. 9 l. n. 192/1998, indipendentemente dall'accertamento dello stato di dipendenza economica, nel caso di "comportamenti posti in essere dai titolari degli impianti ovvero dai fornitori allo scopo di ostacolare, impedire o limitare, in via di fatto o tramite previsioni contrattuali, le facoltà attribuite dal presente articolo al gestore". Per una applicazione giurisprudenziale coerente a tale indirizzo interpretativo, cfr. Trib. Massa, ord. 15 maggio 2014, cit., p. 218 ss.



condotta anticoncorrenziale, forse anche più efficace di quelli previsti dal d.lgs. n.231/2002, proprio perché il suo azionamento non risulta necessariamente condizionato dall'iniziativa individuale della parte abusata.

D'altronde può essere interessante osservare come risulti ancora una volta sensibilmente attenuata rispetto ad altre sedi normative, ugualmente rivolte a disporre rimedi contro ipotesi di *market failures*, la cura riposta nella preliminare delimitazione soggettiva dell'ambito in cui l'intervento nei confronti della condotta censurata debba operare. Non solo, infatti, la parte finale dell'art. 3-*bis* omette di chiarire quali siano i requisiti di riconoscibilità della "piccola impresa" e della "media impresa"; ma, pur individuando tali due tipologie di operatori economici quali principali beneficiarie del previsto divieto di abuso, non sembra escludere che una diffusa e reiterata violazione delle disposizioni di cui al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 possa verificarsi nell'ambito di una transazione commerciale tra imprese di forza e dimensione analoga nel settore di mercato in cui esse risultino attive.

7. – Nell'indagine circa i dati rivelatori di una progressiva ridefinizione in chiave oggettiva degli indirizzi legislativi finora seguiti nell'ammodernamento del diritto dei contratti non sembra possa in alcun modo sottovalutarsi neppure l'incremento incessante dei poteri istruttori e sanzionatori attribuiti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato nei confronti delle condotte negoziali ed extraneoziali tenute dagli operatori economici nelle loro interazioni di mercato¹³⁴. A tal proposito può rilevarsi in particolare l'estensione dei poteri di intervento dell'AGCM, oltre che nei riguardi dei rapporti tra imprese in vario modo condizionati da un abuso di posizione dominante, anche rispetto alle relazioni economiche tra professionisti/imprese e consumatori, come testimoniato sia dall'art. 27 del Codice di Consumo, che proprio a tale Autorità affida un ruolo di primo piano nel monitoraggio e nella censura delle pratiche commerciali sleali¹³⁵, sia dall'art. 37 *bis* del Codice del Consumo, quest'ultimo recante disposi-

¹³⁴ Cfr. L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi, nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, p. 685 ss.; ID., *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obb. e contr.*, 2012, p. 494 ss.; ID., *Il public enforcement nella tutela dei consumatori*, cit., p. 5 ss.; C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in *Jus civile*, 2013, p. 327; M. TAMPONI, *Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 100 ss. Più in generale, sulle questioni connesse alla funzione di regolazione del mercato attribuita alle Autorità indipendenti, cfr. G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, 2006.

¹³⁵ A tal proposito, cfr. M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impr.*, n. 1/2009, p. 73 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente ...*, cit., p. 685 ss.; G. DE CRISTOFARO, (voce) *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Giuffrè, 2012, p. 1079 ss.; N. ZORZI, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Contr. e impr.*, n. 2/2010, p. 433 ss.; G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Europa e diritto privato*, n. 1/2013, p. 1 ss.



zioni sulla tutela amministrativa contro le clausole vessatorie¹³⁶; sia infine dalla riproposizione del c.d. “doppio binario di tutela giurisdizionale”, ordinaria e amministrativa, ex art. 66 Cod. Cons., in relazione alla garanzia dei “diritti dei consumatori nei contratti”, disposti dal Capo I, Titolo III, Parte III del Codice del Consumo, come riformulato dall’art. 1.1, d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 in attuazione della direttiva 2011/83/UE¹³⁷. Può registrarsi dunque una marcata valorizzazione dell’AGCM quale fonte di regolazione unitaria delle interazioni economiche direttamente o indirettamente condizionanti le dinamiche concorrenziali che animano il mercato. Tale ruolo viene esercitato sulla scorta di *standard* qualitativi di condotta, che, come visto anche relativamente alla disciplina dei contratti di cessione di prodotti agroalimentari, tendono ad omogenizzarsi nei confronti di una platea sempre più ampia di operatori di mercato¹³⁸; e ancora in base ad una differenziazione soggettiva del trattamento giuridico da adottare che, in luogo del meccanismo della presunzione generalizzata di asimmetria di potere negoziale tra consumatore e professionista/imprenditore o di accertamento giudiziale caso per caso nelle ipotesi di abuso di dipendenza economica tra imprese, fa sempre più leva su parametri oggettivi di rappresentazione dei diversi attori economici. Basti pensare, a questo proposito, alla figura del “consumatore medio” delineata dall’art. 20 del Codice del Consumo, alla quale bisogna fare riferimento

¹³⁶ L’art. 37 *bis* è stato introdotto dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 21, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27. A riguardo, cfr. L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, cit., pp. 493-494; E. MINERVINI, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in NLCC, n. 3/2012, p. 563 ss.; C. CAMARDI, *op. cit.*, p. 305 ss.; E. BATTPELLI, *L’intervento dell’Autorità Antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, in *Eur. e Dir. Priv.*, n. 1/2014, p. 207 ss.

¹³⁷ Cfr. L. ROSSI CARLEO, *Il public enforcement nella tutela dei consumatori*, cit., p. 7 ss.

¹³⁸ Appaiono di notevole interesse in proposito le argomentazioni proposte a sostegno dell’orientamento interpretativo che, evidenziando la struttura “piramidale” delle norme relative alla definizione della slealtà della condotta, disposte dalla direttiva 2005/29/CE e successivamente recepite dal d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221, attribuisce alla definizione di pratica commerciale scorretta riportata dall’art. 5 della Direttiva e poi dall’art. 20, comma 2° Cod. Cons., il tenore di clausola generale e alle norme che la dispongono il rilievo di norme “generali” fondamentali, rispetto alle quali le successive disposizioni relative alla definizione delle ipotesi, di pratiche commerciali da considerarsi presuntivamente o in ogni caso ingannevoli o aggressive rileverebbero quali norme di dettaglio o “esemplificative”. Cfr. M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 80 ss. In prospettiva analoga, osserva che “l’orientamento comunitario appare sempre più teso, da una parte, a rendere concreti *principi generali*, peraltro già presenti nel nostro Codice, quali quello della «correttezza», della «buona fede», della «diligenza professionale», sia pure con particolare riguardo ad *una delle parti del contratto*; dall’altra, ad incentivare il passaggio dall’armonizzazione minima all’*armonizzazione massima*”, L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente ...*, cit., p. 700. Valuta viceversa come “residuale” la portata normativa dell’art. 20, comma 2°, Cod. Cons. ed evidenzia il carattere parziale dell’estensione della normativa sulle pratiche commerciali sleali alla categoria soggettiva delle “microimprese”, G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e “microimprese”*, in NLCC, 2014, p. 23 ss. e più ampiamente a proposito dell’art. 20, 2° comma Cod. Cons., ID., *Il divieto di pratiche commerciali sleali*, in *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori*, a cura di De Cristofaro, Giappichelli, 2007, p. 116 ss. Con il comma 1-*bis* dell’art. 27 Cod. Cons., inserito dall’art. 1.6, lett a), d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 2, il legislatore ha d’altra parte chiarito il carattere esclusivo della competenza dell’AGCM ad intervenire nei confronti di condotte di professionisti/imprenditori che integrino ipotesi, di pratiche commerciali scorrette, anche ove esse si siano manifestate nell’ambito dei c.d. mercati regolati, riservando all’Autorità di settore una funzione meramente consultiva. Sul punto, cfr. LIVIA LORENZONI, *Il riparto di competenze tra Autorità indipendenti nelle repressione delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. it. Antitrust*, n. 1/2015 p. 83 ss.



nell'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette: proprio il procedimento di astrazione dalla realtà che la sua individuazione presuppone ridimensiona inevitabilmente la rilevanza giuridica del dato della "debolezza" soggettiva, a favore di una rappresentazione in termini più oggettivi della posizione economica del consumatore nel rapporto contrattuale intrattenuto con il professionista/impresa¹³⁹. Analogamente, di nuovo la disciplina delle pratiche commerciali sleali, con riguardo alla categoria delle "microimprese"¹⁴⁰, al fine della loro individuazione preferisce il rinvio ad alcuni dati oggettivi, tra i quali il fatturato annuo o il totale di bilancio non superiore ai due milioni di euro, a loro volta disposti dall'art. 2 par. 3, dell'allegato alla Racc. n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003, che non quello a criteri più generici incentrati sull'accertamento dell'eccessivo o significativo squilibrio di diritti e obblighi che un'impresa sarebbe in grado di determinare nei confronti di un'altra impresa nell'ambito delle loro relazioni commerciali¹⁴¹.

Certo, riscontrare il potenziamento dei meccanismi giuridici di controllo della concorrenza e

¹³⁹ Il 18° *considerando* della Direttiva 2005/29/CE, chiarisce che il parametro del consumatore medio preso in considerazione dal legislatore europeo è quello del consumatore "normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia ...". A riguardo cfr. L. ROSSI CARLEO, *op. ult. cit.*, p. 708; C. CAMARDI, *op. cit.*, pp. 316-317, la quale, nel rimarcare la ridefinizione in atto del "tipo" di consumatore cui sia il legislatore europeo che quello italiano mostrano di voler riservare attenzione normativa, rinvia anche alla responsabilizzazione, rispetto ad un utilizzo "diligente" del bene oggetto del contratto, del consumatore che intenda esercitare il diritto di recesso, constatabile sia dalla lettura del *considerando* 47 della direttiva 2011/83/UE, sia dalla formulazione dell'art. 14 della stessa direttiva, poi riprodotta dal testo dell'art. 57 Cod. Cons.; DE CRISTOFARO, *op. cit.*, pp. 23-24.

¹⁴⁰ L'estensione dell'ambito di applicazione delle norme sulle pratiche commerciali scorrette disposte dal Codice del Consumo alla categoria soggettiva delle "microimprese" è stata prevista dall'art. 7 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. dalla l. 24 marzo 2012, n. 27.

¹⁴¹ Benché secondo alcuni autorevoli commentatori l'accertamento della concreta riconducibilità del soggetto nei confronti del quale si ritenga sia stata posta in essere una pratica commerciale sleale da parte di un professionista/impresa alla categoria della "microimpresa" possa non essere agevole, cfr. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 8; S. PAGLIANTINI, *per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, p. 434 ss., sembra che la scelta di condizionare il riconoscimento dei componenti di tale categoria di operatori economici ad alcuni indicatori oggettivi, quali il numero massimo di persone occupate nell'esercizio dell'attività economica e il fatturato o il totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro, negando invece rilievo alla qualificazione giuridica del soggetto cui la detta attività economica fa capo, denoti la volontà di estendere ad un intero segmento di mercato la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, rinunciando (se non nelle ipotesi, che, alla luce dei parametri individuati dal legislatore, si collochino ai confini di tale segmento di mercato) al tentativo, forse un po' velleitario, di accertare caso per caso l'esistenza dei presupposti per l'adozione del trattamento giuridico disposto, ove sia denunciata la ricorrenza di una pratica commerciale sleale. Anche sulla scorta di tale dato, appare dunque plausibile ipotizzare che obiettivo prioritario del legislatore non sia stato tanto quello di definire un'ennesima articolazione delle norme relative ai contratti e alle relazioni commerciali tra imprese con particolare riferimento alla categoria soggettiva dell'impresa debole o in posizione di dipendenza economica, ma sia stato piuttosto quello di muovere un primo passo verso l'affermazione normativa di uno *standard* qualitativo di condotta nelle relazioni di mercato cui un numero sempre più ampio di operatori economici debba uniformarsi, al fine di garantire maggiore trasparenza ed efficienza nelle dinamiche concorrenziali. Sottolinea la funzionalità della disciplina delle pratiche commerciali sleali promossa dal legislatore europeo a superare l'assenza, rilevabile in molte legislazioni nazionali sulla concorrenza sleale, di riferimenti agli effetti di comportamenti anticoncorrenziali sulla tutela dei diritti dei singoli consumatori e, si potrebbe aggiungere, delle singole imprese, M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 81.



del corretto funzionamento del mercato e l'elezione in quest'ambito di un'Autorità amministrativa indipendente a perno e motore privilegiato del sistema di regolazione delle dinamiche economiche così definito non basta ad inferire la qualità del modello di condotta economica auspicata, né i criteri ispiratori dei provvedimenti adottati dall'AGCM nella promozione dell'efficienza e del dinamismo di mercato ¹⁴².

Il rischio di interventi episodici, indirizzati in prevalenza ad operatori dotati di minore potere economico e per questo più sensibili ad eventuali moniti contro il ricorso a clausole vessatorie o pratiche commerciali scorrette, non è da sottovalutare ¹⁴³, così come continua a destare perplessità la persistente disorganicità dei più recenti provvedimenti legislativi in materia di regolazione della concorrenza e del mercato, anche con riferimento all'assenza di indicazioni normative circa l'eventuale coordinamento delle competenze giurisdizionali rispettivamente dell'AGCM e della magistratura ordinaria ¹⁴⁴.

Tuttavia, qualche conclusione circa l'indirizzo seguito dall'attuale evoluzione del sistema normativo rappresentato dalle diverse articolazioni del diritto dei contratti d'impresa può essere tratta, soprattutto ove, all'osservazione dei contenuti riportati dalle diverse misure di diritto sostanziale precedentemente esaminate, si affianchi la considerazione della scelta legislativa di far rientrare a pieno titolo il diritto dei contratti e delle relazioni economiche tra professionisti/imprenditori e consumatori tra le materie sulle quali anche l'AGCM può esercitare i suoi poteri istruttori, monitori e sanzionatori ¹⁴⁵.

Si può in particolare ricavare una ulteriore conferma del forte ridimensionato dell'indirizzo normativo volto ad accentuare l'articolazione specialistica del diritto dei contratti d'impresa in base alla posizione di mercato ricoperta dai diversi soggetti contraenti; e si può soprattutto rite-

¹⁴² Ritiene discutibile l'indirizzo legislativo rivolto ad attribuire crescente rilievo all'AGCM nel monitoraggio e nell'eventuale sanzione delle condotte degli operatori economici di mercato nelle loro interazioni di natura contrattuale e extracontrattuale, sia per il rischio che così si corre di sovraccaricare l'azione dell'Autorità Antitrust, sia per il rischio di snaturamento cui per questa via potrebbero andare incontro norme i cui contenuti sono ritenuti di stretta pertinenza civilistica, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 29.

¹⁴³ Cfr. C. CAMARDI, *op. cit.*, p. 336.

¹⁴⁴ Cfr. E. BATTELLI, *op. cit.*, p. 263.

¹⁴⁵ A questo proposito, degno di nota, anche se specificamente riferito all'ammissibilità di un'integrazione negoziale ad opera di delibere dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (AEEG), appare il principio di diritto enunciato da diverse sentenze della Suprema Corte, tra le quali Cass. 30 agosto 2011, n. 17786 e Cass. 1° ottobre 2013, n. 22453, secondo il quale "Il potere normativo secondario (o, secondo una possibile qualificazione alternativa, di emanazione di atti amministrativi precettivi collettivi) dell'Autorità per l'energia Elettrica ed il Gas ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. h) – l. 14 novembre 1985, n. 481 (N.d.R.) –, si può concretare anche nella previsione di prescrizioni che, attraverso l'integrazione del regolamento di servizio (...), possono in via riflessa integrare, ai sensi dell'art. 1339 c.c., il contenuto dei rapporti di utenza individuali pendenti anche in senso derogatorio di norme di legge, ma alla duplice condizione che queste ultime siano meramente dispositive e, dunque, derogabili dalle stesse parti, e che la deroga venga comunque fatta dall'Autorità a tutela dell'interesse dell'utente o consumatore, restando, invece, esclusa – salvo che una previsione speciale di legge o di una fonte comunitaria ad efficacia diretta non la consenta – la deroga a norme di legge di contenuto imperativo e la deroga a norme di legge dispositive a sfavore dell'utente e consumatori". Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Salerno 21 ottobre 2015, n. 4338.



nere più attendibile l'ipotesi di un progressivo mutamento in senso oggettivo della strategia della 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 la vitalità delle dinamiche concorrenziali¹⁴⁶. Non vengono meno gli strumenti rimediali individualmente azionabili, predisposti nel tempo a vantaggio di svariate tipologie di soggetti contraenti e di volta in volta modellati al fine di compensare i riflessi sortiti sull'operazione economica negozialmente programmata dalla specifica ipotesi di asimmetria soggettiva da contrastare. Ma, accanto e oltre un modello di intervento prevalentemente orientato a correggere *ex post* i comportamenti opportunistici e sleali che possono condizionare i rapporti di cooperazione intrattenuti dagli operatori di mercato in vista della realizzazione dello scambio economico, si va perfezionando un sistema preventivo di monitoraggio e incoraggiamento di condotte negoziali che siano generalmente connotate da livelli di correttezza e reciproca affidabilità senz'altro più elevati che in passato. Un sistema che sembra altresì voler incrementare efficienza e dinamismo nelle relazioni economiche anche attraverso la chiara sollecitazione ad una generalizzata responsabilizzazione dell'agire negoziale¹⁴⁷. A ciascun attore di mercato, in virtù della posizione economica ricoperta, non sono più riconosciuti soltanto poteri funzionali alla protezione dei propri interessi economici dalle eventuali sopraffazioni consumate nei suoi confronti da controparti negoziali "dominanti", ma è affidato anche e soprattutto una parte da rappresentare nell'ambito di un copione che mira a mettere in scena l'inesauribile capacità di autoregolazione e crescita del sistema di mercato. La regia sempre più pervasiva è quella di un'Autorità tecnica di regolazione, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che si auspica sia via

¹⁴⁶ Sul piano europeo si segnala una costante attività di monitoraggio delle iniziative spontanee di promozione di pratiche commerciali leali nel territorio dell'Unione Europea e dei provvedimenti adottati negli ordinamenti degli Stati membri contro le pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese, con particolare riferimento ai rapporti di filiera nel settore della fornitura alimentare. Tra i più recenti documenti prodotti in proposito il "Libro Verde sulle pratiche commerciali sleali nella catena di fornitura alimentare e non alimentare tra imprese in Europa", presentato dalla Commissione UE nel 2013, la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni "Affrontare le pratiche commerciali sleali nella filiera alimentare tra imprese" del 2014, e la Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sulle pratiche commerciali sleali nella filiera alimentare tra imprese del 29 gennaio 2016. Anche in considerazione dell'introduzione di un "rating di legalità per le imprese operanti sul territorio nazionale", da parte dell'art. 5-ter del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, secondo un'autorevole analista della materia, "potremmo dire che l'obiettivo cui si tende, perlaltro in linea con l'UE, va anche oltre la correttezza del mercato: si tende a favorire il perseguimento di un «mercato etico»". Cfr. L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, cit., p. 493.

¹⁴⁷ Riferendosi in particolare alla previsione dell'impegno di porre fine ad una pratica commerciale che presenti profili di scorrettezza, assunto dal professionista responsabile *ex art. 27*, comma 7, Cod. Cons. ed al meccanismo dell'interpello preventivo da parte delle imprese interessate nei confronti DELL'AGCM, al fine di verificare la vessatorietà delle clausole che si intendono utilizzare nelle relazioni commerciali con i consumatori, vi riconoscono una chiara funzione di *moral suasion* verso la categoria dei professionisti, già peraltro assolta dall'attività di controllo dell'iniquità delle clausole contrattuali unilateralmente predisposte dalle imprese e di promozione di contratti tipo, svolta dalle Camere di Commercio in base a quanto previsto dal d.lgs. 15 febbraio 2010, n. 23, C. CAMARDI, *op. cit.*, p. 330 ss.; E. BATTELLI, *op. cit.*, p. 227.



via sempre più impegnata a predisporre interventi quanto più possibile “esemplari” contro condotte distorsive dell’efficienza e del dinamismo concorrenziale, indipendentemente dalla dimensione “micro” o “macro” dell’operatore economico che ne sia autore.

8. – La più immediata utilità che la lettura appena proposta della direzione e del senso che l’attuale evoluzione del diritto dei contratti sembra aver assunto potrebbe essere individuata nella sua idoneità a favorire, in relazione a controversie che riguardino rapporti contrattuali tra operatori di mercato, l’adozione di decisioni giudiziali che, anche grazie ad un rigoroso ricorso al meccanismo dell’analogia, presentino un grado di certezza e coerenza sistematica maggiore di quanto sia accaduto in alcune note occasioni del recente passato¹⁴⁸. Diverse norme, espressamente rivolte alla disciplina settoriale di interazioni negoziali in funzione della categoria economica di appartenenza dei soggetti parti dell’operazione di scambio dedotta in contratto, potrebbero subire una sensibile estensione della loro efficacia normativa, grazie ad una interpretazione dei loro contenuti attenta a mostrare la loro rispondenza ad una medesima logica oggettiva di regolazione delle relazioni di mercato¹⁴⁹, azionabile al di là dell’appartenenza o meno delle parti contraenti a questa o quella categoria soggettiva di operatori economici¹⁵⁰. Il perseguimento dell’obiettivo di garantire più elevati livelli di efficienza e dinamismo negli scambi e nella concorrenza economica potrebbe risultare ampiamente facilitato, a dispetto dei ritardi e delle imprecisioni tecniche di un legislatore piuttosto svogliato che, come sembrano dimostrare i contenuti del disegno di legge sullo “Statuto del lavoro autonomo” collegato alla legge di stabilità del 2016 di recente presentato dal governo¹⁵¹, insiste nel formulare disposizioni ispirate dai me-

¹⁴⁸ Ci si riferisce a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, sulla quale vedi *infra*, par. 1.

¹⁴⁹ Si vuole con ciò evidenziare come in un vasto ambito della regolazione dei rapporti negoziali tra privati, poco importa in questa sede che esso rappresenti ancora una specificità dei rapporti interprivati ovvero tenda a riprodurre un modello di rapporti negoziali ormai nettamente prevalente, si stia affermando un tipo di intervento normativo particolarmente incline alla conformazione delle condotte economiche dei privati, che in tanti vedono finalizzato alla realizzazione di un mercato europeo più efficiente, dinamico e competitivo. Cfr. M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d’impresa*, cit., p. 44 ss.; L. NIVARRA, *op. cit.*, p. 219.

¹⁵⁰ Lo stesso legislatore, d’altronde, talvolta sospinge in questa direzione l’interprete. È quanto accade da ultimo in considerazione dell’aggiunta al testo dell’art. 1284 c.c. di un 4° comma, disposta dall’art. 17.1 d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. in l. 10 novembre 2014, n. 162. In quella sede, infatti, si prevede che, se le parti non ne hanno diversamente determinato la misura, il saggio degli interessi dovuti dal momento della domanda giudiziale volta a far rilevare l’inadempimento del debitore, ovvero il saggio degli interessi moratori, deve essere pari a quello previsto “dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali”, disposta dal d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231. Appare cioè evidente la scelta del legislatore di attribuire portata generale all’irrigidimento della sanzione contro i ritardi nell’adempimento di prestazioni pecuniarie, in origine previsto solo limitatamente ai ritardi di pagamenti derivanti tra transazioni commerciali tra imprese e tra imprese e pubblica amministrazione, dimostrando così di ritenere universalmente doveroso il puntuale rispetto dei termini per l’estinzione dei debiti pecuniari, quale essenziale preconditione per una gestione più efficiente e dinamica delle disponibilità patrimoniali del creditore, indipendentemente dalla sua posizione di mercato.

¹⁵¹ Disegno di legge, *Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire*



desimi contenuti normativi di altre già presenti nell'ordinamento, seguendo però con ostinazione una logica di intervento eminentemente casistica, del tutto incurante degli effetti destrutturanti e dei costi, in termini di efficienza interpretativa ed applicativa, connessi ad un simile modo di procedere nell'attività legislativa¹⁵².

In altri termini, in attesa di un serio intervento di riordino normativo nella disciplina dei rapporti contrattuali tra operatori di mercato, ovvero tra soggetti di cui almeno uno agisca negozialmente in funzione dell'esercizio di un'attività in senso lato imprenditoriale¹⁵³, il giudice chiamato a dirimere una controversia che riguardi la gestione di simili relazioni non solo potrebbe estendere soggettivamente l'ambito di applicazione di molte norme c.d. "speciali", riconoscendo, attraverso il meccanismo dell'analogia *legis*, l'assimilabilità del tipo di problema bisognoso di soluzione al tipo di problema normativo oggettivamente delineato dal legislatore in relazione a categorie di soggetti contraenti diverse da quelle cui appartengono le parti in lite. Ma lo stesso giudice potrebbe anche procedere alla decisione del caso indagando la possibilità di trarre indicazioni normative dall'adozione del diverso meccanismo dell'analogia *iuris*, stante il ridondante richiamo, nell'ambito di un numero crescente di provvedimenti rivolti alla disciplina dei contratti connessi all'esercizio di un'attività in senso lato d'impresa, ai principi di trasparenza e correttezza nella cooperazione richiesta alle parti in relazione all'esecuzione del programma

l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato, Comunicato alla presidenza del Senato della Repubblica l'8 febbraio 2016, in *Atti parlamentari – Senato della Repubblica*, n. 2233.

