



**MIUR**



**F.S.E**

Università degli Studi di Sassari

Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi

Ciclo XX

## **Diritto europeo dei contratti**

*Coordinatore:*

Chiar.mo Prof. Michele M. Comenale Pinto

*Tutor:*

Chiar.mo Prof. Andrea Nervi

*Tesi di dottorato della*  
D.ssa Anna Maria Cau

## INDICE

### Capitolo primo

L'incidenza del diritto contrattuale europeo sugli istituti di causa,  
buona fede e nullità

Premessa.....	3
1. La causa.....	3
2. La buona fede.....	29
3. La nullità.....	55

### Capitolo secondo

L'incidenza del diritto contrattuale europeo sul principio di autonomia  
contrattuale

1. Il principio di autonomia contrattuale nell'ordinamento interno e i relativi limiti.....	76
2. Il principio di autonomia contrattuale e i contratti "del consumatore".....	82
3. Il principio di autonomia contrattuale e i contratti tra imprese. Il "terzo contratto".....	91

## Postilla finale

Brevi cenni sulle problematiche derivanti dalla disciplina della concorrenza.....111

Bibliografia.....122

## I

### **L'INCIDENZA DEL DIRITTO CONTRATTUALE EUROPEO SUGLI ISTITUTI DI CAUSA, BUONA FEDE E NULLITÀ**

#### **Premessa**

La normativa contrattuale di matrice comunitaria che, attraverso direttive e regolamenti degli organi istituzionali nonché pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea, si riversa all'interno degli Stati membri, si fa portatrice di innovazioni che incidono sugli ordinamenti degli Stati medesimi, in virtù di "decenni di autonoma attività legislativa delle istituzioni comunitarie"<sup>1</sup>.

Tale fenomeno implica un inevitabile impatto sul diritto contrattuale statale, introducendo nell'ordinamento norme provenienti da fonti eteronome e per tale motivo spesso non strettamente compatibili col sistema in cui si inseriscono. Tutto ciò

---

<sup>1</sup> L. PICARDI, *La causa e il tipo*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, Padova, 2003, p. 264.

costringe ad una riflessione in merito alla sopravvivenza o almeno alla conservazione dei profili originari di alcune tra le più importanti categorie che caratterizzano il diritto contrattuale.

## 1. La causa

In proposito, è oggi protagonista di un vivace dibattito<sup>2</sup> il concetto di "causa", elemento essenziale per la validità ed esistenza del contratto secondo l'art. 1325, n. 2 del codice civile italiano, ma la cui funzione è difficile rinvenire nei testi normativi europei che pure entrano a fare parte integrante dell'ordinamento statale.

A monte dell'indagine circa la presenza dell'elemento causale nel diritto contrattuale di derivazione comunitaria, è necessario capire se effettivamente, al di là del dato letterale che ne impone la sussistenza nell'ordinamento statale, esso rivesta ancora oggi la funzione fondamentale per cui fu concepito all'interno di detto sistema.

---

<sup>2</sup> Si vedano: S. MAZZAMUTO (Introduzione) in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 11; C. CASTRONOVO *Il contratto nei Principi di diritto europeo* in *Trattato di diritto privato europeo, Op. cit.*, pp. 38 ss.; U. BRECCIA *Morte e resurrezione della causa: la tutela* in *Trattato di diritto privato europeo Op. cit.*, pp. 241 ss.; P. RESCIGNO (Postfazione) in *Trattato di diritto privato europeo Op. cit.*, p. 711; G.B. FERRI *L'"invisibile" presenza della causa nel contratto in Europa e diritto privato*, IV, 2002, pp. 898 ss.; G. SICCHIERO *Tramonto della causa nel contratto?* in *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo* a cura di G. Sicchiero, Padova, 2005, pp. 1-34; E. NAVARRETTA *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti* in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006, Tomo III, pp. 645 ss.; R. SACCO, *Il contratto nella prospettiva comparatistica* in *Trattato di diritto privato europeo, Op. cit.*, p. 22; E. MCKENDRICK *Contracts, the Common Law and the impact of Europe* in *Trattato di diritto privato europeo, Op. cit.*, pp. 103 ss.; H. KÖTZ – S. PATTI *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2006, pp. 113 ss.

Infatti, in parallelo con quanto accade oltre Manica, nel peculiare ambito del *common law*, a proposito della *consideration*<sup>3</sup>, alcuni studiosi mettono in dubbio il persistere della necessità della presenza della causa nel contratto, mentre autorevole dottrina giunge al punto di indagare su una presunta "morte"<sup>4</sup> della stessa.

La corrente dottrina anticausalista si appoggia sulla mancata menzione della causa quale requisito fondamentale nei principali testi che codificano i principi di diritto contrattuale internazionale ed europeo ed, ancor prima, nella Convenzione sulla vendita internazionale di merci, adottata a Vienna l'11 aprile 1980. Infatti, l'art. 29 di detta Convenzione, nel quale si prevede che le parti di un contratto possano apportarvi modifiche o scioglierlo semplicemente, mediante un *mere agreement*, è unanimemente considerato quale prima (in ordine cronologico) esplicitazione testuale del generalizzato abbandono dell'elemento giustificativo del contratto dinanzi all'ordinamento<sup>5</sup>. Una conferma di tale abbandono si ritrova, alcuni anni dopo, nei Principi *UNIDROIT* dei contratti commerciali internazionali (testo approvato definitivamente nel maggio 1994), dove, all'art. 3.2, si ribadisce che "un contratto è concluso, modificato o sciolto con il semplice accordo delle parti" e, a chiarire la necessità e sufficienza di tale requisito, si precisa che non ne sono richiesti di

---

<sup>3</sup> G. GILMORE, *The Death of Contract*, Ohio State University, Columbus, 1974; E. McKENDRICK, *Op. cit.*

<sup>4</sup> Si veda U. BRECCIA, *Op. cit.*

<sup>5</sup> Si veda M.J. BONELL, *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano, 1995, pp. 62-63; 90-91; U. BRECCIA, *Op. cit.*, p. 244; G. GRASSO, *La disciplina dell'invalidità nei principi di diritto europeo dei contratti*, Napoli, 2005, p. 122.

ulteriori. Anche i Principi di diritto europeo dei contratti (da qui in poi, *Principles*) elaborati dalla commissione Lando ed editi nel 2001, nel conformarsi alla suddetta tendenza, espungono l'elemento causale dal novero dei requisiti essenziali per la conclusione del contratto, di cui all'art. 2:101. Infine, nessuna menzione della causa si rinviene nel *Code Européen des contrats* dell'Accademia dei Giusprivatisti europei (2002)<sup>6</sup>.

Parte della dottrina<sup>7</sup> sostiene che la *ratio* dell'assenza nei *Principles* ed *UNIDROIT* di causa e *consideration* - concetti che, sebbene distinti quanto a morfologia e funzione specifica, rivestono tuttavia la comune funzione generale di costituire la ragione sufficiente in grado di giustificare il contratto agli occhi dell'ordinamento<sup>8</sup> - sia da attribuirsi all'estrema problematicità che da sempre caratterizza le due categorie. Ma, secondo detta dottrina, la ragione più profonda di tale assenza sarebbe da rinvenirsi nella posizione che questi elementi occupano nei sistemi che li prevedono.

Si sostiene, infatti, che essi non sarebbero stati tagliati fuori se non fosse per il fatto che da tempo ormai hanno cessato di essere, nei rispettivi ordinamenti che li contemplano, "quel requisito essenziale che formalmente ha continuato ad essere affermato"<sup>9</sup>. Ciò sarebbe accaduto, relativamente alla *consideration*<sup>10</sup>, in quanto solo

---

<sup>6</sup> Si veda G.B. FERRI, *Op. cit.*, p. 909.