¹⁵² Ci si riferisce in particolare alla previsione, *ex art. 3*, dell'inefficacia di alcune clausole, definite abusive, dal contenuto espressamente tipizzato, di fatto in parte riproduttivo del testo dell'art. 6 l. 18 giugno 1998, n. 192, Disciplina della subfornitura nelle attività produttive che tuttavia ne prevede espressamente la nullità e non vi associa invece, come previsto dall'ultimo comma dell'art. 3 del disegno di legge, il diritto al risarcimento del danno a favore della parte che abbia subito l'inserimento di tali clausole in contratto ad opera del committente. Lo stesso diritto è altresì disposto a favore del lavoratore autonomo anche nel caso di rifiuto del committente di stipulare il contratto in forma scritta, senza che tuttavia risulti comprensibile quale possa in concreto essere l'entità del danno, atteso che, nella relazione introduttiva del Disegno di legge, per un verso si precisa che la mancanza di forma scritta non incide sulla validità e sull'efficacia del contratto e si chiarisce per altro verso, che "nel caso in cui, pur in mancanza di forma scritta, il contratto abbia avuto regolare esecuzione, di fatto non dovrebbero sussistere danni dei quali il lavoratore possa chiedere il risarcimento o comunque tali danni dovrebbero essere di minima entità".

¹⁵³ Il riferimento ad una nozione di attività d'impresa più ampia di quella tradizionalmente ricavata dalla rappresentazione giuridica interna del soggetto impresa, sul modello della nozione adottata dal legislatore europeo di professionista quale soggetto che contrae in funzione dell'esercizio della propria attività professionale, indipendentemente dall'esistenza e dalle dimensioni di una struttura organizzativa che sia sua diretta emanazione, potrebbe anche agevolare l'estensione dell'ambito applicativo di molte norme destinate alla disciplina dei c.d. contratti d'impresa non solo attraverso il meccanismo analogico, ma anche attraverso una più semplice dilatazione della platea dei destinatari diretti della norma di cui si indaga l'applicabilità. Interpretano l'inapplicabilità al professionista intellettuale dello statuto dell'impresa come un'immunità o anche un privilegio di tipo personale concesso per ragioni storiche, P. SPADA, (voce) *Impresa*, cit., p. 54; F. GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, in *Contr. e impr. eur.*, 1997, p. 3 ss. Si soffermano in particolare sulla necessità di ridefinire il rapporto tra la configurazione giuridica delle professioni intellettuali e la nozione di impresa alla luce delle forti sollecitazioni provenienti in tal senso dalle istituzioni comunitarie, A. BERLINGUER, *Stato, mercato e concorrenza nella UE: il caso delle professioni intellettuali*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 390 ss.; G. SICCHIERO, *Professione ed impresa dal Codice Civile al diritto comunitario*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, p. 2327 ss.; V. PUTORTI, *Prestazioni d'opera intellettuale e regole della concorrenza*, in *Contr. e impr.*, 2012, p. 139 ss.



negoziale, sì da realizzare un generalizzato innalzamento della qualità e del dinamismo della competizione economica nell'arena del mercato¹⁵⁴.

Al fine di verificare la solidità degli argomenti finora sviluppati a sostegno dell'approccio interpretativo proposto, tuttavia, giova anche soffermarsi brevemente su alcune obiezioni che potrebbero essere mosse alle sue principali linee direttrici.

Si potrebbe innanzitutto rilevare una certa difficoltà nel cogliere la differenza tra l'idea, appena enunciata, che le norme relative al variegato fenomeno della contrattazione d'impresa siano accomunate dal fine di promuovere un modello di mercato in cui le condotte soggettive nelle interazioni economiche tra privati tendano a conformarsi a standard universali di trasparenza e leale cooperazione tali da far crescere il grado di reciproco affidamento e di prevedibilità dell'efficacia dello scambio e l'idea autorevolmente sostenuta da quanti ritengono che il profondo mutamento impresso al diritto dei contratti da molte delle norme sui contratti d'impresa finora introdotte nell'ordinamento sia comprensibile solo riconoscendo che la garanzia dell'equilibrio dello scambio, accanto e oltre il potere dei privati di definire autonomamente i contenuti dell'operazione economica dedotta in contratto, sia divenuta un obiettivo prioritario nella disciplina legale dei rapporti contrattuali¹⁵⁵.

Si potrebbe in altre parole denunciare l'eccessiva sottigliezza del discrimine tra la priorità accordata nell'un caso alla definizione di più rigorosi *standard* giuridici di comportamento negli scambi di mercato ed il rinvio, nell'altro caso, alla centralità della predisposizione di strumenti normativi rivolti alla realizzazione della c.d. giustizia contrattuale. L'uno e l'altro orientamento, potrebbe ancora osservarsi, maturerebbero in considerazione delle strutturali asimmetrie che nell'economia contemporanea caratterizzano i rapporti negoziali tra privati e attribuirebbero entrambi al legislatore la volontà di contrastarle attraverso l'indicazione normativa di una diversa qualità delle condotte negoziali tra operatori economici.

Sta però proprio nel rilievo giuridico che si ritiene di dover attribuire al dato delle diffuse asimmetrie di potere contrattuale tra privati, così come nella lettura che ne scaturisce in ordine al significato normativo espresso dalle più recenti disposizioni relative alla contrattazione d'impresa, che potrebbe cogliersi un primo importante elemento di distinzione.

In questa sede infatti, preso atto della fisiologica frequenza con la quale tra le parti di un rap-

¹⁵⁴ A favore del richiamo all'azionamento dell'analogia *iuris* potrebbe giocare la circostanza che, ridimensionato il rilievo giuridico della categoria soggettiva di operatori economici cui di volta in volta i contraenti appaiono ascrivibili ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile, la diffusa affermazione dei principi di trasparenza e leale cooperazione quali specifici parametri per la regolazione dell'esercizio dell'autonomia privata negli scambi di mercato, piuttosto che introdurre significativi elementi di novità normativa, sembra sospinga più semplicemente verso una preventiva e più rigorosa definizione dei contenuti normativi attribuibili a strumenti di regolazione delle interazioni economiche tra privati dotati di sicura portata generale, quali le clausole codicistiche di correttezza e buona fede. Con riferimento alla disciplina dei contratti d'impresa, auspica il ricorso non solo all'analogia *legis*, ma anche all'analogia *iuris*, al fine di emanciparla quanto più possibile dagli impropri condizionamenti derivanti dalla disciplina dell'autonomia privata quale atto di disposizione "dell'individuo proprietario", tipica del diritto privato c.d. di parte generale, M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 52.

¹⁵⁵ Cfr. V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, cit., p. 679 ss.



porto contrattuale, in cui almeno una operi secondo una logica imprenditoriale, ricorrono macroscopiche differenze di potere contrattuale, si è sostenuta la tesi che il reale intento perseguito dal legislatore fin dalla introduzione delle prime disposizioni in materia di contratti del consumatore non sia stato tanto quello di rimediare ad un fenomeno circoscritto di debolezza contrattuale¹⁵⁶, ma sia stato piuttosto quello di indurre le parti ad una più equilibrata ripartizione dei rischi e dei costi connessi all'operazione di scambio, sì da sollecitare il professionista/imprenditore a potenziare la competitività della propria offerta soprattutto in relazione alla qualità dello scambio, sia dal punto di vista materiale, sia dal punto di vista comportamentale. In questo senso si è condivisa l'opinione di quanti hanno ritenuto che la lettura più corretta della differenziazione normativa dalla quale il diritto dei contratti è stato investito negli ultimi decenni sia quella ispirata dal paradigma della regolazione della concorrenza e del mercato. Si è provato però ad evitare che l'efficacia euristica di quel paradigma finisca per disperdersi nella registrazione acritica delle innumerevoli sfaccettature che gli interventi legislativi attuativi della strategia della regolazione del mercato possono assumere in considerazione degli specifici connotati soggettivi degli operatori economici interessati dall'ipotesi di *market failure* cui l'ordinamento di volta in volta intende rimediare. Si è provato cioè ad ipotizzare un filo conduttore unico, capace di tenere insieme le molteplici disposizioni comunemente ricondotte all'esigenza di contrastare l'abuso della dipendenza economica o della debolezza di potere negoziale di alcune specifiche categorie di contraenti. Se ne è rilevata in particolare la coerenza ad un disegno unitario *in fieri*, che associ ai benefici ricavabili dalla leale cooperazione nella generalità delle interazioni negoziali tra operatori economici la crescita del dinamismo competitivo e dell'efficienza del sistema di produzione e distribuzione della ricchezza.

In questa prospettiva, alle diseguaglianze nella distribuzione del potere economico non sarebbe riconosciuto alcun autonomo rilievo giuridico, in quanto l'esigenza normativa di adeguare le condotte negoziali a più elevati *standard* di trasparenza e correttezza sarebbe rivolta ad una platea sempre più ampia di operatori economici, indipendentemente dalla categoria soggettiva di appartenenza e dalla eventuale posizione di debolezza contrattuale nei confronti della controparte.

Le diseguaglianze, certo, non devono in alcun modo essere all'origine della riduzione delle opportunità individuali di concorrere alla vitalità del sistema di produzione della ricchezza. Effetto, quest'ultimo, che potrebbe discendere dalla determinazione di una parte economicamente dominante in un certo settore di mercato a cristallizzare la propria posizione di forza. Ove, a dispetto dei parametri di comportamento richiesti dall'ordinamento, tale obiettivo sia perseguito nell'ambito di un'operazione economica negozialmente definita, sarebbe dunque ben possibile azionare gli strumenti rimediali che nel tempo il legislatore ha settorialmente predisposto contro lo sfruttamento abusivo di una posizione di forza economica e contrattuale. Ma, come si è nota-

¹⁵⁶ In questi termini, come si è già ricordato si esprimeva V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, cit., p. 37 ss.



to a proposito della disciplina delle cessioni di prodotti agroalimentari, a proposito della riformulazione dell'art. 9, comma 3-*bis* della l. n. 192/1998 e anche in relazione alla pervasività delle nuove competenze attribuite all'AGCM, non può omettersi di osservare che anche l'opportunità e l'abuso di una posizione di relativa dominanza economica nell'ambito della definizione e dell'esecuzione di un rapporto contrattuale sempre più spesso divengono oggetto di attenzione normativa indipendentemente dalla ragione che ha condotto al loro manifestarsi.

Si potrebbe ancora osservare che l'orientamento interpretativo proposto condividerebbe con l'approccio fondato sul paradigma del contratto asimmetrico l'incertezza contenutistica dei criteri in base ai quali si ritiene debbano misurarsi rispettivamente la trasparenza e la correttezza della condotta negoziale e l'equilibrio o la c.d. giustizia contrattuale¹⁵⁷. Il rilievo è serio ed il compito di contestarne la fondatezza non appare affatto agevole. Poiché però una delle ragioni che hanno indotto a prendere le distanze dall'idea di una progressiva sensibilizzazione dell'ordinamento civilistico contemporaneo al tema dell'equilibrio contrattuale è data proprio dalla sensazione di un'eccessiva fiducia impropriamente riposta nella capacità del potere giurisdizionale di dare concretezza a tale nozione, individuando volta per volta la "giusta soluzione" del caso concreto oggetto di contenzioso, può innanzitutto escludersi che in questa sede si intenda procedere nella stessa direzione. A rafforzare tale intendimento concorre sia l'idea che non spetti ai giudici sostituirsi al legislatore nella produzione di contenuti normativi, per di più secondo l'incedere necessariamente casistico tipico dell'attività giurisprudenziale; sia la considerazione che il crescente coinvolgimento dell'AGCM nel controllo "tecnico" delle condotte negoziali ed extraneoziali dei professionisti/imprenditori, in funzione della garanzia di un mercato efficiente e competitivo, rappresenti un nuovo rilevante argine all'acritica esaltazione del "diritto vivente" prodotto e praticato nelle aule dei tribunali. Certo, la centralità che, nel processo di ridefinizione del diritto dei contratti, si ritiene di dover attribuire a criteri di valutazione delle condotte negoziali quali la trasparenza e la leale cooperazione non consente di ignorare la persistente vivacità del dibattito sul contenuto e sulla funzione normativa delle clausole generali¹⁵⁸. Poiché tuttavia non è questa la sede per trattare la questione in tutta la sua complessità, forse l'unico modo per provare a schivare l'incertezza che strutturalmente caratterizza l'utilizzo di tali strumenti normativi è quello di suggerire che la misura della trasparenza e della leale cooperazione da praticare sia di volta in volta ricavabile non tanto in relazione alla considerazione della posizione economica ricoperta dalle parti contraenti, quanto dalla fedele ricostruzione del profilo causale che esse hanno inteso imprimere al contratto. Nel procedere in tal senso, dunque, la fi-

¹⁵⁷ Cfr. S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 245.

¹⁵⁸ Sul punto, da ultimo cfr. S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, n. 2/2013, p. 263 ss. Ma vedi anche tra i tanti, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli-Soc., Ed. Foro It., 1988, p. 284 ss.; S. RODOTÀ, *Le clausole generali*, in *I Contratti in generale*, diretto da G. Alpa, M. Bessone, Utet, 1992, p. 390 ss.; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, n. 1/1999; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss.



siologica discrezionalità dell'interprete, che, per altro, assumendo sempre più spesso le vesti dell'Autorità amministrativa indipendente, opererebbe sulla base di competenze eminentemente tecniche, potrebbe essere contenuta dalla necessità di attenersi al metro oggettivo rappresentato dal regolamento negoziale concordato dalle parti¹⁵⁹.

Tra gli indicatori più rilevanti ai fini della determinazione della soglia di leale cooperazione dovuta nell'effettiva soddisfazione degli interessi dedotti in contratto, potrebbe riconoscersi, a titolo meramente esemplificativo, la diretta proporzionalità tra il tempo oggettivamente necessario al raggiungimento dei risultati attesi e la misura dell'impegno dovuto dalle parti nell'accreditare la loro reciproca correttezza ed affidabilità. Viceversa, il dato fattuale dell'eventuale situazione di disparità di potere contrattuale tra le parti potrebbe contribuire alla ricostruzione del tipo di operazione economica che si è programmato di realizzare, ma non dovrebbe più essere determinante né in relazione alla soglia di leale cooperazione cui attenersi, né in relazione ai rimedi eventualmente azionabili, in via diretta o in via analogica, contro condotte difformi dallo standard normativo richiesto.

Un ulteriore meccanismo di contenimento della discrezionalità dell'interprete eventualmente chiamato a giudicare di una lite sui contenuti e/o sull'esecuzione di un rapporto contrattuale potrebbe essere rappresentato dalla traduzione della misura della condotta virtuosa dovuta da ciascuno dei contraenti già alla stregua dei doveri di correttezza e buona fede sanciti rispettivamente dagli artt. 1175 e 1375 c.c., in un valore patrimonialmente apprezzabile, il cui scambio, in forza delle indicazioni normative ricavabili dall'innalzamento qualitativo dei parametri di valutazione delle condotte negoziali che si ritiene operato dalle norme sui contratti d'impresa sin qui menzionate, debba necessariamente accompagnare quello delle diverse poste materiali e immateriali concordate in vista della realizzazione dell'operazione economica dedotta in contratto. L'operatività di un simile meccanismo, cui già l'autonomia privata fa ampio ricorso, ad esempio attraverso la preventiva quantificazione del costo di eventuali ipotesi di recesso *ad nutum* dal contratto o attraverso la predisposizione di clausole penali, potrebbe trovare un nuovo impulso normativo, oltre che in futuri interventi legislativi che ne prevedano l'operatività, anche per via interpretativa, ovvero ricercando all'interno dell'ordinamento spunti utili a verificare se il legislatore abbia già in alcune ipotesi previsto la necessaria monetizzazione del "prezzo" di condotte difformi dagli standard normativi richiesti, da corrispondere in caso di inadempimento in alternativa alla più tradizionale e a volte macchinosa procedura del risarcimento del danno¹⁶⁰.

Si potrebbe da ultimo rilevare che, in ragione della sua matrice marcatamente oggettiva,

¹⁵⁹ In relazione al significato funzionale del giudizio causale e a quanto delle determinazioni negoziali delle parti vada sottoposto a tale giudizio, cfr. M. BARCELLONA, *op. cit.*, Cap. V, par. 3, p. ...

¹⁶⁰ A tal proposito sia consentito il riferimento a M. LAMICELA, *La disciplina del recesso del cliente dai contratti di prestazione d'opera e servizi intellettuali a termine oltre gli angusti confini dell'art. 2237 c.c.*, in *Ricerche Giuridiche*, n. 2/2013, p. 508 ss.; ID., *Tempo e fiducia nella disciplina del recesso dai contratti di prestazione d'opera e servizi intellettuali*, in *Contr. e impr.*, n. 4-5/2014, p. 977 ss.



l'approccio interpretativo proposto sarebbe esposto ad un notevole rischio. Si potrebbe cioè denunciare la pericolosità del progressivo trasferimento del potere di definire gli obiettivi economici e i modelli comportamentali da seguire nelle interazioni di mercato, cui esso in prospettiva prelude, da sedi decisionali direttamente o indirettamente vincolate al rispetto della sovranità della volontà popolare, su cui si fondano le moderne democrazie, a sedi decisionali che invece nascono ed operano in modo strutturalmente indipendente da qualsivoglia meccanismo di diretta legittimazione democratica.

Il rilievo è indubbiamente fondato ma si ritiene piuttosto inefficace scongiurare il rischio denunciato contrapponendovi il generico richiamo all'idea di giustizia contrattuale o l'evocazione dei diritti fondamentali della persona umana¹⁶¹, nella malcelata speranza che sia la magistratura a farsi carico della "patata bollente", ovvero della definizione dei contenuti concreti e delle modalità di tutela da associare di volta in volta a tali nobili astrazioni concettuali.

La sfida che in questa sede si è provato ad accogliere è quella di evitare di rimanere travolti dalla logica emergenziale e destrutturante tipica della legislazione contemporanea, insistendo, attraverso l'individuazione di possibili connessioni sistematiche tra i contenuti di una molteplicità di previsioni legali, proprio nella ricerca di una sponda di costante legittimazione alla base delle tecniche di intervento e regolazione delle relazioni di mercato attualmente disposte dal nostro ordinamento. L'esito di tale percorso ha portato ad ipotizzare che, molto più che in passato, molte delle norme attualmente caratterizzanti il diritto dei contratti siano rivolte ad incentivare un modello di dinamismo concorrenziale estremamente sensibile al rispetto di più elevati *standard* qualitativi, non solo in relazione ai prodotti e ai servizi offerti ma anche in relazione alle condotte osservate dalla generalità degli operatori economici nelle loro interazioni negoziali. Che tale obiettivo, e soprattutto le sue modalità di attuazione, possano rappresentare una minaccia al rispetto dei principi di libertà ed eguaglianza individuale sui cui si fondano le moderne democrazie è un rischio che si ritiene possa essere scongiurato solo confidando nella disponibilità di tutti gli attori della vita sociale ed economica, ciascuno in base alle proprie forze e capacità, a difendere attivamente la persistente centralità di tali principi, tanto all'interno quanto all'esterno dell'arena del mercato.

¹⁶¹ Afferma con enfasi che "è fondamentale il superamento di una logica esclusivamente mercantile, nella quale ogni soggetto è soltanto produttore o consumatore. Occorre discorrere di tutela non soltanto del consumatore, quanto della persona in quanto tale", P. PERLINGERI, *La tutela del consumatore tra normative di settore e Codice del Consumo*, in G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMMA, V. RIZZO (a cura di), *Il diritto dei consumi. Realtà e prospettive*, Esi, 2008, p. 14 ss.



ANTONIO GAMBARO

Professore ordinario di Diritto Civile – Università di Milano

CONSONANZE E DISSONANZE NELLE FONTI DELL'ISTITUZIONE PROPRIETARIA *

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Alcuni postulati. – 3. Il quadro delle principali differenze testuali del blocco costituzionale italiano ed europeo in tema di proprietà. – 4. Gli intrecci tra proprietà costituzionale e proprietà civilistica. – 5. Consonanza e dissonanza tra proprietà civilistica e proprietà costituzionale nel quadro delle costituzioni flessibili. – 6. Le traslazioni di senso tra fonti “civilistiche” e fonti costituzionali nell’ambito delle costituzioni rigide. – 7. Convergenze tra modelli costituzionali apparentemente diversificati. – 8. Consonanze di approcci, temi e problemi: alcune sottolineature. – 9. La dissonanza della Corte EDU.

1. – Premetto che mi sento molto onorato, e di ciò ringrazio il collega Mario Trimarchi, nel poter dedicare le riflessioni che seguono all’amico ed Illustre Collega: Vincenzo Scalisi in segno non solo di amicizia personale e di ammirazione per la Sua opera, ma anche di consonanza con alcune, anche se non, naturalmente, tutte, le Sue impostazioni ed i suoi interessi di ricerca. Interessi di ricerca che ci hanno condotto a considerare con attenzione e con partecipazione critica gli sviluppi di quel magmatico fenomeno che si designa con la locuzione “diritto europeo”. Quest’ultimo è indubbiamente il fenomeno giuridico più rilevante del nostro tempo ed è forse quello che più di ogni altro ingaggia la responsabilità dei cultori della *scientia juris* europea i quali vogliano vivere il loro tempo senza illudersi di potersi appartare in altra dimensione temporale. Vincenzo ha sicuramente affrontato questa responsabilità, ma se ne è anche assolto avendo adempiuto con larghezza al debito di apportare alla edificazione di un “diritto europeo” contributi di chiarezza esemplare senza negare la complessità dei problemi, ma anzi affrontandoli nella loro interezza. E vorrei sottolineare che l’apporto di chiarificazione a problemi complessi che Vincenzo Scalisi ha dato non deriva solo dalla profondità di pensiero e dalla completa attrezzatura intellettuale che continua ai suoi livelli più alti la tradizione giuridica messinese, ma anche dalla convinzione – con cui mi sento particolarmente consonante – che non c’è scienza senza datità, sicché la esposizione limpida dei dati di partenza su cui sviluppare un ragionamento razionale, è preconditione di qualunque lavoro scientifico, vuoi che esso si svolga poi a livello teorico, vuoi che esso si svolga poi in direzione della impostazione dei problemi che le prassi giuridiche debbono affrontare immediatamente. Ma non è solo la predilezione per i discorsi che partono dai dati e non da astruserie a renderci in una qualche misura consonanti, si deve

* Relazione tenuta al Convegno in onore di Vincenzo Scalisi su “Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione”, Università di Messina, 27-28 maggio 2016



anche aggiungere che al di là di preferenze metodologiche ci accomuna il sentimento della necessità di preservare le acquisizioni della *scientia juris* europea, acquisizioni variegata e complesse le quali possono essere osservate criticamente in vista del loro sviluppo organico, ma che pongono capo a categorie ed a principi ordinanti che meritano di essere preservati.

Fatta questa gioiosa premessa, dovrei farne un'altra per ricordare che, posto su scala europea, il tema della proprietà presenta immediatamente spinosi problemi di traduzione e trasposizione delle parole e dei correlati concetti da un ambiente giuridico all'altro. Sia chiaro che problemi di dazione di senso alla parola proprietà non mancano nemmeno a livello nazionale e viene alla mente la frase, celebre, con cui Salvatore Pugliatti concluse il suo studio più impegnativo in tema, frase che evoca appunto un problema di comprensione del senso che la parola proprietà vorrebbe trasmettere all'interno di un circuito comunicazionale che è precondizione per la sussistenza dei formanti culturali del sistema giuridico¹. Ricordato ciò appare impingere nell'ovvio il fatto che le criticità che si frappongono ad una condivisa dazione di senso ad un segno linguistico si ingigantiscono quando siano trasposte nel contesto multilingue del diritto europeo. Da ciò sorgerebbe l'esigenza che un discorso rivolto ad esplorare le consonanze e le dissonanze nelle fonti del diritto europeo in tema di proprietà sia preceduto da considerazioni introduttive, di carattere essenzialmente metodologico, adeguate a contestualizzare la tematica proprietaria in un contesto multilingue e multiculturale. Poiché però, spese in un contesto congressuale, simili considerazioni introduttive si connotano normalmente per la loro micidiale noiosità quando siano esposte in forma analitica, o per la loro ingannevole sentenziosità quando siano esposte in forma retoricamente accattivante, eviterò di svolgere una introduzione alla tematica che mi è stata affidata. Procederò invece da alcuni telegrafici postulati che assumo esattamente come postulati e che quindi darò per dimostrati.

2. – I postulati da cui procedo sono i seguenti.

Primo: quella che chiamiamo proprietà è un istituto giuridico che nelle prassi discorsive diffuse globalmente significa genericamente: posizioni di appartenenza, ma che (confusoriamente) in alcuni contesti discorsivi assume il significato ristretto di appartenenza individuale (proprietà privata/private property) e quindi di diritto (soggettivo) di proprietà.

¹ Il riferimento è alla frase di chiusura del celebre saggio di S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà* (1953), ora in, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, Giuffrè, rist. 1964, a p. 309: «... a sintesi e a suggello del lungo discorso, possiamo dichiarare che la parola «proprietà» non ha oggi, se mai ha avuto, un significato univoco. Anzi troppe cose essa designa, perché possa essere adoperata con la pretesa di essere facilmente intesa. In ogni caso l'uso di essa, con le dovute cautele e chiarimenti necessari, anche se si protrarrà ancora nel prossimo futuro, non può ormai mantenere l'illusione che alla unicità del termine corrisponda la reale unità di un saldo e compatto istituto». Per altre vie alla medesima conclusione è pervenuta parte della dottrina americana, cfr. ad es. TH. GREY, *The Disintegration of Property*, in J.R. PENNOK AND J.W. CHAPMAN (eds.), *Nomos XXII: Property*, New York, 1980, p. 81; J. Williams, *The Rhetoric of Property*, 83 *Iowa L. Rev.* 277 (1998): "Labeling something as property does not predetermine what rights an owner does or does not have in it" (p. 297); TH. W. MERRIL & H.E. SMITH, *What Happened to Property in Law and Economics ?* 111 *Yale L. J.* 357 (2001).



Secondo: la vaghezza della parola proprietà può essere ricondotta ad un significato accettabilmente preciso che ne consente l'impiego nelle prassi discorsive solo mediante un esame che parta dalle fonti, normative e culturali, della istituzione proprietaria. Esame che certamente conduce nei territori della complessità più elevata perché le fonti normative si collocano a diversi livelli intrecciati tra loro, mentre le fonti culturali sono scandite tra le narrazioni tradizionali al cui centro sta ancora la proprietà terriera e gli sguardi prospettici che inseguono le evoluzioni tecniche del mondo dei beni. Complessità tuttavia non vuol dire frantumazione e perdita di senso e di ciò è prova il fatto che i giuristi europei (ed occidentali) di proprietà hanno continuato a discorrere tra loro; dato quest'ultimo che da solo testimonia l'esistenza di un perdurante nucleo comune di senso, e che non si potrebbe spiegare se non ricordando che le fonti comuni, ad iniziare da quelle che hanno carattere costituzionale, forniscono una base sufficiente a mantenere aperto il dialogo tra i giuristi europei.

Terzo: tra le fonti dell'istituzione proprietaria assumono indubbio rilievo quelle che compongono il "blocco costituzionale" e che da noi si compongono: a) degli artt. 42-47 della Costituzione della Repubblica, ma principalmente da quanto espresso all'art. 42; b) dall'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta DFUE); c) dall'art. 1 del 1° Protocollo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (art. 1-P1-CEDU).

Quarto: considerate come testi, le fonti citate presentano visibili consonanze e dissonanze, le quali come sempre accade possono essere ampliate, o ridotte, nella dinamica interpretativa, la quale però si svolge non solo dai testi, ma prendendo in esame l'insieme della fonti legali e culturali dell'istituzione proprietaria. Di ciò è testimonianza indiretta il fatto che quando si evoca una fonte testuale, spesso si correda l'evocazione con la specificazione che quel testo è assunto così come interpretato dalla corte di vertice del sistema. Il che non è sintomo di rozzo giurisdizionalismo, ma della consapevolezza che i testi legali sono sempre soggetti ad una dinamica interpretativa che opera incessantemente pur seguendo linee di sviluppo incrementale che la rendono leggibile.

Quinto: le consonanze e le dissonanze che si rintracciano nelle fonti debbono perciò essere lette alla luce della dinamica interpretativa che parte dai testi per pervenire alla formulazione di regole e di principi che siano congruenti tra loro. Nel quadro di convergenze promosso dall'U.E. questa finalità mi pare infatti ineludibile, o, meglio, può essere elusa solo assumendo di voler perseguire obiettivo politico opposto che conduce a por termine ai tentativi di edificazione di un diritto comune europeo ed al di là di quest'ultimo al dissolvimento dell'Unione. Finalità politicamente proponibile, ma certamente non suscettibile di orientare l'ermeneutica giuridica la quale rimane, ed a mio avviso merita di rimanere, ancorata alle norme vigenti che per il momento sono sistematicamente convergenti nell'indicare la via del progressivo rafforzamento dell'Unione. In questa direzione deve quindi essere colta la dinamica interpretativa cui si è fatto cenno, ma poiché essa muove oltre che dai testi anche da una osservazione scientifica dei fenomeni giuridici non può occultare tutte le criticità che si frappongono alla edificazione di un diritto



proprietario europeo, ma si sforza di superarle anzitutto chiarendo quale sia la loro effettiva consistenza.

Allorché le criticità siano numerose e dense, il compito di chiarificazione dei problemi che è tradizionale appannaggio del formante dottrinale esige però di essere affrontato partitamente, e perciò qui si farà solo cenno di quelle che concernono la dimensione costituzionale della proprietà e si lo farà ciò nell'ottica del giurista italiano consapevole della dimensione europea del suo diritto interno.

3. – Nella dottrina italiana è ormai ampiamente riconosciuto, quanto si è appena enunciato al postulato 3, ovvero che il diritto di proprietà nella sua dimensione costituzionale non trova la sua unica fonte testuale negli artt. 42-47 della Costituzione, essendo da prendere in considerazione anche l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E ed il primo protocollo alla convenzione europea dei diritti dell'uomo². Tuttavia questo comune orientamento che si pone sulla scia delle storiche decisioni della nostro corte costituzionale n. 348 e 349/2007 ha dato adito anche a dibattute problematiche circa la corretta gerarchia delle norme citate, circa la loro natura (da cui la differenziazione doverosa tra le norme U.E e quelle della CEDU) e circa l'esatto significato che deve riconoscersi alla nozione di parametro interposto mediante la quale la corte costituzionale ha qualificato la posizione delle norme della CEDU. Giova quindi chiarire che logicamente simili problematiche si pongono a valle della identificazione dei punti di consonanza e dissonanza tra norme, perché la nozione di norma interposta designa una disposizione il cui significato orienta la dazione di senso che si deve dare ad una altra disposizione omologa il cui testo di primo acchito può prestarsi ad un ventaglio di possibilità interpretative, mentre la nozione di gerarchia tra le fonti da cui trae linfa l'idea di supremazia preservata alla fonte costituzionale e quella dei contro limiti insiti nel testo costituzionale rispetto ad influssi generati da fonti sovranazionali, ha ragion d'essere quando si contemplino situazioni di antinomia non risolvibili in via interpretativa. Ne consegue che la breve indagine che si intende svolgere ha carattere propedeutico, ma anche scopo semplificatorio, rispetto all'elevato dibattito che si è sviluppato in Italia sul tema qui indagato.

Ciò posto si può ricordare che:

L'art. 17 Carta DFUE, e l'art. 1-P.1 CEDU considerano unicamente la Proprietà Privata, mentre l'art. 42 cost. considera la istituzione proprietaria nella sua globalità ed infatti in apertura colloca la Proprietà Pubblica accanto a quella Privata.

L'art. 17 Carta DFUE, e l'art. 1-P1 CEDU considerano solo la Proprietà Privata al fine (limitato) di assicurare ad essa una garanzia costituzionale contro le confische, mentre l'art. 42 cost. prima di esprimere la garanzia costituzionale contro le confische colloca la proprietà privata in

² Cfr. M. TRIMARCHI, *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 21 ss.

JUS CIVILE



una dimensione finalistica che deve assicurarne la funzione sociale e renderla accessibile a tutti.

L'art. 42 cost. e l'art. 17 Carta DFUE fanno riferimento alla proprietà (privata) considerandola istituto giuridico esistente nel quadro di una tradizione giuridica comune, mentre l'art. 1-P1 CEDU fa riferimento alla titolarità di beni, ossia ad un concetto che non trova corrispondenza in figure giuridiche preesistenti e perciò si dice dotato di un significato autonomo.

La tesi che vorrei dimostrare è che le prime due dissonanze sono risolvibili per via interpretativa, mentre la terza pone problemi di coordinamento (allo stato) non risolvibili.

La dimostrazione di questa tesi è affidata alla seguenti considerazioni.

4. – Si è appena osservato che le consonanze e dissonanze più immediatamente percepibili attengono al significato che la parola proprietà, o altro segno linguistico equivalente in altra lingua, veicolano. Tuttavia si deve osservare che il significato della parola non è direttamente deducibile dai testi costituzionali citati ed, invero, da nessun testo costituzionale che io conosca. Infatti nessuno di essi contiene criteri di riconoscimento del diritto, o dei diritti di proprietà. Per sapere che cosa, in prima approssimazione, si debba intendere leggendo tale parola occorre far riferimento a fonti esterne al testo. Si deve però osservare che a differenza di “famiglia” che può essere può essere un concetto dedotto dalla sociologia o dall'antropologia, o di “libertà” che può essere un concetto riconducibile ad idee politiche e filosofiche, quello di “proprietà” è un concetto eminentemente giuridico, e pertanto, sempre in prima approssimazione, il suo significato viene dedotto dal diritto civile (o dal common law). Ciò comporta un inevitabile intreccio tra il piano civilistico e quello costituzionale. Poiché però i testi da cui siamo partiti sono ovviamente testi normativi posti in relazione istituzionalizzata con le fonti del diritto civile (o del common law), l'inevitabile intreccio appena evidenziato non può essere colto sul solo piano semantico, o, meglio, accanto all'intreccio semantico se ne colloca un altro saldamente associato al precedente, un poco come accade nella struttura a doppia elica del DNA. La duplicità degli intrecci, la cui mancata percezione ha dato origine in passato a non pochi e non piccoli equivoci, è una caratteristica rilevante della tematica in oggetto, come è dimostrato dal fatto storico per cui il passaggio epocale tra costituzioni cosiddette flessibili e costituzioni cosiddette rigide verificatosi nel mondo nel XX secolo ha inciso profondamente sulla traslazione di senso che la parola proprietà inserita nei testi costituzionali riceve dalle fonti civilistiche.

Per meglio illustrare questo aspetto farò riferimento sintetico ad un panorama storico comparativo convenientemente allargato dal quale emerge che la prima alterazione nella traslazione di senso dalla fonte civilistica a quella costituzionale dipende appunto da che cosa si intenda con l'aggettivo costituzionale.

5. – Quando ci si chieda quale sia il senso dell'aggettivo “costituzione” in collegamento con

JUS CIVILE



la nozione di proprietà, si può procedere dall'osservazione per cui l'istituto della proprietà è sempre stato "costituzionalizzato" nel senso che la sua presenza e la sua conformazione all'interno di ogni ordinamento giuridico è fondamentale per tutti gli aspetti patrimoniali dell'ordinamento stesso e poiché è innegabile che l'ordinamento delle relazioni patrimoniali tra gli individui è comunque parte della costituzione in senso materiale, si può dire che la sua narrazione, descrive anche l'assetto costituzionale del sistema nazionale. Da qui l'equivoco che consiste nel considerare la fonte principale della disciplina proprietaria (sia esso il codice civile o il common law) come la "vera" costituzione della nazione. Il che è eguale a prevedere che la nazione abbia una costituzione politica ed una costituzione economica espresse in due testi, o due documenti legislativi, diversi. Ma poiché sia il codice civile sia il common law sono modificabili con leggi ordinarie, il costrutto regge sino a quando anche la costituzione politica è modificabile con legge ordinaria. Pertanto la fonte civilistica può essere considerata di carattere costituzionale solo sin a quando si fa riferimento ad un significato di costituzione in senso di costituzione flessibile, la quale cioè non sia formalmente diversa dalla legge ordinaria e risulta pertanto soggetta ai medesimi procedimenti di integrazione e sviluppo per via ermeneutica cui sono soggetti i precetti posti dalla legge ordinaria. Nella prospettiva della dinamica interpretativa è facile avvedersi che in realtà, in ambiente di costituzione flessibile, la nozione di proprietà che acquista carattere fondamentale e quindi viene costituzionalizzata non è mai un mero insieme di norme tratte da testi legislativi, ma un sistema di regole e concetti comunemente condivisi dalla comunità interpretativa. Ad esempio, quella che chiamiamo "proprietà napoleonica" è solo in modesta parte espressa nel Code Napoléon essendo in realtà il prodotto di una sistematizzazione dottrinale che si è svolta nell'arco di almeno un secolo, come è dimostrato dal fatto che il sistema proprietario è stato edificato su principi di diritto inespressi da quello del *numerus clausus*, a quello della libertà dei fondi, alla distinzione basilare tra interesse privato ed interesse pubblico, tra libertà individuale e vincoli. Ciò spiega perché una simile proprietà "costituzionale" non pone problemi di raccordo tra il livello civilistico e quello costituzionale, ma pone insuperabili problemi di consonanza e dissonanza tra i modi di pensare alle proprietà, che si manifestano in ambienti giuridico-culturali diversi tra loro. Come ben sanno i comparatisti che hanno affrontato la tematica proprietaria, se ci si pone nella dimensione puramente civilistica ci si scontra subito con il ben noto divario che emerge dal confronto tra civil law e common law, ed anche al di là esso, dal divario, meno profondo, ma pur sempre irriducibile, che si riscontra tra i diversi modi di pensare e di narrare la proprietà nelle varie esperienze giuridiche dell'Europa continentale, ad iniziare da quelle che si ritrovano attraversando il Reno all'altezza di Strasburgo. Anche una riflessione abbreviata può convincere che nel quadro di costituzioni flessibili ove tutto il centro di gravità è collocato nel sistema civilistico nazionale, non sarebbe mai stata pensabile la introduzione di una disposizione come l'art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali UE che opera sul piano europeo.



6. – È quasi banale ricordare che il significato moderno di costituzione è ormai riservato a quei testi costituzionali che non sono modificabili con legge ordinaria ed il cui rango superiore è assicurato dalla possibilità di *judicial review* delle leggi ordinarie. Quando una costituzione “moderna” fa menzione della proprietà, l’istituto corrispondente diviene una istituzione necessaria dell’ordinamento ed anche una istituzione fondamentale per le stesse ragioni accennate sub 5 e ciò rende a mio avviso oziose molte discussioni riguardo al carattere fondamentale del diritto di proprietà. Soprattutto però le posizioni proprietarie vengono garantite in modo efficace dai meccanismi di sindacato giurisdizionale sulle leggi ordinarie conformative della istituzione proprietaria; sindacato cui è demandato il compito di controllare che la conformazione delle proprietà non sfoci in confische arbitrarie. Al riguardo direi, riassumendo l’esito di ampie indagini comparatistiche, che non assume particolare rilievo che tale sindacato sia diffuso oppure accentrato in una corte costituzionale che conosce incidentalmente le questioni sollevate la giudicanti; nel caso della garanzia costituzionale delle posizioni proprietarie si tratta di meccanismi funzionalmente identici.

Piuttosto è da notare che alcuni modelli costituzionali si limitano a menzionare la proprietà privata ed a prevedere che essa non può essere confiscata agli individui, ma può essere espropriata con giusto indennizzo. Capostipite di questo modello è il 5° emendamento alla costituzione federale americana il quale ha codificato la cosiddetta *taking clause* in base alla quale: “private property (shall not) be taken for public use without just compensation.”. Ciò implica che prima della costituzione esista una posizione soggettiva chiamata “private property”. Pertanto quando si adotta questo modello, si assume necessariamente la preesistenza di un istituto giuridico che è dinamicamente disciplinato dal diritto civile (o dal *common law*) inteso come fonte dell’istituto proprietario il quale fornisce i criteri di riconoscimento che sono necessari per poter dare un senso alla garanzia costituzionalmente stabilita.

Altri modelli costituzionali, il cui capostipite può essere rintracciato dall’art. 153 della costituzione di Weimar, non si limitano a prevedere una specifica garanzia contro le confische, ma prevedono espressamente che sia compito del legislatore ordinario sviluppare il diritto civile esistente per conformare le proprietà private indicando altresì la direzione di tale conformazione mediante la elezione di un valore che conferisce alla legislazione conformativa una dimensione assiologica.

L’art. 42 della costituzione italiana che ha adottato la formula della funzione sociale colloca la nostra proprietà costituzionale nell’ambito di questo secondo modello, e la stessa osservazione potrebbe ripetersi rispetto alla costituzione spagnola in riferimento alla pur più ambigua formula contenuta nell’art. 33.

Tuttavia è da notare come l’esperienza storica abbia dimostrato come le differenze tra questi due modelli sono più apparenti che reali e quindi essi possono considerarsi consonanti.

JUS CIVILE



7. – La convergenza tra modelli costituzioni appartenente divergenti è un fenomeno che si coglie nell'evoluzione storica di essi e che si spiega alla luce di altre dinamiche evolutive.

Al riguardo inizio con l'osservare, da un lato, che l'ancoraggio del significato delle espressione proprietà privata ad una tradizione dottrinale e giurisprudenziale non può essere più riferito alle narrazioni descrittivamente assai nette che circolavano in passato in gran parte a titolo di lascito ereditario delle impostazioni giusnaturalistiche, ma è riferito a narrazioni dottrinali divenute assai più fluide; mentre dall'altro lato è universalmente accettato che spetti al diritto civile (o al common law) conformare le varie posizioni proprietarie assortendo e riassortendo le diverse prerogative proprietarie alla luce dei caratteri ontologici dei diversi tipi di beni e del criterio generale del costo/beneficio sociale complessivo.

In altri termini, mi pare innegabile che nel corso del XX secolo sono svanite le preoccupazioni che animavano i costituenti di Weimar, ed anche i nostri, i quali temevano che la mera menzione del diritto di proprietà privata in un testo costituzionale rigido consacrasse per l'eternità un istituto giuridico che non poteva avere altro significato giuridico all'infuori di quello del sostegno offerto all'individualismo possessivo. Questa associazione era in effetti mediata dall'adesione latente all'idea che l'espressione: *proprietà privata, private property, propriété*, non potesse ricevere altra dazione di senso all'infuori di ciò che Blackstone descriveva – peraltro smentendosi poche pagine dopo – come: “the sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any others individual in the universe”; o che Windscheid denotava – peraltro cadendo in contraddizione poche righe dopo – come quella situazione in cui rispetto alla cosa la volontà del proprietario “è decisiva nella totalità dei suoi rapporti”; o che l'epigrammatico stile del code Napoléon delineava come “le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue”, salvo smentirsi nella seconda parte dell'art. 544.

Ora, non vorrei aggiungere un'altra banalità alle molte che ho già enunciato, ma è sicuro che al giorno d'oggi nessuno può ripetere queste narrazioni della proprietà senza un sorriso di compatimento e ciò non perché siano tramontate le ideologie che le avevano prodotte, ma perché si è pienamente coscienti dei difetti logici e metodologici che le inficiavano, difetti che hanno condotto ad accreditare l'immagine di un diritto individuale assoluto e compatto e però circondato da limiti di diritto pubblico indefiniti ed indefinibili, la quale non solo non descrive alcunché il giurista possa rintracciare nel diritto positivo, ma non aiuta affatto a cogliere come il diritto di proprietà si sviluppi nel diritto civile ed ostacola la comprensione di come operi nella legalità costituzionale.

In realtà il necessario rinvio che un testo costituzionale, il quale menzioni e garantisca il diritto di proprietà, opera al diritto civile (o al common law) è riferibile ad un diritto civile che da tempo ha appreso a conformare le posizioni proprietarie in base a criteri che si ispirano al calcolo dei costi e dei benefici sociali, calcolo che perciò viene svolto da esperti di varia provenienza professionale. In effetti, e mi scuso per l'ulteriore banalità che ammannisco, la disciplina com-



plexiva dei beni ambientali, quella urbanistica, quella dei beni culturali, delle acque ed anche quella destinata alle attività agricole, industriali, bancarie, finanziarie, ecc.; ovvero tutte le discipline che si contemplano quando si faccia riferimento ai dati del diritto positivo vigente in un qualunque sistema giuridico attuale sono necessariamente conformative delle posizioni proprietarie coinvolte. Ma ciò che è importante sottolineare è che si tratta di discipline che pur muovendosi nella medesima prospettiva del calcolo del *social cost* possono essere informate da scelte di policy che le orientano verso obiettivi di efficienza o verso obiettivi di redistribuzione (solitamente etichettati con la parola “giustizia”) del tutto indipendentemente da come il testo costituzionale è formulato. Nella prospettiva storico comparativa, l'esempio classico che si adduce è quello della esperienza costituzionale americana nel corso della quale ci si è avveduti che la citata formulazione del 5° emendamento, in associazione con quella del 14° emendamento, non può essere intesa come una garanzia di immodificabilità della disciplina proprietaria preesistente e nemmeno come esclusione di ogni possibilità di scelte di policy redistributive. Infatti ogni testo costituzionale deve lasciare tra se e le discipline conformatrici delle posizioni proprietarie uno adeguato spazio per le diverse scelte di policy che un legislatore democratico può adottare in base agli orientamenti prevalenti nel corpo elettorale, altrimenti cessa di essere una costituzione che fonda una democrazia rappresentativa.

Per la stessa ragione, anche testi costituzionali che impegnano i legislatori a dotare la proprietà privata di una funzione sociale, traggono dalla inemendabile vaghezza della formula, lo stesso spazio di libertà di scelta da riservare al legislatore ordinario.

Da ciò la traiettoria di convergenza che si riscontra nei dati storici.

Convergenza, e consonanza attuale, che si riscontra anche sotto un altro profilo.

8. – Le costituzioni rigide che tuttavia fondino una democrazia rappresentativa che consente al corpo elettorale di esprimere ed attuare diversi indirizzi di politica economica e sociale che si possono alternare nel tempo a seconda delle contingenze storiche, riservano a giudici indipendenti, e quindi affidano al criterio antimaggioritario, la tutela di alcuni diritti individuali che altrimenti potrebbero essere travolti qualora la maggioranza in un qualche momento storico non sentisse più come propri i valori ad essi sottesi.

Violerei la promessa che ho fatto di non dire più banalità se osservassi che il diritto di proprietà privata non può entrare nel novero dei valori irrinunciabili. Se il diritto di proprietà ha potuto essere proclamato inviolabile in ambiente di costituzione flessibile ciò è avvenuto grazie appunto alla flessibilità del dettato costituzionale che rendeva tale caratterizzazione una innocua declamazione.

Piuttosto è da osservare che colti nel loro aspetto di documenti giuridici tutti i testi costituzionali moderni indicano non già che la proprietà privata è inviolabile, ma l'esatto contrario, indicano cioè che essa può essere espropriata per pubblica utilità. Tuttavia gli stessi testi costitu-

JUS CIVILE



zionali bilanciano la possibilità di procedere ad un trasferimento coattivo dei titoli di proprietà giustificato solo dalla prevalenza dell'interesse pubblico con il vincolo che il procedimento deve essere legale e che il singolo espropriato deve essere integralmente compensato per la perdita subita. Simile garanzia può essere trascritta in termini di parità di trattamento tra proprietari, e posto che l'espropriazione classica riguarda le proprietà immobiliari che per loro natura sono infungibili, più precisamente si può trascrivere in termini di parità di trattamento tra proprietari immobiliari, ai quali la costituzione garantisce che non ostante la prevista possibilità di essere espropriati, tuttavia saranno rimessi *in integrum* per equivalente e quindi saranno rimossi dal timore che il tiranno, o la maggioranza, di turno possa danneggiarli patrimonialmente. Il valore costituzionale che viene sottratto alle oscillazioni degli orientamenti maggioritari è quindi da collegarsi con il principio di eguaglianza e non direttamente con l'istituzione proprietaria la quale rimane fondamentale in tutt'altro senso, ovvero nel senso di pietra d'angolo dell'assetto dei rapporti patrimoniali tra cittadini e non come presidio della libertà individuale (compito che le proprietà conformate non potrebbero logicamente svolgere).

La rilevata consonanza su questa impostazione di fondo si manifesta anche nella similitudine dei problemi che rimangono aperti.