<sup>7</sup> C. CASTRONOVO, *Op. cit.*, pp. 39 ss.

<sup>8</sup> Si veda anche G. GRASSO, *Op. cit.*, pp. 140 ss.

<sup>9</sup> C. CASTRONOVO, *Op. cit.*, p. 39. Si veda anche P. RESCIGNO, *Postfazione*, in *Il contratto e le tutele*, cit., p. 711, il quale parla in termini di scomparsa delle "misteriose figure" di causa e *consideration* "che hanno pesato, senza dare risultati costruttivi o pratici di particolare utilità, sui sistemi di *civil* e di *common law*".

<sup>10</sup> Si veda E. McKENDRICK, *Op. cit.*, pp. 103 ss., secondo il quale i giuristi inglesi di

per mero ossequio alla tradizione si fingerebbe che essa ricorra anche quando in realtà non sarebbe richiesta. Parimenti si sarebbe “prosciugata” la causa in *civil law*. Così si ritiene che la *consideration* sopravviva solo dove non può non essere presente, ossia nei contratti di scambio, e la causa si dissolva nel requisito dell'accordo, anche perché il controllo cui essa era preposta si sarebbe spostato sul terreno del contenuto, com'è accaduto con riguardo al controllo sulle clausole vessatorie<sup>11</sup>.

Vi è anche chi<sup>12</sup> ritiene che la fuga dalla causa derivi, in realtà, dalla crisi del rimedio preventivo e radicale della nullità, oltre che dai timori suscitati da una categoria caratterizzata da sempre da incertezza e ambiguità.

---

diritto contrattuale non si sbarazzerebbero della *consideration* (pur riconoscendo i problemi che crea) in quanto essa sarebbe troppo ben radicata nel sistema legale per essere rimossa giudizialmente. Aggiunge che in Inghilterra si è giunti a porre maggiormente l'accento sulla volontà di vincolarsi in un contesto commerciale e questo porterebbe il diritto inglese più vicino alla posizione che prevale negli ordinamenti continentali. Tuttavia l'autore non rileva ancora una volontà di abbandonare definitivamente la dottrina della *consideration*, ma ritiene che ciò potrebbe verificarsi con più probabilità a seguito di un intervento esterno, come l'avvento di un codice europeo. Come primo indice di un probabile futuro abbandono della *consideration* nel sistema britannico, l'autore segnala la mancanza di qualsiasi accenno alla stessa nel progetto di codice pubblicato da McGregor, così come accade nei Principi Lando e *UNIDROIT*. Si veda anche H. KÖTZ – S. PATTI, *Op. cit.*, in cui si osserva che, dal dato per cui gli ordinamenti giuridici continentali non conoscono un principio equiparabile alla dottrina della *consideration*, nel Regno Unito sono state tratte diverse conclusioni. Pertanto, mentre alcuni ritengono che la dottrina della *consideration* sia un simbolo caratteristico ed indispensabile della normativa contrattuale inglese, “la più bella perla della sua corona”, i suoi detrattori sostengono che questa dottrina potrebbe essere superata anche in Inghilterra visto che il continente ne fa a meno senza alcun problema.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 39-40.

<sup>12</sup> E. NAVARRETTA, *Op. cit.*, pp. 645 ss. L'Autrice ritiene che in un sistema in cui la causa non sia più necessaria non può certo operare il rimedio della nullità, ma deve potersi applicare l'annullabilità se si configura un errore sulla concreta sussistenza della causa voluta per accordo tra le parti.

Altra dottrina<sup>13</sup>, pur prendendo atto della mancata menzione della causa nei vari progetti di codificazione, non è concorde nell'interpretare tale fenomeno necessariamente come un segnale del venir meno della rilevanza dell'elemento e delle ragioni della sua esistenza.

Ad esempio, con riguardo ai *Principles*, è stato rilevato<sup>14</sup> come la manifestazione della volontà di vincolarsi giuridicamente, richiesta dall'art. 2:101 quale requisito ulteriore rispetto all'accordo sufficiente ai fini della conclusione del contratto, dia l'impressione di essere una prescrizione dettata sulla scia del timore che l'espunzione dell'elemento causale potesse comportare il travolgimento della rilevanza e serietà dell'accordo.

Con riguardo, in particolare, al *Code Européen des contrats* dell'Accademia dei Giusprivatisti europei, è stata giudicata<sup>15</sup> corretta la scelta di esclusione della causa operata in quella compilazione. Ciò perché in una codificazione a vocazione transnazionale sarebbe bene evitare di introdurre concetti che non godano di significati e valenze univoci ed omogenei tra i vari ordinamenti. Inoltre, non sarebbe opportuno che il legislatore desse definizioni di una categoria concettuale così delicata e complessa qual è quella di causa, compito che spetterebbe, invece, alla dottrina<sup>16</sup>.

Peraltro, è stato autorevolmente osservato<sup>17</sup> come, lavorando

---

<sup>13</sup> Tra gli altri, U. BRECCIA, *Op. cit.*, pp. 241 ss.; G.B. FERRI, *Op. cit.*, pp. 898 ss; G. SICCHIERO, *Op. cit.*, a cura di G. Sicchiero, pp. 1-7.

<sup>14</sup> U. BRECCIA, *Op. cit.*, p. 248.

<sup>15</sup> G.B. FERRI, *Op. cit.*, pp. 898 ss.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 900-901.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 901 ss.



sul fronte della traduzione dei testi, sia possibile rinvenire traccia della sussistenza dell'elemento che si vuole asserire scomparso. Infatti, sebbene la traduzione italiana dell'art. 1:302 dei *Principles* che, nel definire la ragionevolezza, prescriva che essa venga valutata tenendo conto della natura e dell'oggetto del contratto, nella versione inglese si ritrova - in luogo di "oggetto" - il termine *purpose*, che, in realtà, parrebbe più corretto tradurre con "scopo". Optando per siffatta traduzione<sup>18</sup> - in luogo di quella ufficiale - non potrebbe negarsi il riferimento al programma che le parti hanno affidato a quel determinato contratto e pertanto si tratterebbe di un forte richiamo all'elemento causale, inteso nel significato di funzione economico-individuale.

Pertanto, dal tessuto normativo dei progetti di codificazione<sup>19</sup> emergerebbe forte la presenza e l'operare della causa, in quanto funzione economico-individuale del contratto<sup>20</sup>. La persistente presenza della causa, nonostante il dato testuale dei vari progetti, sarebbe dovuta alla forza delle cose, in quanto il contratto risulta inevitabilmente caratterizzato da una duplice natura – oggettiva e soggettiva insieme – ed altrettanto inevitabilmente, in virtù di tale natura, produce problemi che non possono essere disciplinati che alla

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 904-905.

<sup>19</sup> Si veda anche G. SICCHIERO, *Op. cit.*, pp. 1-34, il quale osserva come nei vari progetti di codificazione innumerevoli siano i richiami alle regole del mercato, rispetto al quale ultimo il contratto deve essere funzionale, rappresentando uno spostamento di valori che il mercato giustifica in quanto reale. Conclude sostenendo che, nonostante la mancata menzione della causa in tali progetti, essi non sfuggano alla logica che connota tutte le operazioni economiche, ossia il riferimento al mercato in cui sorgono che fungerebbe all'occorrenza da criterio di adeguamento del patto altrimenti destinato a rimanere inoperante.