Tra essi indubbiamente il maggiore è dato dal c.d. regulatory taking. Tale problema ha due aspetti. Da un lato si può dire in sintesi che in tema di regulatory taking, o espropriazione di valore, o espropriazione senza spossessamento, si assiste ad un "fallimento" delle esperienze giuridiche occidentali, non essendo risultato possibile in alcuna esperienza giuridica tracciare normativamente una linea di demarcazione precisa tra le ipotesi di conformazione dell'uso delle singole proprietà per la promozione di interessi generali che sono ammissibili senza indennizzo e le ipotesi in cui le restrizioni imposte a singole proprietà sono talmente incisive da richiedere invece la corresponsione di un indennizzo che riporti il proprietario inciso in posizione di parità rispetto ad altri proprietari a lui consimili. L'effetto di tale impossibilità è quello di dislocare la soluzione del problema in capo alle corti supreme dei singoli sistemi le quali decidono sostanzialmente caso per caso ed in modo sostanzialmente "unprincipled", ossia non guidato da principi coerenti. Dall'altro lato si deve notare che anche la sola comunanza del problema in sé, preserva alla comunità dei giuristi occidentali la possibilità di discorrere attorno alla proprietà superando gli storici steccati tra concezioni civilisticamente diverse, quali quelle cui si è già fatto cenno che intercorrono tra i modi pensare tecnicamente le posizioni di appartenenza che si riscontrano tra civil law e common law. È realistico infatti considerare che la nozione costituzionale di proprietà è oggi la forza centripeta che consente di intrecciare un dialogo transazionale attorno alla tematica proprietaria.

Quanto appena osservato spiega la ragione per cui i modelli costituzionali tradizionali indicati al paragrafo 6, si siano ibridati ed i testi più recenti dopo aver riprodotto con le opportune specificazioni la taking clause si premurano di ricordare, come accade esemplarmente nell'art. 17 Carta DFUE, che «l'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'inte-



resse generale»³. Indicando con ciò un modello di istituzione proprietaria la cui conformazione è rimessa alle scelte di policy del legislatore nel perseguimento dell'interesse generale e che pertanto è continuamente plasmabile e plasmata dalle sue fonti legali e culturali alla sola condizione che esse preservino sufficienti criteri di riconoscimento delle posizioni proprietarie protette contro le confische arbitrarie, senza i quali la cosiddetta garanzia costituzionale diviene necessariamente o del tutto vuota o troppo piena impedendo lo svolgimento delle politiche economiche e sociali che riscuotono il consenso della maggioranza del momento.

9. – Nella letteratura europea si considera generalmente che la Corte EDU abbia dato il maggior contributo alla edificazione di un diritto comune europeo in tema di diritti di proprietà e nello stesso tempo abbia offerto agli stessi diritti una protezione elevata. A me sinceramente non pare che le cose stiano così, ed anzi ritengo che la giurisprudenza della Corte EDU in applicazione del 1°P CEDU sia profondamente dissonante rispetto alle giurisprudenze delle altre corti supreme europee. Intendiamoci, riconosco pienamente che la Corte EDU ha svolto un ruolo insostituibile nell'eliminare le devianze di alcuni sistemi degli Stati membri i quali per varie ragioni non riuscivano a prendere i diritti sul serio e tra essi, in relazione al diritto di proprietà si poneva anche il sistema italiano; ma il punto è che la Corte EDU non è riuscita a fornire al testo da cui muove una interpretazione consonante con gli altri testi costituzionali europei e ciò l'ha condotta da un lato a dilatare enormemente il proprio sindacato sulle leggi e sugli atti amministrativi degli Stati membri e dall'altro lato a sviluppare una protezione dei diritti di proprietà che ricorda da vicino l'esperienza vissuta dalla Corte suprema federale americana durante la cosiddetta Lochner Era⁴.

In questa sede tuttavia non intendo analizzare la giurisprudenza della Corte EDU in tema di proprietà, ma solo sottolineare come essa non abbia corretto per via interpretativa le anomalie del testo dell'art. 1 del protocollo 1 alla CEDU e che anzi le abbia aggravate pretendendo di conferire a tale testo un significato autonomo, nel senso di indipendente dalle tradizioni giuridiche comuni agli Stati membri; tradizioni che come si è appena osservato sussistono e quindi potrebbero essere utilizzate.

È noto infatti che l'art. P1-1 della Convenzione, intitolato "Protection de la propriété" e

³ Espressa in lingua italiana la frase può apparire infelice, potendo significare che il potere conformativo è limitato agli interventi strettamente necessari; ma il senso della frase si chiarisce leggendo i testi in francese ed inglese, ove con miglior precisione si dice: "L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général // The use of property may be regulated by law in so far as is necessary for the general interest", e dove dunque è chiaro che la disciplina delle posizioni di appartenenza privata deve essere giustificata dal perseguimento di un interesse generale, che è un altro modo per dire che si deve adottare l'approccio del costo sociale complessivo.

⁴ La denominazione prende spunto dalla decisione del caso *Lochner v. New York* (198 U.S. 45 (1905)), illuminata da una potente dissenting opinion di Holmes.

JUS CIVILE



“Protection of property, sia stato fraseggiato in modo anomalo⁵ rispetto alle tradizioni costituzionali occidentali, infatti prevede che: “Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d’utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.” // «Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.».

Qualunque sia stata la ragione di simile fraseggio⁶, l’intenzione era tuttavia chiara: si trattava di proteggere le posizioni di appartenenza proprietaria contro le confische arbitrarie, allo stesso modo con cui esse sono protette dalla varie taking clauses normalmente inserite in tutte le costituzioni moderne non socialiste.

Senonché come si è rilevato al paragrafo 7, il funzionamento di una taking clause dipende dalla assunzione di criteri di riconoscimento della posizione giuridica protetta, sicché se si assegna alla anomala espressione: “droit au respect de ses biens//peaceful enjoyment of his possessions” un significato autonomo si smarriscono quei criteri di riconoscimento che i testi costituzionali occidentali traggono dalla tradizione del diritto civile (o del common law). Ne consegue che la nozione di proprietà cui il testo, nella sua interezza vuole offrire (limitata) protezione può indicare o il nulla o il tutto. Poiché però è improbabile che una corte di vertice interpreti un testo in modo che essa non abbia nulla da fare, la direzione dell’interpretazione diviene istituzionalmente obbligata e la Corte EDU si è fatta quindi alfiere della tesi, almeno assai dubbia, per cui property can be everything. Se qualcuno ritenesse che in tal modo si fornisce una immagine caricaturale della giurisprudenza della Corte EDU, può sincerarsi leggendo (per sicurezza in lingua originale) una qualsiasi delle moltissime sentenze in cui ricorre l’asserzione secondo la quale il diritto al rispetto dei propri beni: “peut recouvrir tant des “biens actuels” que des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une “espérance légitime” d’obtenir la jouissance effective d’un droit de propriété”⁷.

Il punto su cui vorrei richiamare l’attenzione è che le consonanze su cui mi sono intrattenuto

⁵ Come si legge nei lavori preparatori: “the right to own property [droit de propriété nella versione francese] is expressly not mentioned, in order to avoid elaborate questions, especially theoretical disquisitions on the nature and extent of this right, but there is clearly established, in conformity with the Universal Declaration of Human Rights, drawn up by U.N. (Article 17), the fundamental principle that any person, natural or corporate, has the right to respect for his goods and chattels [biens nella versione francese], which may not be the object of arbitrary confiscation. In realtà i redattori del testo vollero trarsi di impiccio a fronte delle divergent ricostruzioni teoriche del diritto di proprietà senza accorgersi che ai fini della nozione di proprietà costituzionale simili questioni non hanno effettiva rilevanza, mentre la formulazione da essi escogitata rendeva possibile una proprietà senza radici storiche.

⁶ Tuttavia il testo prosegue prevedendo che: “The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties”.

⁷ Questo fraseggio è ormai standardizzato nelle sentenze della Corte EDU in tema di applicazione dell’art. 1, P.1 che sono ovviamente numerosissime.



non derivano da contingenze accidentali, ma sono il risultato di meccanismi complessi che rendono le corti coscienti della necessità di coordinamento con gli altri poteri dello Stato e quindi essenzialmente di proteggere i diritti individuali, ma di preservare ai governi ed ai legislatori lo spazio necessario per attuare i loro programmi politici. Una corte sovra nazione come la Corte EDU non è però soggetta a simili necessità di coordinamento e quindi è assai più esposta al rischio di sovraesposizione.

In effetti il risultato cui pone capo l'orientamento seguito dalla Corte EDU che considera compreso nell'area del diritto al rispetto dei propri beni qualsiasi interesse di natura patrimoniale finisce con il coincidere con una limitazione imposta allo svolgimento di programmi di governo dell'economia posto che la potestà conformativa dei legislatori e dei governi degli Stati membri è spogliata della discrezionalità necessaria ad attuare scelte di policy. Infatti nella giurisprudenza della Corte EDU il riferimento la margine di apprezzamento lasciato ai legislatori è sempre ricordato come un mero orpello ed è sostanzialmente sommerso dall'attività di bilanciamento svolta dalla corte. È ironico che ciò sia avvenuto in contemplazione del testo dell'art. 1-P.1 che è uno dei più precisi nel salvaguardare tale discrezionalità, prescrivendo che «*Le disposizioni precedenti (scil. una taking clause) non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende*».

Vorrei osservare che ciò può essere ironico, ma è inevitabile perché se si privano i testi del loro retroterra storico culturale i risultati possono essere imprevedibili ed anche opposti alle intenzioni dei redattori.

L'effetto più dissonante è dato tuttavia dalla estensione della dilatata nozione di diritti di proprietà ai rapporti orizzontali. Al riguardo occorre ricordare che se è vero che la Corte EDU giudica sui rapporti tra cittadini e Stati e quindi protegge i diritti elencati nella Convenzione in senso puramente verticale, tuttavia ciò non implica che essa non possa portare alla propria cognizione anche questioni che riguardano rapporti tra cittadini o rapporti che sono regolati da norme che tradizionalmente si ascrivano al diritto privato. Per ottenere una estensione della protezione istituzionalmente offerta dalla Corte EDU ai diritti individuali anche in senso orizzontale basta considerare che uno Stato è responsabile anche per omissione e quindi quando abbia mancato di proteggere il titolare di un diritto individuale anche a fronte di aggressioni non provenienti da apparati dello Stato stesso. Ricordato ciò diviene però inquietante considerare che mentre le corti di vertice europee si sono mantenute sostanzialmente fedeli alla tradizione civilistica ed alla sue categorie ordinanti, o alle tradizioni costituzionali comuni⁸ che in materia di proprietà le inglobano, e quindi hanno risolto i conflitti orizzontali in adesione ad esse ed alle loro traiettorie di sviluppo, la Corte EDU accogliendo l'idea che il diritto al rispetto dei propri

⁸ Si ricordi che l'interpretazione conforme alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri è canone ermeneutico imposto dall'art. 54.4 della Carta dei diritti fondamentali UE.

JUS CIVILE



beni parificati tra loro tutte le posizioni giuridiche rispetto al godimento o alle aspettative di acquisizione dei beni si è privata degli strumenti per ordinare tra loro le diverse posizioni di appartenenza. Da ciò un guazzabuglio di decisioni in cui di volta in volta si pone in discussione la violazione del primo protocollo per non aver protetto il titolare del diritto di proprietà contro l'acquisto per usucapione di un possessore sine titulo⁹; ma altre volte si decide che vi è violazione dell'art. 1 del primo protocollo se si tenta di estromettere dal fondo il possessore illegittimo¹⁰. Difficile dubitare che la giurisprudenza della Corte EDU si collochi in posizione di forte dissonanza, ma è evidente che si tratta di dissonanza non destinata ad essere riassorbita sino a quando si pretenda di dotare l'istituzione proprietaria di un senso nuovo ed autonomo dalla storia giuridica europea.

⁹ Il riferimento è al notissimo caso *J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. the United Kingdom*.

¹⁰ Il riferimento è al caso *Soc. agr. Valle Pierimpiè c. Gov. Italia*, 23 dicembre 2014, n. 46154/11, ma in tema cfr. anche, *Depalle c. France*, 29 marzo 2010, n. 34044/02; *Bölükbaş et autres c. Turquie*, 9 febbraio 2010, n. 29799/02, *Köktepe c. Turquie*, 22 luglio 2008, n. 35785/03; *Hamer c. Belgique*, 27 novembre 2007, n. 21861/03.



NICOLÒ LIPARI

Professore emerito di Diritto Privato – Università La Sapienza di Roma

DOTTRINA E GIURISPRUDENZA QUALI FONTI INTEGRATE DEL DIRITTO *

SOMMARIO: 1. *Dottrina e giurisprudenza come fonti del diritto nell'ottica tradizionale. La posizione di Capograssi.* – 2. *Dottrina e giurisprudenza nell'esperienza contemporanea. L'assottigliarsi delle differenze. La funzione decisiva del principio di ragionevolezza. Dallo jus positum allo jus in fieri. L'integrazione tra dottrina e giurisprudenza.* – 3. *La ricerca di una prevedibilità degli esiti al di là della certezza. La funzione di dottrina e giurisprudenza nell'ottica della c.d. comunità interpretativa. La loro reciproca interazione.* – 4. *Il nuovo significato dell'intuizione di Capograssi. La comunità interpretativa e il rapporto diritto-morale. La funzione stabilizzatrice di un processo interpretativo integrato. La coppia dottrina-giurisprudenza quale fonte esclusiva del diritto.*

1. – Proporsi oggi il tema della dottrina e della giurisprudenza quali fonti del diritto non può consistere semplicemente nell'aggiungere due voci all'elenco di cui all'art. 1 delle preleggi, un enunciato che si è ormai concordi nel riconoscere privo di qualsiasi valenza precettiva. Sarebbe un atteggiamento assolutamente antistorico sol che si consideri, per limitarsi ad un esempio soltanto, che risale ormai a circa cinquant'anni fa il bel saggio di Luigi Lombardi Vallauri¹, in cui non solo si poneva l'accento sull'immancabile creatività della giurisprudenza, ma si chiariva altresì che la vera fonte del diritto giurisprudenziale sta nella tradizione collettiva del ceto dei giuristi².

Ci si potrebbe semmai interrogare sulle ragioni che hanno così a lungo ostacolato un simile elementare riconoscimento, se è vero che per decenni dopo l'entrata in vigore del codice civile i paradigmi scolastici ribaditi da una consolidata tradizione universitaria hanno parlato di “fonti del diritto” in senso formale senza in queste in alcun modo includere la dottrina e la giurisprudenza. E ciò, nonostante risalisse a ben prima del nuovo codice civile il volume di Giuseppe Capograssi sulla scienza del diritto³, dove esplicitamente si afferma, nel ribadire che solo il pensiero riflesso aiuta l'azione a fissarsi e consolidarsi sottraendola alla caducità che la vita ha

* Relazione tenuta al Convegno in onore di Vincenzo Scalisi su “*Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*”, Università di Messina, 27-28 maggio 2016.

¹ L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.

² È stato giustamente detto che tutto “ciò che condiziona l'interpretazione è fonte” (così R. SACCO, *La dottrina, fonte del diritto*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, p. 457) e quindi non può non esserlo la dottrina, la quale tuttavia “non è mai, o quasi mai, menzionata come fonte del diritto nei testi costituzionali, né nelle declamazioni politiche o giuridiche ufficiali” (v. ancora R. SACCO, *Dottrina, fonte del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, VII, Torino, 1991, p. 215).

³ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1939, oggi in *Opere*, II, Milano, 1959, p. 379 ss.



in sé stessa, che, a ben vedere, la scienza del diritto (intesa, in senso lato, come forma riflessiva sull'esperienza giuridica) è "l'unica vera fonte del diritto nell'esperienza giuridica"⁴. Né basterebbe a spiegare una tale sordità l'atteggiamento diffuso fra i giuristi di disinteresse, per non dire disprezzo, di qualsiasi presupposto filosofico⁵, perché i più accreditati manuali istituzionali sono comunque rimasti per anni privi di qualsiasi riferimento giurisprudenziale o dottrinario. Nell'ottica del giuspositivismo, che riconduce il diritto ad un sistema di enunciati posti, il procedimento interpretativo, quale che fosse la sua fonte, veniva inteso, almeno a parole, come esplicazione di un dato oggettivamente valutabile, riducendosi quindi il ruolo della dottrina e della giurisprudenza a momento meramente subordinato, enunciativo di una norma preesistente, non creativo della medesima⁶.

La rottura dei paradigmi formalistici ha fatto venir meno la rete di concetti ordinanti, fra i quali in primo luogo quello delle fonti quali indici direttivi di una società sottoposta alla forza della legge⁷.

2. – Nell'esperienza contemporanea dottrina e giurisprudenza sono venute progressivamente assumendo ciascuna un ruolo diverso da quello che aveva assegnato loro la tradizione. La dottrina ha perso quello che era il suo connotato caratterizzante legato ad una riflessione *in vitro* in chiave di validità. Nel momento in cui si riconosce il valore determinante del caso e il suo primato⁸ ne discende di riflesso la messa in crisi del concetto tradizionale di validità. Questa sup-

⁴ Cfr. CAPOGRASSI, *op. cit.*, in *Opere*, II, cit., p. 585.

⁵ È ben noto il consenso (esplicito anche quando non dichiarato) fra i giuristi rispetto all'atteggiamento di P. BONFANTE (*Il metodo naturalistico nello studio del diritto*, in *Rivista italiana di sociologia*, 1917, p. 53; v. anche ID., *Filosofia del diritto e scienza del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1923, p. 454 ss.), il quale aveva definito la filosofia giuridica "come una fase prescientifica nello studio del diritto". Operare al di fuori di ogni dichiarato presupposto filosofico appariva "il criterio più sicuro per conservare intatte le doti del vero giurista" (così E. CAMMARATA, *Sulle tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1922, p. 23.)

⁶ Oggi invece possiamo ritenere ormai pacificamente riconosciuto, nonostante i rigurgiti di un ricorrente formalismo, il passaggio dalla tradizionale staticità del positivismo, che individua la norma come un'oggettività conchiusa nettamente distinta dal soggetto interpretante, a quel processo ininterrotto di positivizzazione che connota la teoria ermeneutica del diritto, processo indissolubilmente legato alla concretezza degli atti che individuano, nella varietà delle situazioni storiche, la posizione della norma: cfr. G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, p. 108.

⁷ Non erano peraltro mancati, fin dall'inizio del secolo scorso, segni significativi di un atteggiamento antiformalista. Un giurista francese di inizio secolo aveva già segnalato l'impotenza della legge affermando che "*le droit ne domine pas la société, il l'exprime*": J. CRUET, *La vie du droit positif et l'impuissance des lois*, Paris, 1908, p. 336.

⁸ Cfr. F. VIOLA, *La legalità del caso*, in *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. I, Principi fondamentali*, Atti del 2° Convegno nazionale della Sisdic, Capri 18-20 aprile 2006, Napoli, 2007, p. 315 ss. H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), trad. it., Milano, 1982², p. 382, afferma testualmente che "il compito dell'interpretazione è la concretizzazione della legge nel caso particolare, cioè l'applicazione" e riconosce che "si verifica così un perfezionamento creativo della legge".



pone un'ottica generalizzante, una uniformità di esiti al di là delle singole accidentalità, evenienza questa difficile da riconoscere entro un contesto essenzialmente pluralistico. Il dramma della moderna scienza giuridica sta proprio qui: deve abbandonare le sue categorie tradizionali o quanto meno svuotarle della loro pretesa generalizzatrice per accostarsi il più possibile al caso concreto. Ma nel far ciò essa avvicina sempre più la sua funzione a quello che tradizionalmente era riconosciuto come il ruolo proprio della giurisprudenza. Laddove si riconosca l'insufficienza del criterio della validità formale per l'identificazione del diritto positivo, il punto focale dell'analisi si sposta dal punto di vista dell'atto di posizione a quello dell'atto di riconoscimento, dall'origine all'uso delle norme⁹. Il carattere giuridico della regola non viene più cercato, anche a livello teorico, in un criterio di validità formale nell'ottica di fonti ordinate secondo un ordine gerarchico, ma piuttosto nella concretezza pratica del modo in cui essa viene interpretata e applicata. Per converso, la giurisprudenza, pur essendo perfettamente consapevole dell'incidenza della singola decisione su di uno specifico assetto di interessi, sa anche che la soluzione di quel caso avrà inevitabilmente una valenza più ampia. Essendo per definizione le persone incompatibili, è necessario trovare il punto di saldatura dell'uguaglianza nella diversità, con ciò implicitamente ammettendo il valore normativo del singolo caso; ma allora la giurisprudenza assume inevitabilmente una portata che trascende la specificità di una vicenda processuale. Ecco perché i giudici avvertono sempre più la necessità di infarcire le loro decisioni di *obiter dicta* (espressione questa che ci era del tutto ignota nella stagione delle nostre esercitazioni universitarie sui casi giurisprudenziali), per lasciare intendere le connessioni del caso deciso, le interrelazioni di principio che da quella decisione discendono. E ancorché si dica che gli *obiter dicta* non fanno precedente, su di essi spesso si incentra il dibattito suscitato dalla sentenza¹⁰.

In sostanza, dottrina e giurisprudenza hanno visto sempre più affievolirsi la specificità di un ruolo che era legato alla logica della codificazione, cioè di una norma confezionata e in quanto tale individuabile prima della sua applicazione. Oggi invece la costituzionalizzazione del diritto,

⁹ È questa la chiave in cui ho tentato un ripensamento delle tradizionali categorie ordinanti del diritto civile: cfr. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013. Ed è una chiave che certamente assegna un ruolo significativo all'operatore (pratico o teorico) del diritto chiamato ad organizzare i suoi strumenti qualificativi in un contesto in cui le c.d. "fonti" si sovrappongono e si intersecano. È stato giustamente osservato che la molteplicità dei luoghi di formazione della giuridicità impone che qualcuno si faccia carico dei vortici che inevitabilmente si creano tentando di riportarli, pur fra mille ostacoli, "entro un alveo finalmente fecondo per la vita collettiva": cfr. U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea. Tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, p. 62.

¹⁰ Il consueto paradigma di scuola che spiega l'*obiter dictum* in chiave negativa, cioè come motivazione che non rientra nella *ratio decidendi*, sconta, in una certa misura, i riflessi di vecchi schemi concettuali. Se infatti la vera forza vincolante della decisione, la sua capacità di incidere sui modelli di comportamento, sta essenzialmente nella forza persuasiva dell'argomentazione, risulta spesso del tutto improprio (e comunque sicuramente insufficiente) secernere, all'interno di una motivazione, gli *obiter dicta* dalla schematicità del principio che viene poi consegnato alla massima, proprio perché la forza dell'argomentazione sta spesso in un indice apparentemente marginale. La spiegazione è cosa diversa dal precetto, ma questo viene attuato (e non semplicemente subito) solo in quanto ne venga compresa la spiegazione.



cioè la sua individuazione in chiave di principi, postula una concezione dinamica della regola giuridica, rispetto alla quale sfuma la possibilità stessa di una distinzione tra una lettura in chiave teorica e un'altra in chiave pratica di uno *jus positum*. Sia il teorico (necessariamente attento al caso), sia il pratico (consapevole della inevitabile ricaduta della sua decisione) sono chiamati a contribuire alla formazione della regola, si collocano sul versante dello *jus in fieri*¹¹. In altre parole, tutti i soggetti dell'ordinamento partecipano alla formazione del precetto concorrendo a saldare l'orizzonte del passato (inteso nel riferimento alla legge o alle altre positivizzazioni giuridiche) con l'orizzonte del presente (assunto nel riferimento alle esigenze e ai valori della comunità al momento dell'applicazione).

Ecco perché il principio di ragionevolezza ha soppiantato ogni modo di argomentare in chiave di deduttività ed è diventato il metodo giuridico fondamentale. Da un lato perché è l'unico in grado di consentire una interpretazione storica dei valori costituzionali; dall'altro perché, assumendo il principio di ragionevolezza una portata che va al di là del caso concreto, consente quanto meno una prevedibilità delle decisioni, una volta constatata, nella stagione dell'incertezza, l'eclissi del principio della certezza del diritto cui la stagione del positivismo era tenacemente ancorata¹². In questa chiave la teoria e la pratica giuridica incontrano una necessaria integrazione. Ma non nel senso in cui si parla di integrazione fra le tradizionali fonti del diritto, come modo di mettere a confronto e, se possibile, di conciliare, due dati oggettivi, ma come riconoscimento di un atteggiamento comune, di un convergente modo di intendere la scienza giuridica, che è essenzialmente una scienza pratica, non più come una scienza pura di norme (ammesso che mai lo sia stata), ma come uno sguardo rivolto ai valori prevalenti nel contesto sociale¹³. Nel momento stesso in cui il principio di ragionevolezza entra quale criterio principe nell'istrumentario del giurista sovverte lo schema nomologico-deduttivo e riconduce la giustificazione del modello giuridico ad un criterio di socialità. In sostanza, il giudizio sulla forza cogente

¹¹ Solo in un'ottica di questo tipo è possibile cogliere la necessaria natura intersoggettiva dell'attività di individuazione, conoscenza ed applicazione del diritto, sottolineando la interazione fra i soggetti della comunità giuridica, teorica o pratica che sia la loro apparente funzione: cfr. E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, 2000, p. 195. Indice sintomatico di un atteggiamento del tutto opposto è il recente volume di C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, il cui capitolo secondo (pp. 87-123), significativamente intitolato "Giurisprudenza creativa e dottrina remissiva", commenta in senso critico tutta una serie di sentenze designate come creative ed accolte favorevolmente da una dottrina definita corriva. Nello stesso senso si veda il saggio di L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in corso di pubblicazione nella rivista *on line* *Questione giustizia*, dove si criticano quelle che vengono definite "le concezioni correnti della giurisdizione come fonte creativa di nuovo diritto".

¹² Rinvio per una riflessione sul punto a N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, p. 1115 ss.

¹³ Sulla struttura intersoggettiva della comunità giuridica nel momento interpretativo si fonda la peculiarità epistemica dei processi di conoscenza e di applicazione del diritto, che implicano "una strutturale sinergia tra dati normativi, riflessione dottrinale e precedenti concretizzazioni nella giurisprudenza": cfr. E., PARIOTTI, *op. cit.*, p. 191. È appena il caso di ricordare che già C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, 1976, p. 173 osservava che nessun ordine giuridico è possibile al di fuori "*de solutions acceptables per le milieu, parce que conformes à ce que lui paraît juste et raisonnable*". V. anche R. DE RUGGIERO, *Tra consenso e ideologia. Studi di ermeneutica giuridica*, Napoli, 1977, p. 186.

JUS CIVILE



dell'enunciato normativo, lungi dall'essere assunto come un *a priori*, viene fatto dipendere da un criterio elastico, riconducibile ad una sensibilità comune e in qualche modo assimilabile ad un principio di giustizia. Il diritto finisce per riscoprire la sua socialità e si libera dalla genericità delle vecchie formule con la conseguenza che dottrina e giurisprudenza scoprono una sostanziale identità di funzione. Attraverso il filtro della dottrina e della giurisprudenza, riconciliate in un'ottica sostanzialmente unitaria, si misura la concretezza di un'attività guidata dalla ragion pratica e che non si ferma più alla statica fissità di una norma dettata, entro la rigida consequenzialità della tesi della validità, ma avverte l'importanza e insieme la problematicità della regola che nasce e si consolida ponendo alla ribalta del diritto la rilevanza del suo contenuto e della sua ragionevolezza.

3. – Tutto ciò peraltro carica il ruolo, ormai inevitabilmente sincrono, di dottrina e giurisprudenza di una responsabilità nuova. Il venir meno della logica riduttiva di uno *jus positum* ha relegato fra i reperti del passato il paradigma – oggi solo strumentalmente usato da una politica di basso profilo – di un referente certo e verificabile nella sua asserita oggettività. Ma ciò non toglie che l'utente della giustizia (in maniera tanto più incisiva quanto meno giuridicamente provveduto) avverta l'esigenza di una ragionevole prevedibilità delle decisioni giudiziali (che tuttavia l'esperto sa legata ad una pluralità di fattori). Pur nella consapevolezza che l'oggetto dell'analisi non preesiste all'attività dell'operatore giuridico, ma si modella in funzione di questa, con la necessità di essere continuamente identificato e ricomposto, fuori dalle tranquillizzanti certezze di un tempo, rimane viva l'esigenza di trovare, sia pure nel contingente storico, un momento di sintesi, una ragionevole prevedibilità di esiti. Certo la sintesi non potrà cogliersi in quello che una volta si definiva un combinato disposto fra enunciati, ma esigerà un'ottica più ampia, una sensibilità più diffusa, capace di comporre, pur senza perdere di vista le peculiarità del caso, motivazioni condivise, modelli di comportamento prevalentemente praticati, criteri di valore accolti entro un determinato contesto sociale, azioni reiterate nel tempo e in questa reiterazione espressive di una convergenza assiologica. E ciò indipendentemente dalla difficoltà di definire l'ambito di tale contesto¹⁴.

¹⁴ Comprendo benissimo che possa esservi in ciascuno di noi come giurista la tentazione (perché niente più che di una tentazione si tratta) di definire *a priori* e in termini rigorosi l'ambito della propria analisi. Ma è operazione destinata inesorabilmente a fallire come di chi pretendesse di chiudere in uno spazio definito un panorama. Spesso è necessario sporgersi di più o allargare la finestra. Coltivavo già una riflessione di questo tipo quando, molti anni fa, accolsi con compiacimento, ma al tempo stesso con timore, l'affettuosa recensione che Salvatore Satta dedicò alla mia prolusione barese del 1968 [cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo)*, in *Rivista di diritto civile*, 1968, p. 297 ss.], incentrandola tuttavia su di una serie di pungenti notazioni critiche (S. SATTA, *Metodo nel diritto*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, III, Padova, 1970, p. 137 ss.). Osserva Satta (p. 138 s.) che “tessuto di rapporti e contesto sociale può voler significare tutto e nulla: tutto se si intende la realtà, la vita stessa in un dato momento storico, nulla se si vuol far riferimento a un astratto tessuto e contesto, isolato della vita. Ora, nel primo caso è evidente che tessuto e contesto comprendono necessariamente la norma, senza la quale non so-



In questa ottica risulta a mio giudizio decisiva la convergente funzione di dottrina e giurisprudenza che concorrono a formare quella che è stata definita la comunità interpretativa¹⁵. È stato giustamente detto¹⁶ che l'interesse principale dell'ermeneutica si dirige a conservare e ad

non nemmeno pensabili; nel secondo la norma ne resta fuori, ma per la semplice ragione che quel tessuto e quel contesto non esistono". E più avanti (p. 140): "quel che il giurista deve escludere è il proclamato contrasto tra la norma (cioè il diritto, perché sono una cosa sola) e la realtà, o il tessuto o il contesto che dir si voglia. Non vi è né vi può essere contrasto, in sede speculativa, che è la sede propria del diritto, in quanto realtà e diritto *vertunt ad unum*, non possono dilaniarsi a vicenda. Compito del giurista è quello di scoprire la realtà e il diritto, il tessuto o il contesto che dir si voglia, ma ben si intende quello attuale, non quello futuro o meglio pseudo futuro". Vi è al fondo di queste parole (entro le quali serpeggiano, pur in un giurista aperto come Satta, i retaggi, anche terminologici, del positivismo) la preoccupazione – molto diffusa, sul finire degli anni Sessanta, nella generazione di giuristi alla quale Satta apparteneva, nei confronti della nuova generazione di civilisti – di una ideologizzazione del diritto, inteso quale strumento di mutamento sociale. Gli scritti di Tarello venivano interpretati come una pericolosa apertura ad un diritto che forzasse la mano alla realtà. Quando perciò Satta dice che non vi può essere contrasto tra il diritto e la realtà dice sicuramente il vero e non si pone certo in rotta di collisione con i modelli più moderni del "diritto vivente" o della "comunità interpretativa", forme entrambe destinate ad esprimere una operante e continua dialettica tra enunciati legislativi e modalità evolutive della realtà sociale. Quel che non si può condividere – proprio su questo presupposto – è l'asserita identità tra norma e diritto, la lettura di un contesto sociale che implichi la norma, intesa come un dato oggettivamente definibile. Certo c'è, nella sensibilità di una generazione che ha vissuto la stagione di un diritto non solo chiaramente definibile nei suoi contorni applicativi ma anche sostanzialmente uniforme nei suoi punti di riferimento assiologici e quindi nei suoi esiti applicativi, il desiderio (prima dicevo la tentazione) di poter individuare in termini perentori e definitivi l'ambito di quello che, con una punta di ironia nei confronti del mio linguaggio, Satta chiama "il tessuto sociale o il contesto". La stagione del postmoderno ci ha insegnato – ma i nostri maestri questo non potevano immaginarlo, nonostante le pulsioni dei loro allievi – che anche il diritto si coniuga necessariamente al plurale e che quindi i confini dell'analisi non esistono prima, ma solo dopo il procedimento interpretativo, con la conseguenza che quest'ultimo non può essere sottoposto ad una verifica in chiave di verità, ma solo ad un giudizio di accettabilità in termini di plausibilità argomentativa e quindi di condivisione. Il rapporto fra le generazioni serve proprio a questo: a scoprire orizzonti nuovi facendo tesoro delle esperienze di chi ci ha preceduto. Sulla necessaria approssimazione del processo cognitivo proprio del diritto e sulla inevitabile connessione di tale processo con la rilevanza dei contesti applicativi, peraltro difficilmente definibili nel loro ambito, cfr., da ultimo, G. TERRANOVA, *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, Roma, 2015, pp. 12 ss., 34 ss., 99 ss. e *passim*. Sulla costante necessaria tensione, all'interno della comunità giuridica, fra fattualità e normatività cfr. E. PARIOTTI, *op. cit.*, p. 190.

¹⁵ Sulle problematiche connesse alla c.d. comunità interpretativa v. soprattutto E. PARIOTTI, *op. cit.*, con ampi riferimenti di dottrina. È appena il caso di ricordare che la comunità interpretativa non viene meno in presenza di una diversità di interpretazioni: l'essenziale è che "il disaccordo accett[i] la forma del discorso": cfr. f. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 199, p. 68. A ben vedere, al di là delle apparenze, anche chi si rifà ad impostazioni di tipo analitico riconduce il concetto di verità dell'interpretazione ad un esito ritenuto pacifico perché non controvertibile o perché di fatto dominante: cfr., in tal senso, R. GUASTITINI, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, 2009, p. 60. Nella prospettiva qui proposta appare evidentemente anacronistica la norma dell'art. 118 delle disposizioni di attuazione al codice di procedura civile laddove si legge che nella motivazione della sentenza "deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici". I giudici intendono ormai questo precetto nel senso di evitare il riferimento nominativo all'autore, ma spesso utilizzano nelle motivazioni ampi stralci delle sue argomentazioni, talora addirittura virgolettandoli. La sentenza delle Sezioni unite sulla rilevanza d'ufficio della nullità del contratto (Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242), da qualcuno criticata per l'ampiezza della motivazione (in ipotesi più adatta ad una trattazione teorica che ad una decisione pratica), è, a mio giudizio, indicativa del nuovo modo di intendere il rapporto tra giurisprudenza e dottrina. Non più dialogo fra mondi autonomi, ciascuno destinato a svolgere una distinta funzione, ma dialettica necessaria volta a creare quella convergenza di convincimenti sulla quale si radica il diritto vivente, che non può essere fatto né di decisioni eccentriche né di teorie avventurose o eccessivamente anticipatrici.

¹⁶ Cfr. J. HABERNAS, *Erkenntnis und Interesse*, in *Tecnick und Wissenschaft als Ideologie*, Frankfurt, 1968, p. 158.



ampliare l'intersoggettività ed è proprio in questa chiave che dottrina e giurisprudenza, nel momento in cui realizzano una convergenza, concorrono ad allargare un controllo di razionalità di tipo intersoggettivo. Oggi non è più possibile parlare di interpretazione vera o falsa¹⁷, ma certo è possibile allargare, in forza dell'argomentazione proposta, la platea di coloro che considerano accettabile la scelta di una interpretazione rispetto alle altre astrattamente possibili, e ciò accade appunto, per la forza determinante della dottrina e della giurisprudenza, nel quadro di quella comunità interpretativa che lega tra loro i membri di una determinata cultura giuridica¹⁸. È stato giustamente detto che il giurista deve dare una risposta, in termini comprensibili e razionalmente accettabili dall'ambiente sociale circostante, alle esigenze e ai problemi che hanno prodotto le aspettative della comunità¹⁹. Ed è evidente che, nell'interpretazione del diritto, la “comune cul-

¹⁷ È chiaro che il problema della “verità” del risultato interpretativo è sconfinato e implica una serie di presupposti qualificativi che qui non è possibile neppure sfiorare. Accantonata ovviamene ogni portata metafisica del concetto di verità, se si acquisisce il paradigma della verità come corrispondenza, si tratta di stabilire a cosa corrisponda il dato di realtà che si intende definire come “vero”. Ove si assuma il risultato dell'interpretazione in funzione dell'asserito contenuto “oggettivo” di un testo legislativo è chiaro che tale risultato non è acquisibile se non in forza di un confronto fra due interpretazioni, quella della cui verità si discute e quella in forza della quale è possibile individuare il preteso contenuto oggettivo della disposizione in questione. In tal modo il giudizio veritativo si risolve peraltro in una tautologia. Quando, nella prima metà del secolo scorso, un simile procedimento è stato dato per scontato e si è condiviso, ciò è accaduto per la sostanziale omogeneità dei criteri di valore che connotavano il contesto sociale di riferimento, in funzione della quale il risultato interpretativo poteva ritenersi indiscutibile nei suoi esiti, quale che fosse il procedimento svolto per acquisirlo. Ciò non può accadere nella moderna società pluralista, all'interno della quale l'unico giudizio che è possibile fare di un procedimento interpretativo in chiave giuridica riguarda la plausibilità delle sue argomentazioni e, in forza di questa, il tasso di condivisibilità delle sue conclusioni. Un giudizio quindi sottoponibile non ad una verifica meccanica ed individuale, ma solo ad una convergenza rinvenibile all'interno di una comunità che si riconosce come tale in un determinato momento storico, indipendentemente da confini formali o da processi definitivi. Sulla “verità” dell'interpretazione cfr., di recente, A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, I, *Storia e teoria*, Torino, 2015, p. 205 ss., il quale osserva che l'affermazione secondo la quale l'interpretazione dell'enunciato sarebbe vera (quindi corretta) quando corrispondente al pensiero e quindi alla volontà del proferente, può essere riferibile ad asseriti interpretativi di fatti, ma è del tutto inapplicabile ad asseriti interpretativi di comunicazioni e, alla fine di un lungo e argomentato *excursus* storico-critico, conclude, con riferimento all'interpretazione giuridica (p. 284), che un'interpretazione è “corretta” non tanto nella misura in cui è vera, quanto e soprattutto nella misura in cui è “giustificata”, dove il concetto di giustificazione non può che avere un significato collegato all'atteggiamento dei destinatari. Questo tipo di impostazione vale, a mio giudizio, a rispondere alla tesi di chi (cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Realismi giuridici italiani*, in *Analisi e diritto*, 1991, p. 170 s.) assume che sostenere che non esiste un'interpretazione vera o falsa “equivale alla tesi – totalmente irragionevole – che non esistono argomenti *corretti* né *scorretti* nell'interpretazione e nella dottrina giuridica”, posto che la verità, intesa come equivalenza di un fatto ad un modello, non può essere equiparata alla “correttezza”, intesa come plausibilità e quindi condivisibilità delle notazioni addotte, di una argomentazione. Per una serie di stimolanti riflessioni, in chiave filosofica, sul rapporto tra necessità e verità, cfr. M.C. LIPARI, *Il tempo della necessità. Necessità e verità nell'epoca post-moderna*, in *Politica del diritto*, 2015, pp. 419-449 e pp. 509-548. È ovvio che, in chiave giuridica, solo una prospettiva che coinvolga l'intera comunità consente di superare sia la rigorosa necessità di un testo anelastico assunto nella sua univocità, sia la dissoluzione del punto di partenza normativo in una indistinta pluralità di esiti interpretativi.

¹⁸ Cfr. G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, p. 105. V. anche F. VIOLA, *La comunità interpretativa nel diritto e nella teologia*, in *Hermeneutica*, 1988, p. 21 ss.

¹⁹ Cfr. L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 24.



tura giuridica di sfondo” agisce da presupposto²⁰. Nel momento in cui riconosciamo il ruolo decisivo di dottrina e giurisprudenza nella formazione dei modelli giuridici, in una prospettiva che non scende dall’alto delle norme poste, ma sale dal basso delle norme praticate e riconosciute, l’orizzonte del diritto si apre ad una comunità nella quale concorrono gli operatori giuridici e i consociati definendo, in un’operante dialettica, l’accettabilità delle interpretazioni²¹. Il che naturalmente incide sullo stesso modo di intendere l’ordinamento nel suo complesso che è costretto a liberarsi dal modello illuministico articolato intorno al principio della divisione dei poteri, proprio perché l’autorità del diritto, con tutta la sua forza direttiva e cogente, pur nella peculiarità del momento storico, si sposta dall’esterno all’interno della comunità dei giuristi²².

Dottrina e giurisprudenza creano interagendo²³. Si può quindi oggi applicare al rapporto tra dottrina e giurisprudenza quel che, pur tra mille resistenze e dubbi, un tempo si riuscì a dire per la giurisprudenza. Entrambe non si limitano ad offrire la conoscenza di un diritto interamente formato, ma contribuiscono alla stessa formazione del diritto, all’interno di una collettività che è l’unica in grado di offrire i parametri di giustizia per la verificabilità delle soluzioni offerte. Esse finiscono inevitabilmente per parlare ai consociati, dei quali sono peraltro le più attente ascoltatrici, anche quando la legge pretende (secondo il ribadito assunto dei nostri politici) di essere l’unica a parlare²⁴.

4. – A ben vedere quel che Capograssi riferiva alla scienza (ma assumendola in un senso ampio e onnicomprensivo), affermando che “il diritto non appare e non si realizza che per la intermediazione della scienza, cioè del pensiero riflesso che incessantemente scopre rivela e traduce la sintesi tra l’idea costitutiva e il fatto della vita”²⁵, oggi ben può dirsi della coppia scienza-giurisprudenza²⁶. Il pensiero riflesso nella sua proiezione giuridica non si consuma più in va-

²⁰ Così G. CARCATERRA, *L’argomentazione nell’interpretazione giuridica*, in AA.VV., *Ermeneutica e critica*, Atti del convegno linceo di Roma del 7-8 ottobre 1996, Roma, 1998, p. 126.

²¹ Cfr. E. PARIOTTI, *op. cit.*, p. 15.

²² V. PARIOTTI, *op. cit.*, p. 17.

²³ Espressamente in tal senso R. SACCO, *La dottrina, fonte del diritto*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, cit., p. 459.

²⁴ In questo contesto va semmai segnalata l’antistoricità (e conseguentemente l’inutilità) dei tentativi del nostro legislatore – divenuti più frequenti negli ultimi tempi, quali espedienti per cercare di deflazionare il massiccio ricorso alla giurisdizione – di vincolare l’esito del procedimento interpretativo, sia che ciò si realizzi con norme specifiche (v., ad esempio, l’art. 30 comma 1°, legge 4 novembre 2010, n. 183), sia che si esprima attraverso norme di quadro, quale quella dell’art. 360 *bis* c.p.c. (introdotta dall’art. 47 della legge 18 giugno 2009, n. 69), il cui n. 1 enuncia un criterio di inammissibilità del ricorso per cassazione che non può essere ovviamente applicato *a priori*, ma solo all’esito di un’analisi degli argomenti svolti nella censura. V. già quanto ho avuto modo di osservare in N. LIPARI, *Il diritto quale crocevia fra le culture*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, p. 12.

²⁵ Così G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, in *Opere*, II, cit., p. 585.

²⁶ Da un diverso punto di vista, ma con risultati sostanzialmente non dissimili, P.G. MONATERI, *La giurisprudenza*, in



lutazioni astratte, ma guarda necessariamente alla realtà del caso, entro il quale si sublimano e si consolidano nel contingente storico, interessi e valori altrimenti destinati ad una incomprensibile conflittualità. L'esperienza giuridica trova la sua unità e la sua ricchezza nel quadro di una comunità interpretativa della quale dottrina e giurisprudenza sono il perno.

È proprio all'interno di un simile contesto che i soggetti dell'esperienza giuridica (teorici, magistrati o semplici cittadini) concretizzano quelle aspettative che Esser ha chiamato l'“orizzonte di attesa”, un orizzonte che, per definizione, non può essere soggettivo, ma rappresenta la comprensione giuridica di interi gruppi sociali²⁷. Né c'è da stupirsi se, in determinati momenti o per particolari problemi, l'attesa si traduce in una pluralità di risposte, spesso fra di loro non conciliabili. L'incertezza non potrà che essere soggettiva e provvisoria²⁸, perché inevitabilmente vi sarà un momento in cui la risposta risulterà condivisa e, in forza di tale condivisione, ritenuta conforme a diritto. Nell'ottica di una visione non individualistica ma comunitaria si incontra quel punto di saldatura che consente di vivere l'esperienza giuridica senza timore di dissoluzione nichilista perché “ogni interpretazione singola si fonda nella comprensione comune, si spiega cioè soltanto come risultato di un processo dal quale nessuna esperienza singola può totalmente liberarsi o distaccarsi”²⁹.

Dottrina e giurisprudenza, nel momento stesso in cui, in dialettica fra di loro, si pongono in un rapporto costante con la comunità, individuano altresì il punto di saldatura tra diritto e morale, proprio perché l'interpretazione prevalente non potrà prescindere dai criteri di valore, dai profili etici comunemente riconosciuti, in un determinato momento storico, all'interno della collettività. “La legittimazione alla legalità non va spiegata a partire da una razionalità autonoma, moralmente neutra, intrinseca alla forma diritto”³⁰. “Oggi il sistema dogmatico e scientifico del diritto positivo non ha più una funzione autofondante. Il problema della fondazione si ripropone come problema di comunicazione del sistema giuridico col suo ambiente, del quale la sfera morale-culturale è una componente essenziale”³¹. Da qui due conseguenze. Innanzitutto che dal

Le fonti del diritto italiano, 2, Le fonti non scritte e l'interpretazione, nel Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, Torino, 1999, p. 494 afferma che “giurisprudenza vuol dire fare dottrina, sia ad opera dei forensi che dei dottori”, soggiungendo poco dopo (p. 497) che l'affermazione del positivismo giuridico ha fortemente compromesso, almeno in Europa, le condizioni per un fiorire della giurisprudenza e significativamente intitolando due capitoli uno alla “giurisprudenza, scienza del diritto”, l'altro alla “giurisprudenza, diritto delle corti”. Anche questo a. fa riferimento alla comunità interpretativa laddove osserva (p. 502) che, “quando il giudice agisce in modo altamente prevedibile”, “la comunità giuridica attribuisce alla norma un senso incontestato, a tal punto che quello appare a tutti il senso palese della norma”.

²⁷ Cfr. J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1972), trad. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983, p. 136.

²⁸ V. R. SACCO, *Formante*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, VIII, Torino, 1992, p. 438.

²⁹ Così G. ZACCARIA, *L'ermeneutica*, in F. GENTILE (a cura di), *Diritto e decisione*, Milano, 1989, p. 60. Sulla struttura necessariamente plurale e intersoggettiva della comunità giuridica nel momento interpretativo v. anche E. PARIOTTI, *op. cit.*, p. 185.

³⁰ Così J. HABERMAS, *Moral und Recht*, trad. it., *Morale, diritto, politica*, Torino, 1992, p. 16.

³¹ Così L. MENGONI, *La questione del diritto “giusto” nella società postliberale*, in *Fenomenologia e società*, 1988, p. 11.



rapporto tra comunità giuridica e contesto sociale discende inevitabilmente, al di là delle tensioni e contraddizioni del nostro tempo, una funzione stabilizzatrice nel rapporto tra diritto e valori³², con un esito tanto più significativo nelle società pluralistiche del nostro tempo dove “il diritto dello Stato non può optare per una determinata morale, ma può soltanto e deve rendere possibile la morale, rimettendone la determinazione ai processi di formazione del consenso sociale”³³. In secondo luogo che vengono meno tutti i tradizionali paradigmi in tema di fonti del diritto proprio perché il giudice (o meglio, chiunque rifletta su di un contesto sociale nell’ottica del diritto) deve necessariamente “misurarsi con la comprensione del diritto propria di interi gruppi sociali”³⁴ e quindi la norma, quale precetto all’azione, non discende da una struttura di enunciati gerarchicamente ordinati, ma da una connessione tra un sistema di enunciati ed una prassi, tra disposizioni formalmente poste e il loro uso nel comportamento degli operatori giuridici e dei consociati³⁵. Se l’esistenza di una norma si coglie in una ininterrotta prassi sociale diventa decisivo il modo in cui dottrina e giurisprudenza, in una dialettica fra di loro, riescono a fornire argomenti ragionevoli per giustificare l’applicazione³⁶.

Siamo passati 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. Dottrina e giurisprudenza non sono chiamate (ammesso che mai lo abbiano fatto) a leggere testi, confrontandosi fra di loro sulle modalità di quella lettura, ma ad analizzare contesti, nella asprezza delle loro tensioni, ma anche nella aspirazione a ricercare un punto di equilibrio. La formula nella quale si ritiene debba essere condensato l’assunto teorico della postmodernità dice “il mondo non è uno, ma molti”³⁷. La pluralità riferita al diritto, se non vuole ridursi alla passività del nichilismo o alla indifferenza di tutte le soluzioni interpretative astrattamente possibili³⁸, esige un continuo confronto con la molteplicità delle situazioni, con la varietà degli interessi in conflitto, con la duttilità degli statuti normativi e con la potenziale con-

³² Lo evidenzia giustamente L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 99.

³³ Così ancora L. MENGONI, *La questione del diritto “giusto”*, cit., loc. cit.

³⁴ Così P. RESCIGNO, *Introduzione* a J. ESSER, *Precompressione e scelta del metodo*, cit., p. X.