<sup>20</sup> G.B. FERRI, *Op. cit.*, p. 903.

stregua ed in conformità di questa sua dimensione, e ciò indipendentemente dalla circostanza che detti progetti facciano riferimento all'elemento della causa o meno. Vale a dire che, pur non volendo parlare della causa, non si possono eludere i problemi che questa ha sempre evocato.

D'altra parte, a voler abbandonare la causa si corrono precisi rischi<sup>21</sup>. Infatti, per la volontà di liberarsi della sua enigmaticità, si finirebbe col sostituirla con la categoria ancor più enigmatica del "contenuto"<sup>22</sup>. Ancora, si rischierebbe di passare dal dogma della causa a quello del nudo patto, che intendendo salvaguardare la libertà contrattuale, trascura che le parti dovrebbero essere altrettanto libere di concludere contratti fondati su una causa. Ed, infine, mentre si rifiuta la causa, contemporaneamente la si acquisisce come dato scontato, tant'è che i rimedi sull'approfittamento della debolezza di un contraente in vario modo la presuppongono. Così, i rimedi dell'*excessive benefit or unfair advantage* – di cui all'art. 4:109 dei *Principles* - e della *gross disparity* - art. 3.10 dei Principi *UNIDROIT* -, che in parte andrebbero a sostituire la vecchia invalidità per difetto di causa, non riescono a colpire proprio l'atto puramente nudo, che consta della mera

---

<sup>21</sup> E. NAVARRETTA, *Op. cit.*, pp. 662 ss.

<sup>22</sup> *Ibidem*. Il riferimento è al *Code Européen des Contrats*. La disciplina di tale requisito parrebbe foriera di risultati sproporzionati, in quanto "sembra prospettare per l'atto con causa voluta in concreto ma irrealizzabile la nullità, mentre per l'atto concepito dalle parti senza causa addirittura l'insindacabilità senza limiti!". Ciò in quanto, essendo la disciplina della rescissione del contratto di cui all'art. 30, c. 3, plasmata esclusivamente sul modello del contratto a prestazioni corrispettive, che non è in grado di abbracciare né il nudo patto né il contratto senza causa di struttura non sinallagmatica, determina l'incapacità di colpire, nella maggioranza dei casi, l'atto concluso senza causa abusando del potere dell'autonomia privata.

produzione di effetti giuridici. Tali rimedi non possono ovviare al più basilare problema del difetto in concreto della causa voluta dalle parti. Infatti, l'inidoneità del contratto a funzionare non può essere ricondotta all'iniquità delle condizioni contrattuali pattuite, mentre invece attiene ad un accordo equo che non riesce *ab initio* a realizzare il programma voluto dalle parti<sup>23</sup>.

Tutte le considerazioni che precedono stanno a testimoniare che si è di fronte ad una "immanenza della causa, intesa come scopo giuridicamente rilevante, all'interno del contratto"<sup>24</sup>.

Le varie dichiarazioni di morte dell'elemento causale paiono, inoltre, da contestare alla luce, oltre che della lettera dei codici civili continentali, anche di pronunce giurisprudenziali, che consentono di appurare come la causa, ben lungi dall'essere "morta", goda invece di vitalità e rilevanza nell'ordinamento.

In generale, è stato rilevato<sup>25</sup> come prendendo in considerazione i principali ordinamenti europei risulti che, sebbene il consenso delle parti sia un elemento necessario per il perfezionamento di un contratto vincolante, non sempre questo consenso sia sufficiente, nonostante non vi sia unanimità sulle ipotesi che richiedono il soddisfacimento di ulteriori requisiti e sul tipo di

---

<sup>23</sup> *Ibidem*. L'Autrice ritiene che il problema della causa voluta ma irrealizzabile si sposti dunque in tali progetti sul piano della disciplina dell'errore: le parti credevano per errore che la causa sussistesse. Così, i *Principles* prevedono – all'art. 4:103, c. 1, lett. b) – il *fundamental mistake* ed i Principi *UNIDROIT* – all'art. 3.5 – il *relevant mistake*: in entrambi i casi l'errore di concludere un contratto finalizzato ad una causa che si ignorava fosse inidonea a funzionare consentirebbe l'annullamento del contratto, purché l'errore non sia inescusabile.

<sup>24</sup> G. GRASSO, *Op. cit.*, pp. 148 ss.

<sup>25</sup> H. KÖTZ – S. PATTI, *Op. cit.*, pp. 144 ss.

questi requisiti. Ma tale mancanza di unanimità porta ad un denominatore comune, che si sostanzia nella funzione generale svolta sia dalla causa che dalla *consideration* e che consiste, precisamente, nella "giustificazione del contratto dinnanzi all'ordinamento"<sup>26</sup>.

Con riguardo all'ordinamento italiano, essendo pacifica la presenza nel Codice civile della causa quale elemento essenziale per la conclusione di un valido contratto, autorevole dottrina<sup>27</sup> sostiene ormai da tempo che la funzione da attribuire a detto elemento non corrisponda più a quella<sup>28</sup> che le fu affidata in sede di stesura del Codice e che l'interpretazione della norma che la prevede debba ritenersi ormai sganciata dal significato che allora le si volle dare.

In accordo con tale dottrina, anche la più recente giurisprudenza ha contribuito a ridefinire il ruolo dell'elemento causale, offrendone un'interpretazione che porta a considerare ormai obsoleto quel significato di funzione economico-sociale per cui fu concepita dal legislatore del 1942.

Così, a ribadire l'attuale utilità dell'elemento causale, interviene una recente sentenza della Corte di Cassazione<sup>29</sup> nella quale i giudici, cimentandosi in una ricostruzione dottrinarica dell'istituto, ne offrono un'interpretazione in chiave moderna<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> G. GRASSO, *Op. cit.*, pp. 140 ss.

<sup>27</sup> G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966; Id., *Il "Code Européen des Contrats"*, in *Europa e diritto privato*, I, 2002, pp. 356 ss.

<sup>28</sup> Il riferimento è alla funzione economico-sociale, tra i più coerenti sostenitori della quale, si vedano: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, UTET, 1950, pp. 186 ss.; S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *Diritto Civile Metodo - Teoria - Pratica*, Milano, 1951, pp. 75 ss.

<sup>29</sup> Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490.

<sup>30</sup> Il caso in sintesi: Tizio stipulava con la ditta Alfa in qualità di amministratore della S.A.S. Beta un primo contratto di consulenza; successivamente veniva stipulato

Nella sentenza, la Suprema Corte ha ritenuto che il contratto stipulato tra due soggetti, ma privo di reale giustificazione pratica, fosse nullo per mancanza di causa, intesa nel senso di mancanza di una reale volontà delle parti di dare esecuzione al contratto. Infatti, con riguardo al comune significato di funzione economico-sociale, la causa del contratto non poteva dirsi mancante, in quanto corrispondente ad uno dei tipi previsti dal legislatore<sup>31</sup> e, pertanto, non sussistevano dubbi circa la presenza di una funzione, sia in senso economico sia in senso sociale.

Ma la Corte ha sostenuto che la nozione di causa come funzione economico-sociale corrispondesse ad una nozione *oggettiva* di tale istituto che non poteva più essere accettata<sup>32</sup>.