³⁵ Come è noto risulta ormai scontata la dissociazione di una concezione del diritto come autorità (a cui corrisponde l’esercizio del potere e della forza) dal diritto concepito come interpretazione: cfr. M. GOLDONI, *Interpretazione vs. autorità. Considerazioni sui limiti e le prospettive del pluralismo normativo di Robert Cover*, in *Ars Interpretandi – Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009, p. 162.

³⁶ Il che naturalmente non vieta, ma con un significato radicalmente diverso rispetto a quello che le ha assegnato la tradizione classica, di “usare la denominazione ‘fonte’ per indicare fenomeni che non sono inseriti in un ordine verticale e che comunque provengono dal basso e non dall’alto di una trama sociale” (così U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, cit., p. 50).

³⁷ Così G. FORNERO, *Postmoderno e filosofia*, in N. ABBAGNANO, *Storia della filosofia*, IV, 2, Torino, 1994, p. 396, giustamente richiamato da V. SCALISI, *Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti. Attualità di un insegnamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 584.

³⁸ Su queste posizioni mi sono intrattenuto criticamente in N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., spec. p. 1137 ss., richiamando le tesi di Irti e di Monateri.

JUS CIVILE



flittualità degli indici di valore presenti all'interno di un contesto sociale, non sempre facilmente e stabilmente definibile nei suoi contorni³⁹. Dottrina e giurisprudenza, confrontandosi tra loro e cercando mediazioni 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. Davvero la scienza – assunta nella pienezza delle sua dimensione teorico-pratica – è l'unica vera fonte del diritto.

³⁹ V. anche A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 367 ss.; N. LIPARI, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, I, p. 409 ss.; nonché gli scritti di E. RESTA, U. MATTEI, A. DI ROBILANT, P.G. MONATERI, raccolti sotto il titolo *"Il postmoderno nel diritto"*, *ivi*, 2001, p. 79 ss.



CARLOS DE CORES HELGUERA

Titular de Derecho Civil – Universidad Católica del Uruguay

SULLA TEORIA GENERALE DEL CONTRATTO *

Quindici anni fa, nel Dipartimento di Storia del Diritto Medievale e Moderno dell'Università di Milano ho trovato un'opera¹, che considero la più antica ed originale nell'ambito della teoria generale del contratto. Pubblicata nel 1646 dal gesuita Pietro di Oñate – e lunga più di 3.500 pagine – quest'opera è stata il materiale di studio più completo e prezioso, poiché al suo interno ho potuto reperire informazioni, a mio avviso essenziali, sull'origine della teoria generale del contratto.

Come si può intuire dalla mera lettura del suo titolo, il libro attiene alla storia della teoria generale del contratto.

Che cosa si intende per “teoria generale del contratto” è ben noto a tutti noi.

La c.d. teoria generale del contratto – che incontriamo, fin dai primi passi mossi come studenti di diritto, sia nella letteratura giuridica, che nei testi di diritto positivo – presenta un carattere formale: e, cioè, la divisione tra parte generale (che fornisce spiegazioni generali sul significato del contratto) e parte speciale (che disciplina analiticamente i diversi tipi di contratto: compravendita, permuta, donazione, e via dicendo).

Allo stesso modo, i codici civili presentano questa separazione tra parte generale e parte speciale: la prima come disciplina di struttura, la seconda come disciplina di contenuti².

È possibile tracciare un nitido concetto di teoria generale del contratto come quell'insieme di conoscenze che definisce e spiega il contratto in modo unitario e generale ed organizza gli enunciati intorno all'idea del contratto sotto un elevato grado di astrazione, lontana da caratteri specifici e concreti.

Il disegno di una teoria generale richiama una nozione generale di contratto; e così si parla di contratto come convenzione, come “l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale” (art. 1321c.c.).

Successivamente, intorno a quella nozione astratta e generale, si sviluppano diversi discorsi razionali, sia sulle classificazioni, sia sugli elementi essenziali, sia sugli effetti, sia sul-

* Testo dell'intervento svolto dall'A. in occasione della presentazione, presso l'Università degli Studi di Milano il 19 maggio 2016, del suo volume “*Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*”, Montevideo, 2015.

¹ OÑATE VALLISOLETANO, *De contractibus*, Roma, 1646.

² MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946, p. 1 ss.; ID., *Sul rapporto sistematico fra gli artt. 1321-1469 e gli artt. 1470-1986 cc*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, p. 16 ss.



l'estinzione del rapporto che nasce da quell'accordo.

A questi brevi cenni, non è necessario aggiungere altro: per tutti noi, quanto ho appena detto appare piuttosto elementare.

È altresì noto come questo insieme di teorie e dottrine, conosciuto come teoria generale del contratto, sia colpito da un'importante crisi.

Questa crisi può essere riassunta in modo efficace nel titolo del diffuso libro di Grant Gilmore, *“La morte del contratto”*³, che fa capo, a mio avviso, a due temi diversi.

In primo luogo, l'idea stessa di accordo come fondamento dell'idea di contratto. La c.d. autonomia privata – cioè, la libera possibilità dei privati di costruire regole fondate sulla loro volontà – è stata criticata, dopo più di un secolo, come strumento ideologico, che nasconde la disuguaglianza reale tra gli individui. A questo proposito, Giorgio De Nova parla della “libertà del passero nella gabbia delle aquile”⁴. Più di un secolo di lotte sociali hanno condotto alla generale consapevolezza che la libertà formale non è sufficiente, ma deve essere completata da una considerazione della realtà, che attribuisca il necessario rilievo alle condizioni concrete, economiche e sociali, delle parti contraenti.

In secondo luogo – e questo è l'aspetto che mi pare più interessante – la crisi del contratto si riferisce al contratto come categoria generale e, conseguentemente, alla teoria del contratto come teoria unitaria, incentrata in un unico asse: il consenso; cioè, il libero accordo della volontà delle parti.

Questa idea della frammentazione della teoria generale del contratto ha condotto all'idea – altresì ben nota a tutti noi – della “decodificazione”; idea espressa da Natalino Irti negli anni settanta del secolo scorso⁵.

Secondo Giorgio De Nova, la parte generale sul contratto non può più essere considerata come disciplina di una figura unitaria, perché “si è riaperta la forbice tra contratti tra privati e contratti di impresa, si è aperta la forbice tra contratti domestici e contratti internazionali, sicché il lineare rapporto tra parte generale sul contratto e parte speciale sui singoli contratti, che leggiamo nell'art. 1323, non è mai stato rispondente al diritto positivo, e tanto meno lo è oggi, di fronte all'indubbia frammentazione della figura del contratto e ad una palese tendenza centrifuga verso discipline di singoli contratti sempre più lontane dalla disciplina generale”⁶.

Oggi è generalmente condiviso l'assunto, secondo cui l'emersione della disciplina sui rapporti di consumo e il c.d. processo di costituzionalizzazione del diritto privato hanno colpito in modo vigoroso la struttura della parte generale dedicata al contratto nei codici civili e la teoria

³ GILMORE, *The death of contract*, Columbus, Ohio, 1974.

⁴ DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 655 ss.

⁵ IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999. C'è una versione in lingua spagnola dal 1992, *La edad de la descodificación*, traduzione di Luis Rojo Ajuria, Bosch, Barcelona, 1992.

⁶ DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 327 ss.

JUS CIVILE



generale del contratto come costruzione unitaria.

Questi processi intellettuali, condotti dalla dottrina ed emersi in seguito alle trasformazioni storiche delle nostre società, dal punto di vista storico, hanno senz'altro inciso vicendevolmente sulla concreta costruzione dei diritti positivi.

Questi processi vengono acuiti dall'inserimento della categoria del contratto di consumo all'interno della parte generale dei codici, come accadde nel BGB ed anche nel diritto italiano, sia – prima – attraverso l'incorporazione della disciplina dei contratti di consumo nel codice civile, sia – poi – attraverso la creazione di un codice di consumo. In tal modo, il diritto del consumo non appare più come un diritto settoriale, ma viene elevato a parte generale del contratto.

Come si rileva in uno dei più diffusi manuali universitari di diritto privato, la disciplina dei rapporti con consumatori non viene concepita come la disciplina di un tipo contrattuale, bensì come una disciplina di ordine generale, applicabile ai contratti stipulati dai consumatori, quale che ne sia il tipo⁷.

Una tappa più radicale di questo processo di frammentazione della teoria generale del contratto si è avuta con l'approvazione, avvenuta lo scorso anno, del nuovo codice civile argentino, che risale allo scorso anno.

L'organizzazione della disciplina del contratto in generale che emerge da questo codice si fonda sull'idea della frammentazione della teoria generale del contratto: ciò è evidenziato dalla bipartizione della disciplina del contratto in generale in due capitoli diversi non appartenenti entrambi a una categoria comune.

Il libro terzo del codice civile argentino, che attiene ai diritti personali, è infatti diviso in quattro titoli: il primo, sulle obbligazioni in generale; il secondo, sui contratti in generale; il terzo, sui contratti di consumo; il quarto, sui contratti in particolare. Nel codice argentino la disciplina dei contratti di consumo viene dunque separata dalla disciplina generale del contratto; sicché, non esiste più nel codice civile argentino una parte generale sul contratto unica, ma una parte generale sui contratti che non sono di consumo e, accanto a questa, una parte generale sui contratti di consumo.

È molto interessante vagliare in dettaglio le fonti di queste idee, come sono state formulate e fondate in un documento intitolato “*Fundamentos*”, prodotto dai membri della commissione speciale nominata nel 2011 dal Potere Esecutivo Argentino e composta da Ricardo Lorenzetti, Elena Highton e Aida Kemelmajer de Carlucci.

In un certo senso, quelle idee risalgono alla dottrina di Attilio Alterini, noto professore argentino autore del progetto di codice del 1998 e fonte indiscutibile del codice argentino attuale nel settore dei contratti. Alterini parlava della “balcanizzazione” del diritto dei contratti e proponeva di distinguere tra i contratti c.d. discrezionali, o “*gré a gré*”, fondati sulla libertà e sull'autonomia privata, limitati soltanto dalle norme imperative, e i contratti con i consumatori, dove la libertà contrattuale deve ritenersi esistente in misura minore, posto che gli imprenditori

⁷ TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015, p. 701.



predispongono le clausole contrattuali rendendo, quindi, necessaria una protezione del contraente debole⁸.

Peraltro, la Commissione del 2011 va oltre quanto prospettato da Alterini, affermando che dopo il 1998 si è realizzata una evoluzione tale da richiedere un atteggiamento più radicale. La Commissione sostiene che i contratti paritari (o discrezionali) e i contratti di consumo sono “due oggetti diversi”⁹. La frammentazione così operata nella categoria generale del contratto approda a due classi di “contratti in generale”, come due generi diversi, e non come due specie dello stesso genere. Siamo di fronte ad una lineare applicazione dell’idea della frammentazione della teoria generale del contratto, perché il contratto di consumo non è più concepito come una specie del genere contratto, ma come categoria generale, eterogenea rispetto alla categoria – anch’essa generale – del contratto discrezionale, arrivando in questo modo alla frammentazione del diritto contrattuale.

Ora, considerato il modo in cui l’odierno codice civile argentino disciplina le regole generali sul contratto, si può affermare che ci troviamo dinanzi alla fine della teoria generale unitaria del contratto?

Il problema pare sufficientemente rilevante da non poter essere trascurato.

Uno dei possibili indirizzi di lavoro è rappresentato dall’indagine storica ed è proprio in questa direzione che io ho cercato di trovare alcuni spunti di riflessione.

Se è vero che la teoria generale del contratto è finita e che ci accingiamo ad un nuovo periodo della storia delle idee sul contratto, sarebbe forse utile risalire al momento in cui nacque la stessa nozione di teoria generale del contratto, per cercare *ab ovo* le sue ragioni essenziali e vedere fino a che punto esse possano considerarsi obsolete.

Così, osservando la sua nascita, potrebbero forse trovarsi nuovi argomenti, nuovi spunti per affrontare questa inedita situazione: e, cioè, la scomparsa della teoria generale del contratto ed il venir meno della sua legittimazione logica ed assiologica, che mette in dubbio le nozioni e le conoscenze che da sempre avevamo a disposizione e che credevamo fossero immutabili.

Anticipando sinteticamente le conclusioni di questa indagine storica, si può segnalare che è chiaro – secondo la maggior parte degli autori – che la teoria generale del contratto, come corpo scientifico, non è rinvenibile nel vecchio diritto romano.

Intanto, a Roma non esisteva il principio consensualistico, che costituisce la base stessa del nostro sistema. Il pensiero romano era piuttosto formalista ed aveva un approccio di tipo casistico. Ed anche se è vero che a Roma il patto o la convenzione, come “*verbum generale*”, non era privo di effetti giuridici, è noto che il brocardo “*nudum pactum non parit actionem*”, secondo cui il concetto di contratto come accordo idoneo a produrre effetti giuridici, retto dal principio

⁸ALTERINI, *Bases para armar la Teoría General del Contrato en el derecho moderno*, in *Rev. Asociación de Escribanos del Uruguay*, n. 2 (Extr.), 1994, pp. 283-295.

⁹“*Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*”, in adempimento del Decreto n. 191/2011 del Potere Esecutivo, p. 143.

JUS CIVILE



del consensualismo, non assumeva tra gli antichi romani il valore che oggi riveste come nucleo centrale di tutto il diritto privato patrimoniale. Voglio dire che – malgrado che a Roma si possa trovare l’origine di tutte le istituzioni del diritto delle obbligazioni, ed anche del diritto dei singoli contratti (compravendita, locazione, deposito, e via dicendo) – non è però riscontrabile, tra i romani, la fonte della teoria del contratto come categoria generale.

Sostiene Pietro Rescigno che il passaggio alla moderna concezione del contratto come convenzione o accordo – che si avverte già nel *Code Napoléon* e, dopo, nei codici italiani, prima del 1865, poi del 1942 – è stata compiuta lentamente, sotto l’influsso di diversi fattori recenti, fra cui Rescigno menziona: la dottrina del diritto canonico, costruita sul principio “*pacta sunt servanda*”; le concezioni delle scuole del diritto naturale; il diritto mercantile, che si dirigeva verso il consensualismo come modo più semplice per addivenire alla rapida conclusione degli affari¹⁰.

La dottrina civilistica si è posta il problema dell’origine precisa della teoria generale del contratto; e la questione è generalmente risolta nel senso condiviso, che già nel secolo XVII – e, in segnatamente, in Domat e, dopo, in Pothier – esiste una teoria generale del contratto compiutamente formulata. Tutti gli autori concordano nel dire che la fonte della teoria generale del contratto va rinvenuta nella scuola del diritto naturale del nord Europa (in Francia come anche nei Paesi Bassi) e, precisamente, nell’opera di autori protestanti, quali Hugo Grozio e Samuele von Pufendorf e, in modo particolare, nei lavori di Domat e di Pothier.

Francesco Galgano segnala gli stessi fattori che hanno determinato la nascita della moderna concezione di contratto; ma, al contempo, richiama l’attenzione sul fatto che le indicazioni sulle fonti dell’idea del contratto contenute nelle opere di Domat e di Pothier sono necessariamente incomplete e non seguono, in alcun caso, l’itinerario preciso secondo cui si approda all’idea della convenzione come fonte di obbligazioni¹¹.

Dopo aver focalizzato l’attenzione sul processo attraverso cui, prendendo le mosse da un diritto configurato sulla disciplina e sulla teoria dei singoli contratti, si è passati ad un diritto sul contratto in generale, e dopo aver cercato fonti di informazione su tale processo, nella voce “Contratto”, pubblicata nel 1961 nell’“Enciclopedia del diritto”, Francesco Messineo, conclude che gli storici del diritto non hanno esposto risultati particolarmente ricchi. E, alla luce di questa constatazione, l’autore afferma che se siamo pervenuti a conoscere il punto di arrivo di questa evoluzione, non sappiamo però come e perché, prima in Domat e poi in Pothier (i c.d. progenitori del codice civile francese), si parta da una concezione del contratto come accordo di volontà e, ad un certo punto, emergano regole che fanno riferimento ad elementi costanti e comuni a tutti i contratti; con il risultato che, accanto agli stessi, appare la figura del contratto come categoria generale, che fa astrazione del suo contenuto: del contratto per antonomasia¹².

È forse per questo che, nella seconda metà del secolo scorso, alcuni attenti cultori della storia

¹⁰ RESCIGNO, *Premessa*, in *Trattato dei contratti. I contratti in generale*, t. I, Torino, 2006, p. XXIX.

¹¹ GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2011, p. 3.

¹² MESSINEO, voce “*Contratto*”, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, p. 785 ss.



del diritto hanno indirizzato le loro indagini verso il periodo della seconda scolastica e, in particolare, sulla c.d. Scuola di Salamanca.

Sarà appunto nella Scuola di Salamanca che, per la prima volta, si realizzerà la coniugazione fra una concezione oggettiva del contratto, come rapporto (contratto *in facto esse*), propria dell'antico diritto romano e medievale, ed una nuova concezione soggettiva dello stesso, come consenso (contratto *in fieri*); così come emergerà un'ampia teoria generale intorno a questo concetto consensualistico, che abbraccia i generi del contratto oneroso e del contratto gratuito (ivi compresa la donazione), e si avrà un'ampia accettazione della possibilità dei privati di porre in essere contratti non appartenenti ai tipi nominati.

L'interesse di questa indagine è evidente, atteso che la storiografia tradizionale – con le note eccezioni di qualche attento cultore della storia del diritto, principalmente in Italia e in Germania – non parla solitamente della Scuola di Salamanca come fonte della teoria generale del contratto.

Non è questa, certamente, la sede per trattare singolarmente dei diversi componenti di questa Scuola, i quali peraltro si sono occupati di vari ambiti della scienza moderna, dalla filosofia all'economia, ma anche del diritto.

Ciò che – a mio avviso – non può essere trascurato è il fatto che nel solco della tradizione intellettuale della Scuola di Salamanca si può trovare una lunga schiera di autori (di cui rende conto il mio libro), attraverso il cui pensiero è possibile tracciare in modo preciso una linea progressiva che prende le mosse da un pensiero escludente sui singoli contratti, del tutto privo di una idea generale del contratto, e si avvicina poco a poco ad una concezione generale del contratto ed alla teoria generale di quest'ultimo, che oggi conosciamo, con tutte le sue problematiche e le sue crisi.

La Scuola di Salamanca sviluppa il suo pensiero sulla scia della tradizione scolastica, la quale considerava il contratto soprattutto sotto il profilo oggettivo, preoccupandosi precipuamente della giustizia e dell'equivalenza delle prestazioni, conformemente alle linee fondamentali del pensiero di San Tommaso d'Aquino, e con la finalità principalmente morale e pastorale, volta a delineare istruzioni chiare per i confessori.

Ma prendendo le mosse da questi antecedenti, il contratto si evolve fino ad una concezione fondata sul profilo soggettivo; questa concezione è propria della c.d. Seconda Scolastica ed identifica nel consenso l'essenza del contratto.

Il riferimento alla Scuola di Salamanca come culla della moderna teoria generale del contratto ci permette di identificare tre spunti – a mio avviso – di grande interesse.

Il primo spunto consiste nel fatto che tutte le opere che si occupano del tema del contratto – sia in una prima fase, del contratto in particolare, cioè, con particolare riferimento ai singoli contratti, specialmente la compravendita e il prestito (mutuo); sia in una seconda fase, facendo un discorso sul contratto in generale – sono state realizzate con una finalità non propriamente giuridica, ma piuttosto morale: si tratta, generalmente, di manuali per i confessori, che hanno l'obiettivo di fornire direttive pastorali per la prassi del sacramento della Penitenza.

JUS CIVILE



Il secondo spunto è che la Scuola di Salamanca non si è sviluppata in un contesto esclusivamente europeo, ma in uno spazio più ampio comprensivo anche dell'America Latina. Invero, questa circostanza poteva allora apparire piuttosto scontata: la scoperta del nuovo mondo diede infatti al commercio tra Spagna ed America una spinta notevole, sollevando in tal modo problemi che gli spagnoli non avevano mai sperimentato; e tra questi, ad esempio, i problemi dell'offerta e della domanda di denaro, che furono appunto studiati dai professori della Scuola di Salamanca.

A differenza del Portogallo che non ha mai costituito università nelle colonie lusitane, la Spagna ha condotto una politica chiaramente volta alla creazione di molteplici centri universitari nel Nuovo Mondo. Così, poco dopo la scoperta dell'America, nel 1510 è nato a Santo Domingo un centro universitario con sede nel convento dei frati domenicani; nel 1551 sono state costituite le università di Messico e di Lima; nel 1612 è stata fondata dai gesuiti l'Università di Cordoba. Quest'ultima – come vedremo subito – ha giocato un ruolo non marginale nella storia della teoria generale del contratto, dal momento che il primo libro che sviluppa in forma chiara la teoria in parola è stato scritto proprio in quella Università, sebbene la sua pubblicazione sia avvenuta poi a Roma nel 1646.

Si può dire, dunque, che la teoria generale del contratto viene poco poco articolata grazie ad una continua circolazione di scrittori e di testi da una parte all'altra dell'Oceano Atlantico.

Il terzo spunto di riflessione è offerto dall'importante ruolo che ebbero i gesuiti all'interno della Scuola di Salamanca. L'approfondita riflessione sulla libertà dell'uomo, svolta da San Ignazio e dai teologi gesuiti, rappresenta la cornice in cui s'inscrive una radicale posizione consensualista in materia contrattuale; come quella che, come si vedrà, palesa proprio Pedro de Oñate. Questa constatazione permette di ipotizzare che esista una qualche connessione tra il pensiero e la spiritualità dei gesuiti, da un lato, e le principali tracce della moderna teoria generale del contratto, dall'altro. Questo argomento appare – a mio avviso – piuttosto originale e merita senz'altro un approfondimento. Compiendo un'inevitabile selezione fra i diversi autori dell'America latina dei secoli XVI e XVII, tratteremo solamente delle opere attraverso cui è possibile scorgere una progressiva e chiara evoluzione verso una teoria generale del contratto.

In primo luogo, vi è la *Suma de tratos y contratos* di Tomás de Mercado (1523/30-1575)¹³. Secondo Italo Birocchi, si tratta di un'opera emblematica e rappresentativa del pensiero scolastico sul contratto, posto che essa si occupa dei problemi giuridici con una chiara connotazione morale e pastorale e, in modo particolare, con la finalità di fornire ai confessori criteri di giudizio per risolvere i casi di coscienza sui negozi tra privati. Mercado intende costruire una sintesi dei contratti più comuni nel commercio tra Spagna e America (ovvero, la compravendita ed i cambi di moneta): sebbene non si tratti, dunque, di uno studio sul contratto in generale, Mercado ritiene che le sue conclusioni possano essere utilizzate per risolvere casi di coscienza più complessi, che si verificano nella prassi commerciale e portano con sé il pericolo dell'ingiustizia e dell'usura; e, in

¹³ Una nuova edizione di questa opera venne pubblicata nel 2010 per l'Università di Barcellona.



ragione di questo potenziale impiego, l'autore tenta delle generalizzazioni. Tuttavia, queste prime bozze di una teoria generale del contratto non vengono accompagnate da una concezione consensualistica dell'istituto. A riprova di ciò, si può considerare il passaggio in cui Mercado afferma che *“nessuno viene obbligato per la nostra sola autorità, o volontà, bensì per altra maggiore, che viene efficace e potente per obbligare a tutti, cioè, quella di Dio, della Natura e della Chiesa o della Repubblica”*. È facile notare che, nel momento chiave, in cui si domanda quale sia il fondamento della forza vincolante del contratto, Mercado non si rivolge alla volontà individuale o all'accordo, ma a fonti eteronome: ovvero, alla legge di Dio ed alla legge della Chiesa o della Repubblica.

Secondo Birocchi, le opere di Bartolomé de Albornoz e di Francisco Garcia costituiscono tentativi più chiari di sistemazione di una teoria generale del contratto.

Marjorie Grice-Hutchinson – scrittrice inglese che ha il merito di avere coniato il sintagma “Scuola di Salamanca” – afferma che nell'anno 1570 apparve a Valencia un gruppo interessante di economisti; e, fra questi, menziona proprio Bartolomé de Albornoz e Francisco García¹⁴.

Bartolomé de Albornoz è un professore appartenente alla Seconda Scolastica latino-americana. Egli lavora nell'Università del Messico sin dalla sua fondazione nel 1553, ed è noto come il padre dei giureconsulti messicani. Il suo lavoro si intitola *Arte de los contractos*, e viene pubblicata a Valencia nel 1573.

Si può dire che l'opera di Albornoz contenga effettivamente le basi di una teoria generale del contratto. C'è un passo di questo autore che dimostra in modo particolare l'importanza di questa Scuola, composta da teologi, nell'organizzazione della moderna teoria generale del contratto. Dice Albornoz: *“così, il caso di coscienza su un contratto: potrà essere risolto dal teologo, che non sa di che cosa è fatto il contratto, né quali sono le sue componenti, né può risolvere i suoi primi principi?”* Questa è la ragione per cui è possibile affermare che c'è un rapporto fra la prassi dei confessori del cinquecento e l'origine della teoria generale del contratto. Maggiore interesse presenta un altro passo di Albornoz, che rivela un primo vero tentativo di costruzione di una teoria generale: *“se io affermassi di essere il primo a ridurre questa materia a Arte e Metodo universale, forse non mentirei, perché non l'ho visto mai negli scritti dei filosofi gentili e cristiani, greci o latini”*.

Ciò malgrado – secondo il Birocchi – non è stato nemmeno Albornoz il fondatore della teoria generale del contratto, poiché questo autore non ammette che l'autonomia dei privati possa dar vita a figure contrattuali nuove e diverse dai tipi nominati. Infatti, l'opera di Albornoz presta adesione alla visione medievale, che non riponeva fiducia nella libertà dei soggetti, temendo che nelle figure contrattuali atipiche si potesse nascondere il pericolo dell'ingiustizia e dell'usura.

Un'altra opera di grande interesse nella ricerca delle origini della teoria generale del contrat-

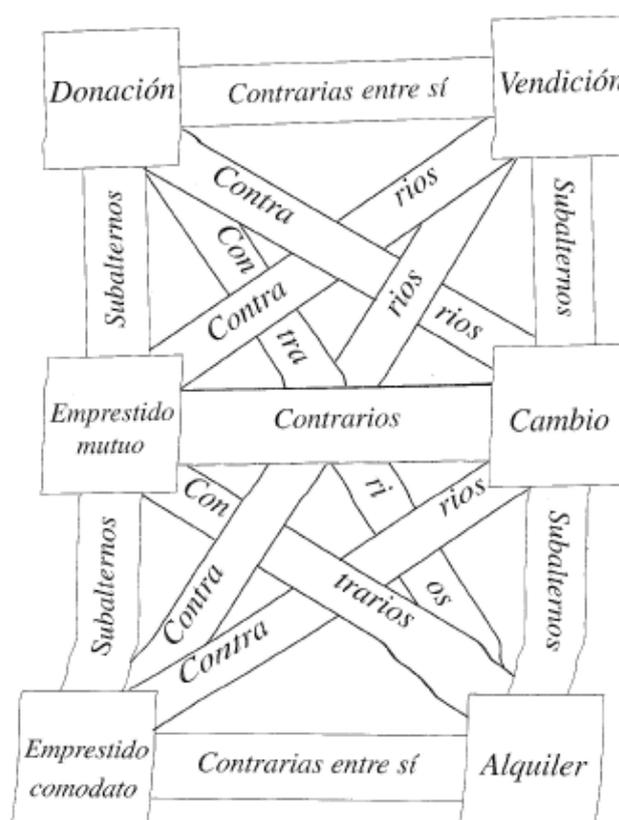
¹⁴ GRICE-HUTCHINSON, *The school of Salamanca. Readings in Spanish monetary theory, 1544-1605*, cit., p. 46.

JUS CIVILE



to nel solco della Scuola di Salamanca è il *Tratado utilísimo y muy general de todos los contratos* di Francisco García (1583)¹⁵.

Sempre secondo Birocchi, la concezione del contratto in Francisco García denota continuità con la tradizione scolastica, che privilegiava l'aspetto oggettivo, ma, al tempo stesso, definiva il contratto come “*legittimo consenso da cui nasce alcuna obbligazione*”. Dal punto di vista della storia della teoria generale del contratto, l'opera di Francesco Garcia presenta un interesse spiccato. Dapprima, l'autore sembra privilegiare la trattazione differenziata dei singoli contratti nominati; salvo poi sviluppare, alla fine dell'opera (nei capitoli 10 e 11), un interessante tentativo di sistematizzazione.



Questo schema segna un importante momento evolutivo verso una concezione generale e sistematica, perché presenta una divisione tra contratti onerosi e gratuiti, facendo capo alla compravendita e alla donazione. Si tratta di una teorizzazione che non era certamente comune all'epoca.

Questi progressi saranno poi perfezionati dagli autori gesuiti spagnoli e americani, e si giungerà, alla fine, ad una completa teoria generale del contratto perfezionata con l'opera di Oñate,

¹⁵ GARCÍA, *Tratado utilísimo y muy general de todos los contratos, cuantos en los negocios humanos se suelen ofrecer*, in *Colección de pensamiento medieval y renacentista*, Navarra, 2003.



già nel secolo XVII, prima degli autori protestanti del nord dell'Europa.

Per completare il discorso, è ancora necessario fare un cenno agli ulteriori passaggi evolutivi realizzati ad opera degli autori gesuiti in materia di contratto.

Poiché essi si inseriscono nel solco di una particolare tradizione spirituale e intellettuale, occorre dapprima segnalare quali siano state le tracce principali di quella tradizione: questo punto rappresenta il centro della nostra indagine. I gesuiti della Scuola di Salamanca si inseriscono chiaramente in seno ad una tradizione filosofica, antropologica e giuridica, come si può desumere dalle numerose citazioni di opere dei diversi dottori scolastici precedenti.

Nella cultura gesuitica il tema della libertà umana riveste un'importanza speciale e nuova, al punto che diventerà il punto centrale della sua teoria generale del contratto. La compagnia di Gesù è nota per il suo Fondatore, Ignazio di Loyola; ed è generalmente condiviso che l'opera più significativa di quest'ultimo è stata gli "*Esercizi Spirituali*". In questo scritto, il soggetto è concepito come protagonista di un processo che consiste in un rapporto personale con Dio ed è finalizzato alla conoscenza della sua volontà e all'organizzazione della propria vita secondo la volontà di Dio. Però, il soggetto deve esercitare la sua libertà personale, nel senso che nessun altro soggetto deve condizionarlo. La questione della libertà dell'uomo, la grazia di Dio e il determinismo religioso si presentano come argomenti centrali nel Rinascimento. Un punto che divide il pensiero della Riforma protestante e la Contro-Riforma cattolica è quello del rapporto fra la libertà dell'uomo e la grazia divina.

Una delle opere più significative, per comprendere la centralità dell'idea della libertà, che si inserisce nella cosiddetta *polémica de auxiliis*, è la *Concordia liberi arbitrii cum gratia edonis* di Luis de Molina S.J. (1535-1600), che contiene un'ampia riflessione sul problema del rapporto tra la libertà dell'uomo, la grazia e la volontà di Dio. Non essendo possibile, e neanche utile, approfondire in questa sede la questione, è sufficiente accennare al fatto che, secondo il grande teologo gesuita, autore anche di un voluminoso trattato sul diritto e sui contratti, la libertà è carattere essenziale dell'uomo. Diversamente da quello che accadeva fra i greci, che manipolavano l'uomo per realizzare i loro personali interessi, secondo i teologi cattolici, il Dio giudeo-cristiano è rispettoso della libertà dell'uomo. Il potere di Dio è grande ed ha creato l'universo. Ma, siccome ha creato l'uomo libero, Dio si è limitato nei suoi rapporti con l'uomo, nel senso che il suo rapporto con l'uomo va avanti soltanto se l'uomo lo accetta. Questo implica che i processi umani, personali, ma anche politici e sociali, nonché economici, non vengono determinati da Dio, ma dipendono dall'uomo.

La stessa matrice si avverte nell'opera del filosofo Francisco Suárez S.J. (1548-1617). La stessa linea di pensiero che è presente nella *Concordia liberi arbitrii* di Luis de Molina è rinvenibile in *De legibus*; ma qui quell'ideologia assume una dimensione politica.

Si può fare un parallelo tra queste dottrine gesuitiche e le concezioni contrattualiste della Scuola del Diritto Naturale del Nord Europa.

Innegabile è l'influsso di Grozio sugli autori della Scuola di Salamanca, come Francesco de

JUS CIVILE



Vitoria, Diego de Covarrubias, Domingo de Soto y Fernando Vázquez¹⁶ ed anche Lenaert Leys (Leonardus Lessius, 1554-1623), che nacque vicino ad Amberes, fu professore di teologia morale nel Collegio gesuita di Lovanio alla fine del secolo XVI, ed agì come ponte tra il pensiero teologico spagnolo e la tradizione giuridica del diritto naturale del Nord Europa.

Birocchi ci ricorda che le opere di Luis de Molina sono citate in Germania¹⁷, e lo stesso viene affermato da ricercatori tedeschi e italiani, come Paolo Grossi¹⁸.

Non è infatti difficile trovare un profilo simile tra il discorso di Grozio e le teorie gesuitiche, posto che tutte e due fanno capo alla libertà dell'uomo.

Il fondamento del contratto, in Molina, in Lessio ovvero in Oñate s'incentrerà sul libero consenso, non diversamente di quanto accade anche negli autori del razionalismo protestante o laico.

Secondo Birocchi è facile trovare profili simili in Oñate e in Grozio.

Per concludere questo *excursus*, accenniamo all'opera di Oñate, il quale scrive non in un contesto europeo, ma nelle missioni gesuitiche dell'America del Sud. Infatti, Oñate è stato capo della Provincia Gesuitica del Paraguay (la "Paraquaria"), fondatore dell'Università di Cordoba, ed anche professore nel Collegio Massimo di Lima in Perù. La parte più cospicua dell'opera di Oñate attiene al contratto in generale. Il primo volume del suo trattato sui contratti, intitolato "*De contractibus in genere*", è lungo quasi 1.000 pagine.

In primo luogo, si avverte in Oñate un radicale consensualismo, come si evince da un passaggio di grande interesse: "*Quare non est potestas aliqua Iudicis, ac Principis, nec Rex, nec Papa potest obligare ex contractu sine consensu. Poterunt quidem illi, maxime Deus obligare ad idem, ad quod se obligant contrahentes; sed illa obligatio ex contractu non erit sine consensu contrahentium; quia contractus consensum, et intentionem se obligandi essentialiter requirit*" (T. I – D. 1 – S. V – n. 62).

In secondo luogo, nell'opera di Oñate si riscontra chiaramente una completa e sviluppata visione generale del contratto, come si può notare dallo schema della classificazione dei contratti, che si presenta molto più complesso e articolato rispetto a quella che troviamo, per esempio, in Francisco Garcia:

¹⁶ THIEME, "*Qu'est ce que nous, les juristes, devons a la seconde scolastique espagnole?*", in *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno, incontro di studio*, Milano, 1973, p. 9.

¹⁷ BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, Torino, 1997, p. 204.

¹⁸ GROSSI, *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, 1973.

JUS CIVILE



l'organizzazione concettuale delle conoscenze in genere e in specie. L'ammissione del principio di libertà e di sussidiarietà, il riconoscimento del valore essenziale della volontà di ogni persona, implica un valore nei sistemi politici ed economici che consiste nel rispettare le decisioni prese dall'individuo nel momento dello scambio di beni e di servizi e nelle forme di soddisfazione dei loro interessi. Questo rispetto coinvolge non soltanto i contratti di diritto comune, ma anche i contratti di consumo. Non si deve infatti dimenticare che l'oggetto finale della disciplina del diritto dei consumatori, è la promozione dell'uomo, attraverso il rispetto della sua libertà e mediante lo stimolo della sua responsabilità. Deve pertanto ritenersi erroneo rinunciare all'idea del contratto in generale, la quale – come dimostrano gli insegnamenti della Scuola di Salamanca – rappresenta il principale strumento di affermazione della dignità della persona, posto che costituisce, come categoria unitaria, la garanzia della libertà individuale, nel senso che il soggetto, nell'ambito dei suoi rapporti di diritto privato, rimarrà obbligato soltanto nei termini a cui acconsente.

Per rafforzare questa conclusione, si può citare anche un passo dell'autore spagnolo Díez Picazo, il quale sottolinea che la protezione dei consumatori è possibile soltanto in mercati retti dal principio della libertà contrattuale¹⁹.

Il valore di uno schema unitario, organizzato intorno all'idea della libertà e della responsabilità, non sembra, dunque, aver perso la sua utilità ordinante per gli atti di autonomia privata, sia nell'ambito dei contratti paritari, sia nello spazio riservato ai rapporti di consumo.

Come dice Díez Picazo, qualificare le operazioni di consumo fuori dal genere contrattuale ci impedisce l'utilizzo di un complesso e raffinato strumento senza fornirci un equivalente adeguato. Dal punto di vista pratico, dunque, è meglio che le operazioni di consumo siano considerate contratti, anziché altra cosa²⁰. E questo, naturalmente, senza che ciò si risolva in una diminuzione della tutela degli interessi economici dei consumatori.

Della stessa opinione è anche Enrico Gabrielli, secondo il quale l'utilità e il valore di uno schema astratto, che si risolve nella categoria generale del contratto, risulta dunque riaffermata e conseguentemente ribadita, poiché essa non sembra aver perso, né poter perdere, quale categoria logica e formale, il suo ruolo centrale nel quadro degli atti di autonomia privata²¹.

Anche Vincenzo Roppo esprime il suo timore in ordine al diritto risultante dalla frammentazione della teoria generale del contratto, in quanto potrebbe divenire troppo incoerente per disciplinare in forma efficiente i rapporti economici²².

La convinzione dell'importanza e del valore di questa imponente creazione dell'intelligenza

¹⁹ DÍEZ PICAZO, *Contratos de consumo y Derecho de contratos*, in *Anuario de derecho civil*, vol. 59, n. 1, 2006, p. 11.

²⁰ DÍEZ PICAZO, *Contratos de consumo y Derecho de contratos*, cit., p. 16.

²¹ GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in RESCIGNO-GABRIELLI, *Trattato dei contratti*, Torino, 2006, t. I, p. 50.

²² ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere Giuridico*, 2009, pp. 280-281.



umana ci aiuta, peraltro, a valorizzare gli sforzi di armonizzazione ed unificazione del diritto dei contratti.

Malgrado le critiche e le posizioni scettiche, lavori come quello della Accademia dei Giuristi Europei – che propone le basi per un diritto armonizzato dei contratti, sia nella parte generale, che in quella speciale del diritto contrattuale – si inseriscono nel solco della tradizione del pensiero giuridico, anche se non sono coronate da un trionfo immediato. D’altro canto, il fatto che il Progetto dell’Accademia sia stato menzionato nel Rapporto del Guardasigilli francese, dimostra come il lavoro sistematico sulle idee generali si riveli sempre di grande interesse ed utilità.

Insomma, a mio avviso, la categoria generale del contratto costituisce un acquisto irrinunciabile del pensiero giuridico, perché contiene in sé i principi e le regole sia per disciplinare il diritto comune degli atti di autonomia privata, sia per regolare i rapporti tra mercato e contratto²³.

Ecco, dunque, dimostrata l’utilità di un’indagine storica sulle origini della teoria generale del contratto: essa si rivela uno strumento adeguato a rafforzare le idee sostanziali in un tempo, come quello postmoderno, caratterizzato da grande instabilità.

Il nuovo diritto contrattuale sarà sicuramente più complesso di quello che si rinviene all’interno dei codici ottocenteschi. Ma ciò non toglie l’attualità ed il perdurante vigore dell’idea secondo cui l’essenza del contratto s’identifica con la libertà umana e che tutta la complessità dell’organizzazione di generi e specie ruoti intorno a questa idea centrale della libertà umana. Libertà che, a sua volta, risulta coesistente all’uomo, tanto che, in ragione di questo legame, si può affermare che l’uomo è uomo perché può promettere: l’*“homo promittens”*. L’averlo rilevato è merito indiscusso della Scuola di Salamanca.

Da altro lato, questa libertà non può essere insensibile alle esigenze della giustizia commutativa; che, seppur non sufficiente a garantire un rapporto patrimoniale giusto, resta in ogni caso necessaria.

In conclusione, si può affermare che il ricorso alla storia delle idee sul contratto ci fa ricordare, piuttosto che le opportunità mancate, i valori fondamentali della teoria generale unitaria del contratto, fondata quattro secoli fa dalla Scuola di Salamanca; e che, malgrado le sue enormi trasformazioni, la teoria generale del contratto continua a rappresentare uno strumento utile per orientarsi in tempi difficili.

²³GABRIELLI, *Contratto e contratti. Scritti*, Torino, 2011, p. 35.



MARCOS M. CORDOBA

Profesor titular – Universidad de Buenos Aires (Argentina)

INFLUENCIA Y RECEPCIÓN DE SOLUCIONES EUROPEAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO *

La República Argentina es un país de inmigración. El Preámbulo de su Constitución Nacional, que es la ley suprema en dicho territorio, establece la promoción del bienestar general y los beneficios de la libertad, para todos sus habitantes, para sus descendientes y “para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”. Su territorio abarca 2.780.400 km².

Su población es de aproximadamente de 44.000.000 de habitantes. Según estadísticas del año 2012 había 2.247.000 estudiantes universitario, o sea aproximadamente un 5% de su población, lo que resulta el índice más alto de la región. Ello y las consecuencias de crisis económicas, incluso en casos derivados de guerras, provocaron que a la colonización producida por los reinos de España se sumaran grandes inmigraciones siendo la mayor la italiana, aunque no la única, pues existen en dicho territorio numerosas colonias de alemanes, austríacos, judíos, polacos, croatas y una población dispersa de franceses, habitantes provenientes del antiguo imperio turco, japoneses y en los últimos años un importante ingreso de coreanos y chinos. Los primeros inmigrantes, en general, se dedicaban a la labranza de la tierra y la construcción. Las inmigraciones de mitad del siglo pasado se componían, además, por una mayoría de técnicos y un escaso número de personas con formación universitaria.

Lo expuesto ha provocado en la producción del derecho y expresamente en oportunidad de redactarse nuestro Código Civil original, rechazo por todo aquel precedente normativo producido por la colonización invasiva que tal lo dicho fue la española, y así fue que en el artículo 22 del mencionado cuerpo normativo, cuya vigencia comenzó en enero de 1871, se ordenó la derogación de toda disposición que resultara vigente con anterioridad, con lo que se eliminó el derecho español como fuente formal del derecho. Eso habilitó en mayor medida el ingreso de otras fuentes y allí la enorme influencia de las inmigraciones, que en algunos casos se vieron más favorecidas por la mayor facilidad de la comprensión del idioma, tal el caso de la italiana.

Es por lo expuesto que el derecho privado argentino admite su clasificación atendiendo a los períodos en que las nociones jurídicas de los países europeos y algunos limítrofes, que incidieron en nuestra sociedad han adquirido mayor relevancia. Cronológicamente, en primer término,

* Compaginación de la conferencia dictada por el profesor Marcos M. Córdoba el día 9 de mayo 2016 en la Universidad de Pavia.

JUS CIVILE



debemos situar la influencia española, la brasilera, la francesa. Desde la década de 1960 el derecho italiano y el alemán en menor medida. En la actualidad inciden también algunos principios extraídos del *Common Law*.

En las etapas de conquista y colonia el derecho español nos regía por la vigencia de textos legales redactados con carencia orgánica. Ello dificultaba su interpretación y aplicación. Debemos citar como las más relevantes a Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio; las Leyes de Toro y la recopilación de las leyes para los Reinos de las Indias. Todas las citadas constituyen tan sólo recopilaciones y como ya se ha dicho, conglomerado de normas carentes de sistematización.

En España la aplicación del derecho era dificultosa ya que estas agrupaciones normativas obligaban la análisis de un conjunto falto de armonía. En el territorio que hoy es argentino la circunstancia resultaba agravada ya que muchas veces las previsiones del legislador reconocían el problema español pero no correspondían a los elementos sociales, geográficos y económicos del territorio Americano. Este derecho, en el ámbito de la rama privada nos rigió hasta pasada la mitad del siglo XIX en que el Estado de Buenos Aires, primero, en 1859 y en el ámbito nacional tres años después, en 1862, se promulgó el Código de Comercio. Nueve años más tarde, en 1871, comienza a regir en la República Argentina el Código Civil. Se produce allí un abrupto cese de la influencia del Derecho Español como consecuencia de que el nuevo código no solo desconocía expresamente las normas del derecho civil que previamente rigieron en el territorio, sino que además inhibió los usos y costumbres como fuentes creadoras de derecho, salvo en los casos en que las nuevas leyes se refirieran a ellos.

El Código era de derecho común, ya que atendía a la generalidad de los hombres sin distinción de actividades o profesiones, y respondió a un origen romanista. Fue moldeado sobre la base del Código Napoleón. En sus notas el codificador citó en no menos de quinientas oportunidades a Aubry y a Rau, comentaristas del precedente francés.

La codificación entonces reemplazó a la antigua legislación que desde España era redactada para regirnos. La doctrina le ha atribuido a ello una importante consecuencia en la afirmación de la organización nacional argentina. Ya me he referido a la influencia del derecho romano en la estructura jurídica de mi país, derecho que Vélez Sarsfield, único autor de los textos originales del Código Civil, conoció a través de la obra de Savigny y Mayns, fundamentalmente. Si bien se expone con frecuencia y acierto que la máxima inspiración de nuestro codificador reposó en el esbozo de Augusto Texeira de Freitas, esta fuente tuvo como merito indubitado la distribución en que basó su sistema que ha sido reconocido como de mayor armonía que la poseída por el Código Civil Francés, sin embargo, debe atenderse a que el notable trabajo de Freitas resultó el medio de transmisión de la doctrina francesa. Lo que se constata con facilidad desde la nota puesta al primer artículo de la obra brasilera en que resalta entre otros el nombre de Chabot. No es arbitraria la mención de estos autores, dada la trascendencia que adquirió para el intérprete del derecho civil argentino la doctrina jurídica francesa.

JUS CIVILE



En esta instancia resulta relevante destacar que alguna doctrina ha sostenido que el Código Civil Italiano no fue motivo de cita del autor del Código Civil Argentino, debido a que la sanción de aquél se produjo en el año 1865 y cuando Vélez lo conoció ya se encontraba en estado de ejecución su obra. Esto no es así, Vélez invoca normas del Código Civil Italiano de 1865 que regulan la materia referida, los contratos y los derechos reales en más de un centenar y medio de oportunidades.

La trascendencia del derecho privado italiano, se acentuó en la Argentina como consecuencia de su nuevo código que reemplazó en el año 1942 al sancionado en 1865. El derecho privado italiano ha resultado bastamente conocido en nuestro medio, fundamentalmente a través de la obra de Carnelutti, Chiovenda y Calamandrei entre otros. Nuevos conceptos jurídicos llegan así a enriquecer el patrimonio argentino, la noción de negocio jurídico, preexistente en el derecho alemán, nos es informada por la doctrina italiana.

Es de destacar la enorme trascendencia de esta influencia italiana en el proceso de recodificación vivido en mi país. Si bien no debe dejar de destacarse la influencia alemana en el anteproyecto de la comisión del año 1926. A partir de allí los anteproyectos y proyectos de reforma de código civil y los que han tenido por objeto la unificación de esta normativa con la comercial, han evidenciado una esencial influencia italiana. Basta para ello ver en el Anteproyecto de Llambías – Anteproyecto del Ministerio de Justicia de 1954 –, la noción del estado de necesidad y el abuso del derecho. Catorce años después la reforma de 1968 introducida por la ley 17.711 abarcó aproximadamente doscientos artículos consagrando instituciones no previstas de modo expreso en nuestra legislación. La inclusión de la figura de la lesión es similar a la del código italiano pero dejando la cuantía a cargo del juzgador. Se consagra así como norma exigible lo preanunciado en lo propuesto por Llambías y el principio que impide el abuso del derecho se convierte en ley. Resultaría agotador enumerar las soluciones italianas incorporadas por la comisión redactora de las normas del año 1968. A partir de allí todos los proyectos de reforma integral del Código Civil tuvieron como objeto esencial la cuestión de la unificación de las normas que regían las obligaciones y contratos tanto civiles como comerciales.

El primero de agosto del año 2015 comenzó la vigencia del Código Civil y Comercial Argentino que sustituyó los contenidos del Código Civil y del Código Comercial vigentes desde el siglo XIX y leyes que los complementaban.

La intención unificadora argentina que derivó en la redacción de un código único Civil y Comercial recibió como antecedentes influyentes el Código suizo de las obligaciones (1881) que fue incorporado como Libro V del Código Civil en 1912. El mismo proceso lo vivió Túnez (1906), Marruecos (1912), Turquía (1926), Líbano (1934), Polonia (1934), Madagascar (1966), Senegal (1967) y, comprendiendo materia civil y comercial, por los códigos civiles de Italia (1942), Unión Soviética (1964), Perú (1984), Paraguay (1987), Cuba (1988), Holanda (1992), Mongolia (1994), Vietnam (1995), Federación Rusa (1994), así como por los Códigos únicos en lo civil y comercial de China (Taiwán) y del reino de Tailandia, y por los Principios generales del Derecho Civil de la Republica Popular China, de 1987. El Código Civil de Quebec de 1992

JUS CIVILE



transitó un camino semejante, en especial en cuanto introdujo regulaciones propias del Derecho del consumo. En el sistema anglosajón la unificación rige desde el siglo XVIII, con dos características particulares: las reglas comerciales predominan por sobre las civiles, y subsisten normas especiales para ciertas figuras mercantiles.