---

sempre tra le stesse parti un altro contratto con cui si fissava, per la medesima prestazione, un compenso annuo di £. 240.000.000. Dopodiché Tizio veniva inserito tra i componenti del consiglio di amministrazione di alcune società facenti capo ad Alfa. Per questo incarico di amministratore riceveva regolare retribuzione, ma in nome proprio. Nel 1992 la società Beta cedeva a Tizio il credito derivante dal contratto e Tizio emetteva (a suo nome) una fattura per l'importo di 140 milioni che però non venivano pagati perché la ditta Alfa contestava la prestazione. Tizio, in proprio, citava in giudizio la ditta Alfa per ottenere il pagamento dei 140 milioni. Nel costituirsi in giudizio la ditta sosteneva che la somma dovuta era stata in realtà pagata, di fatto, con l'attribuzione a Tizio della carica di amministratore nelle società del gruppo Alfa, mentre quest'ultima non aveva in realtà svolto alcuna attività, essendo un mero schermo societario fittiziamente creato per eludere norme fiscali e contributive. In sostanza, il contratto tra Alfa e Beta non doveva essere onorato in quanto nella realtà si trattava di un contratto simulato, e Tizio aveva già avuto quanto gli spettava per altra via (l'essere inserito tra i componenti del consiglio di amministrazione). I giudici di merito ritenevano che le prestazioni rese da Tizio come componente del consiglio di amministrazione fossero identiche a quelle previste nel contratto tra le due società; che quindi nulla avesse da pretendere Tizio in base a tale contratto, che era in realtà simulato e quindi nullo per difetto di causa (in quanto privo di giustificazione concreta).

<sup>31</sup> Precisamente, il contratto d'opera, previsto dall'art. 2222 cod. civ.

<sup>32</sup> Si riporta qui per esteso il nucleo del concetto attuale di causa come definito nella sentenza: "È noto che, da parte della più attenta dottrina, e di una assai sporadica e minoritaria giurisprudenza (Cass. Sez. I, 7 maggio 1998, n. 4612, in tema di *Sale & lease back*; Sez. I, 6 agosto 1997, n. 7266, in tema di patto di non concorrenza; Sez. II, 15 maggio 1996, n. 4503, in tema di rendita vitalizia), si

I giudici della Cassazione in sostanza sono giunti ad affermare che la tesi oggettiva della funzione economico-sociale non sia più al passo coi tempi, dovendosi pervenire ad un'interpretazione che tenga conto anche degli interessi concreti delle parti, laddove la teoria della funzione economico-sociale, ritenendo che un contratto abbia una sua causa sol perché dotato di funzione economica e sociale, dal punto di vista astratto, finisce per trascurare i concreti interessi dei contraenti. La soluzione accolta dalla Corte pare da condividere, anche in considerazione del fatto che l'interpretazione dell'elemento causale secondo la teoria oggettiva determina importanti risvolti problematici come, ad esempio la difficoltà di concepire un contratto tipico con causa illecita<sup>33</sup>, non potendosi contestare la rilevanza dal punto di vista economico-sociale di uno schema contrattuale tipico, predisposto dal legislatore.

In generale, pare potersi affermare che il dibattito sulla causa, al di là degli eccessi che ne vorrebbero l'eliminazione, si diriga sulla

---

discorre da tempo di una fattispecie causale "concreta", e si elabori una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale."

<sup>33</sup> Si veda, tra gli altri, L. PICARDI, *Op. cit.*, p. 268.

necessità di rielaborare il concetto, al fine di liberarlo dal dogmatismo e dalla fumosità che ne hanno caratterizzato la storia e, conseguentemente, sulla opportunità di attribuirgli nuove funzioni che si attaglino maggiormente alle esigenze che l'attualità impone.

Si è già detto dell'impostazione dottrinarie che, considerando la causa intesa come funzione economico-sociale del contratto quale obsoleto retaggio del regime autoritario che la volle quale strumento di carattere marcatamente dirigistico destinato al controllo sulla libertà e sull'autonomia privata, ha mosso per un'interpretazione dell'elemento in chiave moderna, che declina la funzionalità in favore dell'autonomia privata, avendo come oggetto la tutela del programma perseguito dalle parti nel porre in essere un determinato contratto<sup>34</sup>. E si è osservato come la più recente giurisprudenza abbia ritenuto congruo conformarsi a tale corrente di pensiero<sup>35</sup>. Dati che confermano, almeno per l'ordinamento italiano<sup>36</sup>, l'attuale vigenza

---

<sup>34</sup> Vd. *supra*, p. 12.

<sup>35</sup> Vd. *supra*, pp. 12-14.

<sup>36</sup> Ma il resto del panorama europeo offre un quadro tutto sommato omogeneo, dal momento che la ricognizione delle figure di causa presenti negli ordinamenti codificati e l'attenzione rivolta nei sistemi di *common law* alla *consideration* – strumento che, seppur non del tutto assimilabile alla causa, si è visto (*supra*, p. 9) assolvere in parte la medesima funzione – convincono dell'utilità e della persistenza di questo concetto nella cultura dei giuristi, a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia menzionato o addirittura definito dalle codificazioni (L. PICARDI, *Op. cit.*, p. 269). Il codice spagnolo vigente menziona, all'art. 1261, la causa tra i requisiti essenziali del contratto, facendo seguito all'impostazione della dottrina francese e del *Code Napoléon*; mentre l'art. 1274 ne dà una definizione per cui "nei contratti onerosi si intende per causa, per ogni parte contraente, la prestazione o la promessa di una cosa o di un servizio all'altra parte; nei contratti remunerativi, il servizio o il vantaggio che si remunera e in quelli gratuiti la mera liberalità del benefattore". Nel codice portoghese la causa è inglobata in altri istituti, laddove si parla di oggetto del negozio giuridico o, ancora, di oggetto contrario all'ordine pubblico e ai buoni costumi (Si veda L. PICARDI, *Op. cit.* p. 269). Nel diritto austriaco dottrina e giurisprudenza attribuiscono rilievo alla *causa contractus*, sebbene non menzionata nel codice, in virtù di una certa diffidenza nei confronti

della causa come elemento essenziale per la conclusione di un contratto valido, ma che, tuttavia mettono in evidenza l'esigenza di attribuire a detto elemento nuove funzioni.

In siffatto contesto va ad inserirsi la disciplina contrattuale di derivazione comunitaria, portando con sé elementi di innovazione, se non di rottura<sup>37</sup>, rispetto alla tradizione e suscitando l'attribuzione alla causa di nuove valenze.

In particolare, sul presupposto di una necessaria riflessione

---

dei negozi giuridici astratti; inoltre, lo stesso codice, al § 901, equipara ad "ogni altra condizione" la "causa movente" o lo "scopo finale" cui le parti abbiano attribuito funzione di condizione (*Ibidem*). Anche il testo del *BGB* tedesco ignora la causa, ma tuttavia conosce la distinzione fra negozi causali e astratti. In generale, nell'area giuridica tedesca, la causa rileva esclusivamente in relazione ai negozi attraverso cui si verifica un'attribuzione patrimoniale, allo scopo di verificare se chi ha ricevuto un bene possa trattenere l'oggetto dell'attribuzione, trovando, pertanto, applicazione nell'ambito della tutela apprestata contro gli arricchimenti "ingiustificati" (K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, Milano, 1995, pp. 100 ss.). L'art. 1108 del codice francese richiede – tra le condizioni essenziali per la validità delle convenzioni contrattuali – una "causa lecita dell'obbligazione". Qui la causa assolve alla funzione di individuare il motivo tipico sottostante alla promessa contrattuale. Infine, con riguardo alla *consideration* di *common law*, essa, al di là del ruolo selettivo dei contratti e degli impegni obbligatori, svolge l'ulteriore funzione di selezione degli interessi meritevoli di protezione giuridica. Tale ultima funzione è il risultato dell'estensione del potere di sindacato dei giudici di *common law*, sull'area sostanziale dell'alternativa validità-invalidità per effetto dei vari *Acts* succedutisi negli ultimi anni, tra cui, in particolare, l'attuazione tramite uno *statutory instrument* della dir. 93/13/CEE sulle clausole vessatorie (*Ibidem*, pp. 270-271).