Ha habido, también, importantes proyectos de unificación internacional, como el Proyecto de Código uniforme de obligaciones y contratos franco-italiano de 1927, que atendía la revisión del contrato por principio de equivalencias de las prestaciones, la responsabilidad del *padroni y committenti*, que no admitía prueba alguna de exoneración, comportando ello una clara responsabilidad objetiva.

El criterio de unificación – en cuanto al Derecho de obligaciones interamericano – lo han preconizado distintas conferencias internacionales: Conferencia Panamericana de Lima (1938); las Conferencias Interamericanas de Abogados de Río de Janeiro (1943), Méjico (1944), Santiago de Chile (1945), Lima (1947), Detroit (1949); Jornadas Franco-Latinoamericanas de Derecho Comparado (Montevideo, 1948).

En la Argentina se ha tenido especialmente en cuenta que el fenómeno de la unificación de las regulaciones correspondientes a los contratos civiles y a los contratos comerciales tiene particular vigencia en el Derecho de la Unión Europea, con varias importantes expresiones del propósito de obtener una *lingua franca* común en materia de contratos. Los juristas argentinos hemos tenido en cuenta que a principios de 1888, Cesare Vivante presentó en Parma su trabajo *Per un codice unico delle obbligazioni*, y que el Proyecto franco-italiano de 1927 fue un importante intento tendiente al mismo objeto. Se consideró también la idea unificadora contenida en la encomienda efectuada al profesor de Oxford y de Londres Harvey McGregor quien recibió en 1966 el encargo de la *Law Commission* británica, de preparar un proyecto de Código de Contratos. Lo concluyó en 1971, y fue publicado tardíamente (*Contract code: drawn up on behalf of the English Law Commission*, Londres, 1994; en traducción española de la Cuesta Sáenz, y Vattier Fuenzalida, *Contract Code*, Barcelona, 1996). Según expresa su autor en el Prologo, contiene una “recopilación desde la óptica del Common Law”, se trata de una compilación o consolidación del Derecho que rige en Gran Bretaña, basado fundamentalmente en la jurisprudencia, que pretende aproximar sus soluciones a las del Derecho continental.

Los profesores de derecho que hemos intervenido en las distintas comisiones que tenían como objeto unificar el código civil y comercial tuvimos especialmente en cuenta aquello que UNIDROIT dio a conocer en 1994 respecto de los Principios sobre los Contratos de Comercio Internacional y atendido especialmente que en su introducción se expresa que “el objetivo de los Principios de UNIDROIT es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo, independientemente de las específicas condiciones económicas y políticas de los países en que vengán aplicados”. Del Preámbulo resulta que los Principios se propusieron establecer “reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales” y actuar como “principios generales del Derecho” o como “*Lex Mercatoria*”, así como “servir de

JUS CIVILE



modelo para la legislación a nivel nacional o internacional” o para ser utilizados por los particulares en los “contratos estrictamente internos o nacionales”.

Ha incidido también que la Academia de Jusprivatistas Europeos, integrada por prestigiosísimos profesores pertenecientes a los sistemas del Derecho continental y del Common Law, realizó una serie de coloquios en Pavia (Italia) a partir de 1990, de los cuales surgió la constitución de un Grupo de Trabajo – integrado por alrededor de setenta juristas, de los países europeos, incluyendo a los presidentes de las respectivas cortes supremas – que elaboró el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos que, como se lee en el Preámbulo, es un “Código nuevo, cuyo texto y contenido están en armonía con las circunstancias socio-económicas actuales”.

Quiero destacar que el derecho civil italiano es en la actualidad aquel que mayor influencia ejerce en la producción jurídica argentina, lo que crea una relación coincidente en algunos aspectos con lo ocurrido en Europa ya que el Grupo de Trabajo tomó como esquema de base el Código Civil italiano – por considerarlo intermediario entre los grandes sistemas francés y alemán, y por la unificación del Derecho Civil y el Derecho Comercial que contiene – y el ya mencionado Contract Code de McGregor. En el Preámbulo del Anteproyecto también se expresa haber “decidido mantener la unificación entre Derecho Civil y Derecho Comercial, que ha sido realizada por el Código italiano, y seguida en otros países”.

Inició también en la producción legislativa argentina aquello que resultó del encargo efectuado por el Parlamento Europeo al profesor de Copenhague Ole Lando, la redacción de un Código Europeo de Derecho común de Contratos. Tal Comisión fue integrada por una veintena de destacados juristas europeos que dio a conocer la versión final de los Principios del Derecho Europeo de Contratos en julio de 1998, ello fue receptado en América.

En 1983 la Argentina ratificó la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que elaboró la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo mercantil internacional. Esta incorporación al Derecho interno de la Convención de Viena tiene particular importancia en materia contractual, pues introdujo diversas soluciones propias del Derecho de los países más desarrollados, que se reflejan también en los ya mencionados Principios de UNIDROIT, en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

Todos esos antecedentes han sido tenidos especialmente en cuenta en la redacción del Código, que asume el ya mencionado fenómeno de la unificación del Derecho civil y del Derecho comercial. Ello no significó ni la absorción de aquél por éste, ni la absorción de éste por aquél, sino tan solo la unificación sustancial de ambos, exigida por la vida comercial moderna. Debo destacar que se ha logrado una composición armónica que no causa la prevalencia de un derecho sobre el otro sino que elimina distinciones innecesarias que en casos obstaban contra la certeza de la consecuencia de ciertos actos jurídicos.

Es útil advertir que la idea unificadora en la región de América del Sud es más antigua que los códigos mencionados.

Así es que Augusto Teixeira de Freitas, jurista brasileño, autor de un esboço de código que

JUS CIVILE



nunca llegó a ser ley, pero sí fuente transcendente de códigos de la región, propició la unificación al aludir a “esa calamitosa duplicación de leyes civiles”.

Debo recordar que en la Argentina en el Siglo XIX existió una estructura jurídica única que contenía ambas materias ya que la vigencia del Código de Comercio 1859 importó un principio de unificación de las ramas civil y comercial, por cuanto, ante la falta de un Código Civil, intercaló treinta capítulos con trescientos sesenta y cinco artículos que contenían disposiciones propias del Derecho civil.

Un nuevo Código de Comercio, de 1889, brindó elementos unificadores, pero a la inversa: ya no incluyó normas civiles, pues había sido dictado el Código Civil; remitiendo a éste en su Art. 207, dispuso que “el derecho civil, en cuanto no esté modificado por este Código es aplicable a las materias y negocios comerciales.”

Quedó así el Código Civil como la regla general que rigió al comercio en los casos no previstos especialmente por la legislación comercial.

Reitero que entre los precedentes jurídicos de aquellos países que en mayor medida inciden en la evolución del derecho continental que rige en América, el de mayor transferencia es el *Codice Civile* de Italia de 1942, cuya influencia resulta, entre otras muchas normas, de lo que regula respecto a la revisión del contrato por excesiva onerosidad (art. 1467 C.C.I.); el principio de equidad (art. 1384 C.C.I.); el incumplimiento imputable (arts. 1453 y 1455 C.C.I.) y el abuso del derecho (arts. 833, 840 y 909 C.C.I.).

En particular, respecto del principio de equidad y el abuso del derecho, tal como en otras relaciones jurídicas en la función legislativa de la Argentina se toman ideas en normas particulares para constituir principios generales. Debe quedar claro con ello que el *Codice* de 1942 fue fuente de origen o indirecta de la ley 17.711 del año 1968 que reformó el Código Civil Argentino incorporando el principio del abuso del derecho, al establecer que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, considerándose tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres que, como acabo de sostener, resulta reflejo del contenido normativo de los artículos 833, 840 y 909 del Código Italiano de 1942. También la acción para demandar la resolución del contrato por excesiva onerosidad en las mismas condiciones que las establecidas en el artículo 1467 del C.C.I.; la facultad de demandar el cumplimiento o la resolución del contrato por incumplimiento imputable, que el Código Civil Argentino previó en su artículo 1204 con aplicación de normas extraídas del contenido de los artículos 1453 y 1455 del Código Civil Italiano. El artículo 1069 del Código Civil Argentino establece el principio de equidad reconocido en el artículo 1384 del Código Italiano.

De Italia no solo su ley es fuente del derecho de la Argentina ya que su doctrina ejerce vigorosa influencia. Ejemplifico lo dicho con que el artículo 385 del nuevo código regula el “acto indirecto” estableciendo que un acto jurídico celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto, es válido si no se otorga para eludir una prohibición de la ley o para

JUS CIVILE



perjudicar a un tercero. Es ejemplo de acto indirecto la venta no para transmitir la propiedad de la cosa sino con el fin de garantizar. Se trata de una norma original cuya fuente es la doctrina de Tullio Ascarelli.

El Código Civil y Comercial se compone de 2.671 artículos, un once por ciento de ellos reconoce fuente directa o indirecta en la legislación y la doctrina italiana.

Me detendré especialmente en algunas cuestiones que considero de mayor interés. Ya que me referiré a algunas construcciones jurídicas de las que resulta una mayor exigencia de comportamiento fundado en valores relevantes de la sociedad y otras que son claro reflejo no solo de esos valores sino también de la atención al interés general y las necesidades del tráfico económico. Entre las primeras lo abarcado por el art. 961 del Código Civil y Comercial argentino que comienza su redacción con una norma general o abierta que impone el comportamiento de buena fe, complementa su contenido con aquello que ha tenido como fuente al artículo 1374 del Código Italiano y al 8.3 de la Convención de Viena sobre compraventa de mercadería en cuanto dispone que ellos obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

También lo que resulta de la intención de proteger al sujeto que actúa con generosidad, el legislador argentino ha establecido en el art. 1558 la norma que el *códice* provee con su art. 798 de modo tal que por los vicios ocultos de la cosa donada el donante solo debe reparar al donatario por los daños ocasionados en el caso en que haya habido dolo de su parte, pues con la legislación argentina anterior la consecuencia era distinta y ello obraba en contra de incentivar la generosidad.

El profesor argentino Miguel Federico De Lorenzo, seguramente inspirado en que fue el médico argentino Luis Agote el primero en el mundo en realizar transfusiones de sangre indirectas al desarrollar la práctica que impedía su coagulación en el recipiente que la contenía y relacionando ello con antiguas ideas jurídicas italianas, que en algunos casos no tuvieron continuidad en su potencial capacidad de elaboración de soluciones jurídicas a problemas sociales, rescató y produjo su renacimiento. De Lorenzo invoca lo que Carnelutti escribía 78 años atrás: “*Problema giuridico della trasfusione del sangue*” afirmando que debido a las técnicas de transfusión sanguínea se producía un fenómeno de separación de la cosa del hombre o, viceversa, de incorporación de la cosa al hombre. La premonición del ilustre profesor italiano se cumple cada vez de modo más intenso. Partes del cuerpo humano se convierten en cosas y cosas que después de su incorporación se convierten en cuerpo humano.

Así la actividad de trasplantes de órganos, obtención y preservación de células para su posterior implante a seres humanos, entre otros muchos avances científicos. Paralelamente se producen cosas que se convertirán en cuerpo humano: implantables dentro de él, prótesis dentales, huesos metálicos, marca pasos. Algo que llevó a sostener la idea de la colonización del cuerpo humano, la subrogación del cuerpo humano. Por la misma época en que Carnelutti exponía su postura también nos advertía Josseland sobre una evolución que tendía a transformar la integri-



dad física en un valor patrimonial. Hoy existe una actividad económica tras ello, ya que crecen y se multiplican los bancos en los que se depositan partes o productos del cuerpo destinados a regresar al mismo cuerpo o a otro.

Analizado esto desde la óptica de los derechos reales se podría sostener que una vez separadas las partes del cuerpo humano, pueden ser consideradas cosas, y su eventual daño consistiría en lesionar a un bien distinto a la integridad física pero también puede considerarse al cuerpo constituido en una unidad que comprende partes colocadas físicamente en lugares diversos y que se hayan protegidas por aquellas normas que regulan el Derecho a la Salud y a la integridad física. Así, como sostiene Savatier las sustancias de origen humano jamás se deshumanizan totalmente. Esta no es la única cuestión a tratar pues para algunos la sangre como cualquier otro órgano extraído pertenece al dominio público, solución que no aparece unánimemente aceptada toda vez que en algunos casos la extracción de un órgano perteneciente al cuerpo humano se produce con la finalidad de su incorporación a otro, previamente determinado. La discusión es tan amplia que no se agota en las partes del cuerpo, abarca también a lo referido a las dentaduras postizas, los ojos de vidrio, los lentes de contacto, los audífonos que son cosas que no pueden ser embardas no ya por su naturaleza jurídica, sino por tratarse de exclusiones basadas en el uso indispensable del deudor. Rodotà exponía que se ha llegado a extender los derechos sobre el cuerpo más allá de los propios confines de su unidad física como es el caso en que se reconoció como daño a la persona la lesión al perro guía a un no vidente.

Luego de atender e ilustrarse con Carnelutti, Josserand, Savatier y Rodotà el legislador argentino, siguiendo a De Lorenzo, ha optado por una solución basada en los valores haciendo prevalecer los extrapatrimoniales sobre los comerciales al ordenar en sus artículos 17, 56 y 1004 del Código Civil y Comercial que los derechos del cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores.

Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona y excepcionalmente de otra persona.

No pueden ser objeto de los contratos los hechos contrarios a la dignidad de la persona en clara referencia a los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental de Alemania.

No solo en el ámbito extrapatrimonial ha causado influencia el derecho europeo, también en el patrimonial y así es que el antiguo código civil argentino no trataba específicamente la cesión de la posición contractual de manera que resultase aplicable a todas sus clases ya que lo hacía solo para algunos supuestos tales como el contrato de locación. La cesión de la posición contractual posee particular interés cuando se trata de contratos con prestaciones recíprocas pendientes pues en ese caso ambas partes revisten el carácter de deudor y acreedor. La falta de regulación provocaba que la transmisión de la calidad de deudor constituía un supuesto de cesión

JUS CIVILE



de deuda y la calidad de acreedor encontraba una regulación diversa cuando en realidad la intención de las partes no es la de celebrar distintos negocios en los cuales en uno se transmiten obligaciones y en otros derechos. La solución italiana logra conjugar los intereses diversos que recaen sobre cada uno de los sujetos de la relación llevando a una consecuencia única que evita contrasentidos. El legislador italiano ha atendido correctamente desde cuando le es oponible a cada una de las partes y a terceros la nueva situación que implica un mantenimiento de la relación jurídica con sustitución de sujetos.

En cuanto al contrato de suministro el legislador argentino, al regularlo siguió prácticamente en todo al *Codice*, así es que su art. 1559 lo define como lo hace el art. 1176 del Código Civil y Comercial poniendo como agregado que ello es en los casos en que tal actividad no sea realizada bajo una relación de dependencia laboral, motivado por el alto costo que implican para la producción empresarial argentina las cargas sociales, indemnizatorias y tributarias derivadas del contrato de trabajo. En cuanto al precio, el art. 1181 del Código argentino determina que a falta de convención el precio es el de prestaciones similares que el suministrante efectúe en el tiempo y lugar de cada entrega y en su defecto se determina por el valor corriente de plaza en el fecha y lugar de cada entrega, adoptando así la norma italiana contenida en el art. 1474 al que remite el art. 1561.

El artículo 1563 del Código Civil Italiano es tomado por el art. 1180 del argentino estableciendo que el plazo legal o convencional para el cumplimiento de las prestaciones singulares se presume establecido en interés de ambas partes, excepto pacto en contrario. La regulación de la resolución de este contrato se establece de manera idéntica en el art. 1184 argentino y 1564 italiano, habilitándola en aquellos casos donde el incumplimiento es de notable importancia.

Destaco que el art. 1564 del Código italiano, que regula la suspensión del suministro, es tomado por el 1185 argentino en cuanto a la exigencia de que la suspensión de las prestaciones no puede tomarse de modo intempestivo. Esta norma tiene como finalidad beneficiar la subsistencia de la relación de modo tal que la suspensión solo puede producirse hasta tanto se subsane el incumplimiento y si se ha advertido al incumplidor mediante un preaviso.

En cuanto al pacto de preferencia del contrato de suministro el art. 1182 argentino lo regula en idéntica forma que el número 1566 del código italiano en cuanto establece que es aquel en el cual una de las partes se obliga a dar preferencia a la otra en la celebración de un contrato sucesivo relativo al mismo o similar objeto, como la diferencia entre ambas legislaciones está dada por la vigencia temporal de dicha obligación ya que la norma italiana la establece en 5 años y la argentina en 3. En cuanto al deseo de una de las partes de contratar con terceros el reemplazo parcial o total del suministro que ha expirado o expirará en fecha próxima se le impone el aviso a la otra en cuanto a las condiciones en que proyecta contratar con terceros. Puede esta última hacer uso de la preferencia, haciéndolo saber. La regla argentina agrega que en caso de no haberse establecido las modalidades de la comunicación el aviso debe darse con 30 días de antelación a la terminación del contrato y la otra tendrá opción de utilizar el pacto de preferencia notificándolo dentro de los 15 días de recibida la noticia y en caso de silencio expira su preferencia.



El 1569 italiano posee contenido idéntico al 1183 argentino ya que ordenan que si el contrato es por tiempo indeterminado cualquiera de las partes puede resolverlo dando previo aviso a la otra. Se establece también las modalidades de tal aviso en cuanto a que el término resulte razonable en cuanto a la naturaleza del suministro. En la Argentina se ordena que él en ningún caso puede ser inferior a 60 días.

Debe destacarse que en la Argentina la producción de los jueces, previo a la sanción del nuevo código resolvía que en toda contratación por tiempo indeterminado cualquiera de las partes podía resolver la contratación por su sola voluntad pero ese derecho no podía ser ejercido abusivamente en ningún caso pues el antiguo código civil argentino en su art. 1071 regulaba el abuso del derecho mediante una norma general o abierta que tuvo sus inspiración en los art. 833, 840 y 809 del código que impiden el ejercicio abusivo de los derechos sobre la propiedad, sobre el uso de las tierras y de las aguas respectivamente fueron la inspiración que llevó al codificador argentino a la creación de una norma general que impide el abuso del derecho y que por encontrarse contenida en el título preliminar del código argentino resulta de aplicación a todas las relaciones jurídicas.

Precisamente una de las modificaciones más importantes que ha producido el Código Civil y Comercial es la fractura del tipo general de contrato, que es original en el derecho comparado. Se dedica un título a los contratos discrecionales y otro, con igual jerarquía, a los contratos de consumo. Se ha optado por esto y no por la alternativa contraria consistente en establecer una regla que aplique el principio protectorio de modo general al considerarse esto inconveniente, porque provoca que se distorsione gravemente el sistema y sería inadecuado aplicar este régimen a la contratación entre empresas para la construcción de grandes obras, como puentes o desarrollo de tecnología o el aprovisionamiento o cualquier otro vínculo semejante. Se consideró que en todos estos casos era necesario preservar la autonomía privada.

No debo dejar de reconocer que en la jurisprudencia argentina existe como problema que se apliquen principios protectorios propios de la tutela del consumidor a los contratos de empresas con deterioro de la seguridad jurídica. Es eso lo que ha inspirado a que en el nuevo código en su art. 960 se haya ordenado expresamente que los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes y solo cuando la autoriza la ley, o de oficio solo cuando se afecta de modo manifiesto el orden público.

En general el problema se produce a pesar de que las partes hayan emitido correctamente su declaración y expresado el consentimiento, pero en razón de una desigualdad económico-social en virtud de la cual no hay discusión ni negociación se produce la mera adhesión. Estas circunstancias antes no interesaban al derecho, sino a la sociología, y hoy han sido juridizadas mediante normas de orden público. El nuevo Código contiene numerosas disposiciones que tienen este sentido en las reglas sobre contratos celebrados por adhesión y en las referidas a las relaciones de consumo. No se trata de una intervención que distorsiona la autonomía, sino que se intenta que la mejore permitiendo que los contratantes se expresen en pie de igualdad.

JUS CIVILE



En la materia ha sido relevante el pensamiento del jurista italiano contemporáneo, Guido Alpa quien en un notable trabajo que integra el “Tratado de la Buena Fe en el Derecho”, bajo el título “La Buena Fe Integrativa”, sostiene la necesidad de consideración de la buena fe no solo como cláusula general destinada a regular las tratativas, la conclusión, la interpretación y la ejecución de la relación contractual, sino también como fuente de integración del contrato, indicando casos en que se puede hallar en la práctica negocial. Incluso instalándose como fundamento de la obligación de renegociación del contrato en caso de perturbación de la economía contractual debido a causas externas que hagan imposible o más gravosa la prestación originaria y de la cual la otra parte no puede aprovecharse. El profesor Alpa expone con claridad que la sacralidad del contrato se ha erosionado y que en casos el juez hace el contrato para las partes.

No solo la ley y doctrina italiana han sido fuente europea trascendente en la nueva elaboración argentina en esta materia. Prueba de ello es que el Código Civil alemán, en la última sección, la 310, ha establecido reglas específicas de interpretación de algunos tipos de contratos cuando ellos además sean de consumo, tal el caso de los contratos de adhesión. Establece que para determinar la abusividad de una cláusula, no cabe centrarse solamente en la redacción de la misma, sino que deben analizarse a su vez dos situaciones: a) la función de la cláusula dentro del contexto general del contrato; b) la situación general del consumidor al momento de la suscripción del mismo.

El código argentino sigue al alemán en cuanto a la tutela del más débil de la relación y respecto de la interpretación dedica dos artículos, el 1094 que ordena que las relaciones de consumo deben ser interpretadas conforme al principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable y el 1095 que ordena que el contrato se interpreta en el sentido más favorable al consumidor. En ambos casos prima el principio rector de protección jurídica del consumidor en virtud de lo que se considera su circunstancia de debilidad. Situación prevista por el legislador argentino no solo en normas particulares sino también en las que integran el título preliminar y contienen normas abiertas pues allí, en su art. 11 se regula de modo tal de evitar las consecuencias negativas del abuso de una posición dominante en el mercado.

El nuevo código argentino ha optado por la solución alemana en cuanto a incorporar las normas que regulan la relación de consumo en cuerpo orgánico de normas del derecho privado, dedicándole todo un título integrado por 31 artículos a los contratos de Consumo, desechando aquella parte de la doctrina que desaconseja tal opción por considerar que se trata de relaciones que requieren de un dinamismo normativo suficiente como para atender las permanentes modificaciones que la sociedad produce en este tipo de vínculos. Reformar un código resulta en la práctica legislativa mucho más dificultoso y prolongado en el tiempo que hacerlo respecto de una ley especial. Si bien se ha seguido la solución germana en cuanto a lo expuesto no ha ocurrido lo mismo en otros aspectos ya que el nuevo código argentino ha organizado todo ello bajo un mismo título, mientras que el BGB lo trata diseminado a lo largo de diferentes normas. El Código argentino ha formado así una organización normativa especial que tiene su centro de atención en considerar al consumidor como la parte débil de la relación. Tan débil que ha lleva-

JUS CIVILE



do a algunos autores a sostener que esta relación no cumple acabadamente con los elementos de conformación de la relación contractual de los que resulta la exigencia de una expresión válida de voluntades libres concurrentes que requiere un equilibrio en las posibilidades negociales de las partes ya que cuando la supremacía decisoria de algunos de los sujetos obstruye el ejercicio de la voluntad de la otra no se encuentran reunidos los recaudos que caracterizan al contrato.

Quiero destacar que el Código Civil y Comercial Argentino comienza con un título preliminar concebido como la puerta de ingreso de todo el sistema del derecho privado y por ello contiene una serie de artículos de gran significado valorativo para todos los casos que regulan. Es útil en la aplicación e interpretación del derecho, ya que provee líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica dentro de un sistema basado en principios y reglas. El Código Civil y Comercial distingue el derecho de la ley y este es un cambio fundamental respecto de la tradición anterior que solo se refería a la ley y a la función del juez que era exclusivamente aplicarla exegéticamente. Con la nueva estructura legal ya no se trata solo de la ley sino de todas las demás fuentes, doctrina, costumbres.

Se produce un dialogo de normas de la misma y de distintas jerarquías. Lo dicho no obsta a que la ley sigue siendo la fuente formal principal del derecho.

Creo útil exponer que el Código Civil y Comercial es un cuerpo normativo basado esencialmente en valores que integran normas abiertas o generales, la casuística no es lo preponderante. Las diferentes vertientes culturales impiden la atención de todos los casos posibles de ocurrencia que resulten consecuencia de usos y costumbres de origen de sus pobladores.

Lo expuesto en cuanto a la producción jurídica argentina y en relación con lo referido a las características territoriales y poblacionales ha provocado una diversidad de confluencias culturales provocando el enriquecimiento denominado vigor híbrido que es consecuencia de construir con las diferencias.

Ello respeta aquello que pronuncié al inicio y que resulta del Preámbulo de la Constitución Nacional al establecer la promoción del bienestar general y los beneficios de la libertad “para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”.