<sup>37</sup> Si veda V. ROPPO, *Quale diritto europeo dei contratti?*, in *Contratto e diritto uniforme*, a cura di C. VENDITTI e L. GATT, Napoli, 2005, pp. 109 ss., il quale segnala come il diritto contrattuale promanante dalle Direttive, caratterizzato dalla settorialità, non si preoccupi affatto dell'aspetto sistematico e delle connessioni generali fra la materia specificamente regolata ed il resto del contesto entro cui il singolo atto normativo va ad inserirsi, in quanto manca alla base qualsiasi pensiero di coerenza sistematica. Critica, inoltre l'eccessiva analiticità che contraddistingue le Direttive, determinandone una scarsa flessibilità. Infine lamenta la scarsa eleganza e correttezza lessicale che caratterizza quei testi scritti "in uno stile "verboso", burocratico". A ciò si aggiunga che il legislatore nazionale, ed in particolare quello italiano, nell'operare una pedissequa trasposizione di tali discipline all'interno dell'ordinamento, non compie il tentativo di risolvere dubbi e problemi interpretativi.



intorno alla causa allo scopo di individuare il "ruolo" che essa è chiamata a "svolgere nell'odierno diritto dei contratti alla luce non solo dei regolamenti e – soprattutto - delle direttive comunitarie e del loro recepimento nella - o interazione con la - disciplina interna, ma anche dell'elaborazione di principi generali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e del loro rapporto con altre compilazioni di principi predisposte a livello internazionale"<sup>38</sup>, si è cercato di individuare una nuova operatività dell'elemento nell'ambito dell'equilibrio delle posizioni dei contraenti.

È stato, infatti, sostenuto<sup>39</sup> che l'attività nomogenetica del diritto comunitario, nel dettare una disciplina dell'attività d'impresa e dei rapporti che si instaurano all'interno del mercato unico, e nel determinare, di conseguenza, una settorializzazione delle regole privatistiche – tradizionalmente indifferenti rispetto alle specifiche posizioni delle singole parti – secondo la qualità economica dei contraenti, abbia creato nuovi spazi per il giudizio di meritevolezza di tutela degli interessi contrattuali ascrivibili alle parti a seconda del relativo *status*. Infatti, le nuove regole dettate dal legislatore, intervenendo sui rapporti quantitativamente e socialmente più rilevanti, hanno messo a nudo la "finzione" dell'uguaglianza fra i contraenti e hanno segnato il definitivo abbandono della libertà contrattuale come regola e della sua assenza come eccezione<sup>40</sup>.

In particolare, nel momento in cui la normativa di derivazione

---

<sup>38</sup> L. PICARDI, *Op. cit.*, pp. 264-265.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 272-273.

<sup>40</sup> S. PATTI e G. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1993, p. 323 e ss.

comunitaria interviene a tutelare direttamente una delle parti contrattuali, con una spiccata tendenza a dettare norme imperative ispirate a finalità di controllo e di protezione, essa, sebbene concepita in quanto strumentale al corretto funzionamento del mercato<sup>41</sup>, contribuirebbe a conformare l'autonomia privata a fini di giustizia distributiva. Da ciò sarebbe dato desumere che "la distinzione fra contratti dei consumatori e contratti d'impresa suggerisce un superamento del profilo funzionale della causa quale criterio di qualificazione dell'atto."<sup>42</sup> Pertanto, muovendo dalla nozione di causa quale funzione economico-individuale del contratto<sup>43</sup> - o ragione pratica del medesimo -, si è posta la questione della validità del contratto che presenti una sproporzione tra le prestazioni così rilevante da far dubitare della sussistenza in concreto di una giustificazione causale.

A suscitare simili riflessioni hanno contribuito alcune pronunce giurisprudenziali in cui si afferma che, affinché sia integrata in concreto la causa di scambio, è necessario un *quid minimum* di proporzionalità tra valore del bene ed entità del corrispettivo. A titolo esemplificativo si pensi alla sentenza n. 12401/1992<sup>44</sup> con cui la Suprema Corte ha equiparato la vendita a prezzo irrisorio alla vendita

---

<sup>41</sup> R. SACCO, *La qualificazione*, in SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, pp. 419 ss.; G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2000, pp. 633 ss. ed altri ritengono che, a seguito della disciplina del rapporto tra imprenditore e consumatore, si sarebbe di fronte alla nascita di un diritto dei contratti dei consumatori e, contestualmente, ad una rinascita dei contratti oggettivamente commerciali.

<sup>42</sup> L. PICARDI, *Op. cit.*, p. 274.

<sup>43</sup> Si veda *supra* sent. Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490.

<sup>44</sup> Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, p. 1506 ss.

a prezzo simbolico, sancendo la nullità per mancanza di causa anche della prima. Preme qui specificare come la sentenza in parola avesse ad oggetto un negozio non riconducibile all'area dei contratti col consumatore, trattandosi, nella specie, di un atto di cessione stipulato tra due imprenditori – più esattamente, tra una società per azioni ed un consorzio -. Ne consegue che la decisione non possa essere annoverata tra i provvedimenti in cui si espleta la tutela del consumatore, ma, tuttavia, si osserva come la Corte sia approdata ad una simile decisione dopo anni di dibattiti sull'opportunità di intervento dell'ordinamento giuridico sul dispiegarsi dell'autonomia privata. Anni durante i quali, soprattutto a causa della sempre più massiccia presenza sul mercato di imprese dal consistente potere economico, si è assistito al venir meno della parità nelle condizioni di partenza tra i contraenti. A partire da tali considerazioni la giurisprudenza ha gradualmente aperto un margine alla possibilità di offrire tutela dinanzi a casi di notevole squilibrio contrattuale, basandosi, in particolare, sul concetto di causa in funzione di controllo sulla razionalità dell'operazione perseguita<sup>45</sup>.

Né si può trascurare di osservare come una nuova ventata di rinnovamento coinvolga l'elemento causale anche per effetto di quel fenomeno che tende alla riforma della disciplina delle obbligazioni nei singoli ordinamenti europei<sup>46</sup>. In tale contesto corre l'obbligo di

---

<sup>45</sup> F. CARINGELLA, nota a sentenza Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, p. 1508.

<sup>46</sup> E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Atti del convegno di Treviso del 23-24-25 marzo 2006, p. 412.

guardare, fra gli altri, al progetto di riforma del *Code Napoléon*<sup>47</sup>. Detto testo, che, riservando alla causa un'intera sezione – la quarta, comprendente gli artt. da 1124 a 1126-1 -, costituisce un'ulteriore testimonianza di come quest'elemento continui a permeare di sé la cultura giuridica continentale, prevede all'art. 1125 il difetto di causa<sup>48</sup> – e con ciò la mancanza di giustificazione dell'obbligazione – per il caso in cui il corrispettivo originariamente pattuito risulti essere inconsistente o irrisorio<sup>49</sup>. Pertanto, conformemente all'attuale orientamento della *Cour de cassation*, la causa viene utilizzata ai fini del perseguimento della giustizia contrattuale, indipendentemente dalla qualificazione sociale dei contraenti e, quindi, a prescindere dalla normativa di protezione del consumatore<sup>50</sup>. Uno degli orientamenti di fondo su cui il progetto è stato forgiato consiste proprio nel dare vita ad una competizione tra l'autonomia privata e l'obbligatorietà del contratto, da una parte e le istanze di giustizia contrattuale provenienti dalla *conscience contemporaine*<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> *Avant-projet de reform du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*.

<sup>48</sup> Nel commento a tale sezione del progetto ed, in particolare, all'art. 1124-1, J. GHESTIN spiega come la natura relativa della nullità che sanziona il difetto di causa e quella assoluta che colpisce invece l'illiceità dell'elemento, corrispondano alle due funzioni svolte dalla causa: nel primo caso è concessa tutela ad un interesse privato e detta tutela si sostanzia nel riservare alla parte protetta la facoltà di chiedere l'annullamento o convalidare il contratto *ex art. 1129-3*; mentre la nullità assoluta, posta a tutela di un interesse generale, può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, così come dal pubblico ministero, e può anche essere rilevata d'ufficio dal giudice *ex art. 1129-2*.

<sup>49</sup> Su tale definizione, secondo J. GHESTIN, riposa l'equilibrio tra giustizia contrattuale e certezza del diritto (*Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005, p. 27*)

<sup>50</sup> P. CATALA, *Présentation général de l'avant-projet*, in *Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005, p. 3*.

<sup>51</sup> G. CORNU, *Introduction*, in *Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005, p. 9*.

Inoltre, almeno per quanto riguarda la legislazione interna, le norme concepite con finalità di tutela non sono solo quelle che proteggono il contraente debole "consumatore". Infatti, la logica di protezione si muove in un ambito di operatività più generalizzato, permeando di sé altre norme, rivolte a tutelare ulteriori figure di contraente debole. Ne è un esempio, con riguardo alla legislazione italiana, la disciplina della subfornitura nelle attività produttive di cui alla l. n. 192/98. Si tratta di norma dettata dal legislatore italiano, facendo liberamente seguito ad alcune indicazioni provenienti dalle istituzioni comunitarie<sup>52</sup> - volte ad ottenere rapporti più equilibrati fra committenti e subfornitori, nonché l'incentivazione alla competitività delle piccole e medie imprese -, con lo scopo di regolare una serie di fattispecie contrattuali del tutto distinte fra loro sul piano strettamente funzionale, ma accomunate dalla posizione di istituzionale debolezza del subfornitore, caratterizzata dall'esposizione dello stesso a potenziali situazioni configuranti abuso di dipendenza economica da parte del committente. Il contraente protetto – in quanto considerato debole – è in questo caso un imprenditore. La strategia di tutela che caratterizza tale disciplina è resa evidente dalla presenza in essa di numerose norme imperative, l'inosservanza delle quali è espressamente sanzionata da nullità<sup>53 54</sup>.

---

<sup>52</sup> Si vedano la Comunicazione della Commissione del 30 agosto 1989 – sullo sviluppo della subfornitura nella Comunità – e la Risoluzione del Consiglio del 17 gennaio 1992 – relativa al mercato europeo della subfornitura -.

<sup>53</sup> *Art. 6. Nullità di clausole - 1. È nullo il patto tra subfornitore e committente che riservi ad uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura. Sono tuttavia validi gli accordi contrattuali che consentano al committente di precisare, con preavviso ed entro termini e limiti contrattualmente prefissati, le quantità da produrre ed i tempi di esecuzione della*

Un'altra norma, il D. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, attuativo della Dir. 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, sempre nell'ambito dei rapporti negoziali tra soggetti imprenditoriali con asimmetria di poteri<sup>55</sup>, introduce a favore dei creditori un diritto a percepire interessi moratori particolarmente alti, nonché al risarcimento dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrisposte. La norma è stata dettata con lo scopo di porre un argine al fenomeno per cui determinate imprese, segnatamente quelle di piccole e medie dimensioni, rimanevano esposte a ritardi nei pagamenti cui i rispettivi debitori erano adusi, favoriti in questo da

---

*fornitura. 2. È nullo il patto che attribuisca ad una delle parti di un contratto di subfornitura ad esecuzione continuata o periodica la facoltà di recesso senza congruo preavviso. 3. È nullo il patto con cui il subfornitore disponga, a favore del committente e senza congruo corrispettivo, di diritti di privativa industriale o intellettuale. Art. 9. Abuso di dipendenza economica - 1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. 2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. 3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni. 3-bis. Ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso.*

<sup>54</sup> R. LECCESE, *Nozione e contenuto del contratto*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. CUFFARO, Napoli, 1998, p. 3.

<sup>55</sup> Nonché tra soggetti imprenditoriali e pubbliche amministrazioni.

tassi d'interesse di mora bassi e procedure di recupero particolarmente lente. Tale fenomeno, a livello comunitario si traduceva in un ostacolo al buon funzionamento del mercato interno. Il D. Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 rispecchia, pertanto, la scelta di tutelare il mercato comune, tentando di rimuovere le situazioni di abuso che ne inficiano il funzionamento e che determinano una limitazione nella circolazione del denaro, sia all'interno dei singoli Stati che nell'ambito del mercato stesso. L'obiettivo, in questo caso, viene perseguito mediante la tutela della parte contrattuale debole, individuata nel creditore che, in quanto imprenditore medio-piccolo e pertanto maggiormente esposto a problemi di liquidità, sopporta il ritardo nel pagamento della prestazione debitoria, non potendo usufruire di rapide ed efficienti procedure di recupero. Il D. lgs. n. 231/2002, ha introdotto modifiche sia sul piano sostanziale, uniformando il saggio degli interessi moratori - art. 5 - e stabilendo la decorrenza automatica degli interessi ed i termini legali per il pagamento - art. 4 -; sia sul piano processuale, introducendo modifiche sui procedimenti ingiuntivi - art. 9 -. In particolare, l'art. 7 sanziona con la nullità l'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze derivanti dal ritardo, qualora risulti gravemente iniquo in danno al creditore. Al comma 2 dello stesso articolo si specifica, poi, che è da considerarsi gravemente iniquo l'accordo che abbia come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, ovvero l'accordo con il quale l'appaltatore o il subfornitore principale imponga ai propri fornitori o

subfornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi. La nullità può essere anche dichiarata d'ufficio dal giudice, il quale, inoltre, può sostituire i termini nulli con quelli legali, o ricondurre ad equità l'accordo. L'art. 10, infine, in una chiara ottica di coordinamento con la disciplina della subfornitura, introduce una modifica all'art. 3 della legge n. 192/1998. Il nuovo testo dell'articolo prevede, con riguardo ai rapporti debitori tra committente e subfornitore, l'applicazione di tassi d'interesse moratori particolarmente gravosi che scattano indipendentemente dalla costituzione in mora; viene fatta salva l'eventuale pattuizione di interessi moratori in misura superiore a quella stabilita dal detto art. 3.

Si può allora sostenere che la qualità delle parti incida sulla funzione del contratto, sollecitando l'esigenza che l'ordinamento fornisca al contraente debole la più efficace tutela giuridica.

La *ratio* sottesa alle discipline di protezione del contraente debole è, chiaramente, quella di apportare un correttivo ad un'asimmetria di potere riferita allo *status quo* iniziale ed è l'unica ragione che possa giustificare un'invasione nella sfera di autonomia dei privati attraverso un controllo nel merito del regolamento di interessi<sup>56</sup>. Ma, al di là di questa ragione comune, va segnalato come siano differenti la causa di debolezza del consumatore – che è limitato nel proprio potere di negoziazione in ragione di una asimmetria informativa -, e quella dell'imprenditore "non sofisticato"<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> E. NAVARRETTA, *Op. cit.*, pp. 416 ss.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 420.



– la menomazione del cui potere negoziale può essere determinata dalla mancanza di alternative sul mercato -. Tale dato, nella prospettiva di una correzione degli squilibri, deve riflettersi in un differente tipo di controllo che, nel caso dell'imprenditore non sofisticato, dovrà essere economico oltre che normativo. Ciò nonostante, non è improbabile che le due figure di contraente tutelato possano incorrere in condizioni di debolezza molto simili – come nel caso dovessero trovarsi a "subire" una contrattazione attraverso la tecnica delle condizioni generali di contratto -, laddove, in alcuni sistemi, appare pacifica una condivisione della relativa disciplina<sup>58 59</sup>. In questo senso, può essere presa in considerazione la legge 6 maggio 2004, n. 129, recante "norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale", dettata dal legislatore per dare una specifica disciplina al contratto di *franchising*, che, nato negli Stati Uniti, è andato sviluppandosi nella pratica anche in Europa e veniva configurato dalla dottrina italiana come contratto atipico. La nuova disciplina introduce maggiori tutele a favore della parte debole del contratto, ossia l'affiliato, prescrivendo la forma scritta a pena di nullità, stabilendo il contenuto e la durata minimi del contratto – art. 3 - e, soprattutto, introducendo specifici obblighi precontrattuali di informazione (cd. obblighi di *disclosure*) a carico dell'affiliante – art. 4

---

<sup>58</sup> *Ibidem*. In proposito, l'Autrice evidenzia come il *BGB* estenda la tutela sostanziale contro le clausole vessatorie a tutte le condizioni generali di contratto, salvo riservare un regime peculiare alla tutela del consumatore.

<sup>59</sup> Mentre il Codice civile italiano riserva una tutela di tipo sostanziale alle sole clausole vessatorie nei contratti col consumatore, fermandosi ad una tutela formale con riguardo alle condizioni generali di contratto.

<sup>60</sup>-, considerato soggetto "forte" del rapporto in quanto depositario di maggiori conoscenze ed esperienze nel settore. Presupposto di siffatta tutela è la presenza, nella maggior parte dei contratti di affiliazione commerciale, di uno squilibrio informativo tra le parti a svantaggio dell'affiliato. La normativa è predisposta proprio allo scopo di offrire al contraente ritenuto debole quanto gli sia necessario, in termini di informazione, al fine di operare una scelta razionale nel concludere il contratto.

Ma un significativo esempio di come la causa nella normativa comunitaria, anche con riferimento ai contratti tra imprenditori, possa essere associata a ragioni di giustizia conseguenti al corretto funzionamento del mercato è dato dall'art. 81 del Trattato CE. Tale disposizione, dettata a tutela del mercato interno in difesa dalle intese anticoncorrenziali, sanziona con la nullità gli accordi e decisioni che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno di detto mercato. È qui agevole individuare nell'"oggetto o effetto" lo scopo, l'intento pratico avuto di mira dalle parti. Il divieto di conclusione di simili intese si riflette sui contratti eventualmente conclusi a valle delle medesime, sostanziandosi in una tutela dell'interesse del consumatore finale – ad esempio, ad ottenere un prodotto o servizio ad un prezzo giusto secondo le regole di mercato -, nonché di quelle imprese che si vedrebbero costrette a contrarre alle condizioni predeterminate

---

<sup>60</sup> Per una disamina della disciplina, con particolare riguardo alla violazione degli obblighi informativi, si veda A. DI BIASE, *La violazione degli obblighi di disclosure nel contratto di franchising e l'abuso di dipendenza economica*, in *Europa e diritto privato*, 3/2007, p. 801 ss.

attraverso l'intesa<sup>61</sup>. Preme qui specificare come la norma in parola, che sanziona con la nullità le intese anticoncorrenziali, rimanga silente con riguardo alla sorte dei contratti conclusi a valle delle medesime. Pertanto, non è detto che il consumatore finale o l'imprenditore terzo rispetto all'intesa siano tutelati attraverso la dichiarazione di nullità del contratto concluso in esecuzione di detta intesa<sup>62</sup>. In un simile contesto, caratterizzato dalla presa di coscienza delle specifiche qualità soggettive delle parti e delle relative disparità di potere economico, può essere attribuito alla causa un ruolo significativo, in quanto emergerebbe l'importanza del ricorso a detto elemento quale strumento per garantire l'equilibrio contrattuale.

Nell'ottica di considerare il ruolo della causa in funzione di controllo sull'utilità del contratto si muove certamente la giurisprudenza francese che – a partire dall'*arrêt Chronopost*<sup>63</sup> e

---

<sup>61</sup> Sulla falsariga di tale norma, si veda anche l'art. 2 della legge 287/90 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato).

<sup>62</sup> A favore della tesi che nega la nullità dei contratti "a valle" si veda A. NERVI, *La difficile integrazione fra diritto civile e diritto della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 501 ss. *Contra*, C. CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*, in *Europa e Diritto Privato*, 2005, II, p. 444 ss. Ribadisce l'esclusione della nullità di un contratto per violazione di norme di condotta, in assenza di disposizioni specifiche che la prevedano, Cass. Civ. SS. UU. n. 26724/2007, in *Foro it.*, marzo 2008, p. 784 ss.

<sup>63</sup> Si tratta della Sentenza della Corte di Giustizia del 3 luglio 2003 - Chronopost SA, La Poste e Repubblica francese contro *Union française de l'express (Ufex)*, *DHL International*, *Federal express international (France)* e *CRIE*. - Cause riunite C-83/01 P, C-93/01 P e C-94/01 P. Si riporta qui la massima: "*In mancanza di qualsiasi possibilità di paragonare la situazione di un'impresa incaricata di un servizio d'interesse economico generale ai sensi dell'art. 90, n. 2, del Trattato (divenuto art. 86, n. 2, CE) - come un'impresa operante, in regime di monopolio legale, nel settore della posta ordinaria, la cui rete non sarebbe mai stata istituita da un'impresa privata - con quella di un gruppo privato di imprese che non opera in un settore riservato, il criterio, necessariamente ipotetico, di «condizioni normali di mercato», che consente di stabilire se la fornitura di un'assistenza logistica e commerciale da parte di un'impresa pubblica alla sua controllata di diritto privato possa costituire un aiuto statale, dev'essere valutato con riferimento agli elementi*

verosimilmente per impulso del diritto dei consumatori – sempre più frequentemente fa ricorso alla causa a fini di correzione degli squilibri contrattuali o allo scopo di verificare l'attuazione dell'interesse in vista del quale le parti si sono vincolate<sup>64</sup>. Tale valenza operativa – intimamente legata ad esigenze di equità e di giustizia sostanziale – acquista ancora maggiore rilevanza nel momento in cui si consideri che essa non limitandosi a funzionare nella sfera delle regole immediatamente dettate a tutela dei consumatori, si estende a tutte le ipotesi di squilibrio contrattuale.

L'elemento causale andrebbe, dunque, ancorato, nei suoi risvolti pratici, al principio di proporzionalità di matrice comunitaria che, con riferimento al rapporto tra diritti ed obblighi non tende ad imporre un'equivalenza delle prestazioni, ma ad evitare che tra le stesse vi sia un sproporzione macroscopica ed ingiustificata<sup>65</sup>. La

---

*obiettivi e verificabili che sono disponibili. I costi sopportati da detta impresa per la fornitura di tale assistenza possono costituire siffatti elementi obiettivi e verificabili. Su questa base, si può escludere l'esistenza di un aiuto statale a favore della controllata qualora, da un lato, venga accertato che la contropartita richiesta copre debitamente tutti i costi aggiuntivi variabili sopportati per la fornitura dell'assistenza logistica e commerciale, un contributo adeguato ai costi fissi conseguenti all'utilizzazione della rete postale nonché una remunerazione adeguata dei capitali propri nella parte in cui sono destinati all'attività concorrenziale della controllata, e qualora, d'altro lato, nessun indizio faccia ritenere che tali elementi siano stati sottovalutati o stabiliti in modo arbitrario." In una precedente sentenza ("SFEI" - Sentenza della Corte dell'11 luglio 1996. - *Syndicat français de l'Express international (SFEI)* e altri contro *La Poste* e altri. - Causa C-39/94) la stessa Corte aveva precedentemente precisato che: "La fornitura di assistenza logistica e commerciale da parte di un'impresa pubblica alle sue controllate di diritto privato attive in un settore aperto alla libera concorrenza può costituire un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 92 del Trattato quando la remunerazione ricevuta come contropartita è inferiore a quella che sarebbe stata richiesta in condizioni normali di mercato".*

<sup>64</sup> J.P. PIZZIO, *La protection des consommateurs par le droit commun des obligations*, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1998, p. 53.

<sup>65</sup> P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2/2001, p. 347. L'Autore segnala come solo dottrina minoritaria (R. LANZILLO, *Regole e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985,

causa andrebbe, così, a collocarsi in posizione complementare rispetto alla clausola generale di buona fede<sup>66</sup> contribuendo ad assicurare il perseguimento di esigenze di giustizia contrattuale a tutela del corretto funzionamento del mercato<sup>67 68</sup>.

## 2. La buona fede

Particolare importanza, nell'ambito del processo di evoluzione del diritto contrattuale europeo, assume la clausola generale di buona fede. Infatti essa, oltre a permeare di sé gran parte del diritto promanante dalle direttive – ed in particolar modo quello disciplinante i contratti col consumatore –, riveste un ruolo centrale nei sistemi dei progetti di codificazione a livello europeo, nonché, come si vedrà più avanti, in progetti di riforma nazionali<sup>69</sup>.

---

p. 309 ss.) ritenga che l'ordinamento imponga un controllo sull'equivalenza delle prestazioni. Mentre l'opinione dominante "nega rilievo a qualsiasi ipotesi di mancata equivalenza economica delle prestazioni sinallagmatiche, se il divario non raggiunge proporzioni eccessive"

<sup>66</sup> Si veda, in proposito, G.B. FERRI, *L'"invisibile" presenza della causa nel contratto*, *Op. cit.*, pp. 905-906. L'Autore afferma che gli stessi criteri di ragionevolezza, sufficienza, buona fede e correttezza appaiono tutti stabilire il principio per cui i comportamenti dei contraenti debbano essere adeguati e coerenti con le finalità che la regola contrattuale considerata nella sua completezza strutturale e funzionale come da essi concordata si propone di perseguire. Egli ritiene che tutto ciò ruoti intorno all'invisibile elemento della causa, l'unico in grado di collegare l'intera operazione economica alle finalità che gli autori del contratto si erano ripromessi di realizzare al momento della sua conclusione.

<sup>67</sup> L. PICARDI, *Op. cit.*, p. 305.

<sup>68</sup> Corre l'obbligo di segnalare come l'atteggiamento della dottrina prevalente (si veda C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Giuffrè, 2000, p. 489) sia nel senso di continuare a ribadire l'estraneità al controllo causale del sindacato sull'equilibrio economico del contratto.

<sup>69</sup> Il riferimento riguarda, in particolare, *l'Avant-projet de reform du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*.

Con riguardo all'aspetto relativo alla vera e propria normativa contrattuale vigente e promanante dalle direttive europee, il giurista italiano si trova in una situazione di familiarità per quanto attiene alla nozione di buona fede qui contemplata e che pare confermare la funzione integrativa della clausola rispetto all'esecuzione del contratto come prescritta dall'art. 1375 c.c.

Innanzitutto, nel *corpus* delle direttive è possibile individuare criteri di valutazione dei contegni con espresso riferimento alla buona fede. Emblematica, in questo senso, è la direttiva 93/13 che nel *considerando* n. 16<sup>70</sup> definisce il principio di buona fede, integratore del giudizio sul carattere vessatorio delle clausole, quale strumento idoneo ad attuare una valutazione globale dei vari interessi in causa, risolvendosi, in particolare, in un'indagine in ordine alla differente forza contrattuale delle parti, alla *suitas* del consenso prestato dal consumatore, al comportamento legale ed equo del professionista, nel rispetto dei legittimi interessi della controparte<sup>71</sup>.

In alcuni casi, il legislatore comunitario si spinge al punto di disciplinare espressamente determinati obblighi contrattuali altrimenti

---

<sup>70</sup> "...considerando che la valutazione, secondo i criteri generali stabiliti, del carattere abusivo di clausole, in particolare nell'ambito di attività professionali a carattere pubblico per la prestazione di servizi collettivi che presuppongono una solidarietà fra utenti, deve essere integrata con uno strumento idoneo ad attuare una valutazione globale dei vari interessi in causa; che si tratta nella fattispecie del requisito di buona fede; che nel valutare la buona fede occorre rivolgere particolare attenzione alla forza delle rispettive posizioni delle parti, al quesito se il consumatore sia stato in qualche modo incoraggiato a dare il suo accordo alla clausola e se i beni o servizi siano stati venduti o forniti su ordine speciale del consumatore; che il professionista può soddisfare il requisito di buona fede trattando in modo leale ed equo con la controparte, di cui deve tenere presenti i legittimi interessi..."

<sup>71</sup> G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, IV, 2002, pp. 918-919.

riconducibili al principio della buona fede nell'esecuzione del contratto. Si assiste, dunque, al fenomeno per cui la norma posta dal legislatore fornisce al giudice criteri di valutazione talmente precisi da rendere secondario in tali casi il ricorso dello stesso alla buona fede integrativa<sup>72</sup>. Un esempio di tale tecnica si rinviene nel d. lgs. n. 626/1994 con cui, com'è noto, il legislatore italiano ha recepito la disciplina comunitaria in materia di sicurezza sul lavoro<sup>73</sup>. Nell'ambito di tale normativa vengono descritti in maniera analitica i vari obblighi di protezione e sicurezza gravanti sul datore di lavoro e su altre figure che rivestano incarichi di responsabilità, nonché taluni obblighi di attenzione a carico del lavoratore. Tutti obblighi che, come è stato rilevato<sup>74</sup>, costituiscono espressione del generale principio di buona fede di cui all'art. 1375 c.c. Con simili interventi il legislatore comunitario pone norme che integrano il contratto di lavoro subordinato, non potendo essere derogate dai privati neppure in sede di contrattazione.

In altri casi di intervento in materia contrattualistica, il legislatore comunitario, oltre ad individuare precisi obblighi, la violazione dei quali comporta violazione della buona fede, prevede che in sede di valutazione giudiziale anche altri obblighi, sebbene non menzionati nella normativa, possano essere ritenuti configurare la violazione del principio medesimo. Così, ad esempio, nell'ambito

---

<sup>72</sup> M.A. LIVI, *La normativa comunitaria e la buona fede nell'integrazione del contratto*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, *Op. cit.*, p. 417.

<sup>73</sup> Si tratta delle Direttive: 89/391/CEE, 89/655/CEE, 89/656/CEE, 90/270/CEE, 90/394/CEE e 90/679/CEE.

<sup>74</sup> M.A. LIVI, *Ibidem*.

dell'art. 3 della direttiva 93/13/CE, all'elenco - ivi allegato - "indicativo e non esauriente" di clausole vessatorie, e pertanto da ritenersi in contrasto col principio di buona fede nell'ambito dei rapporti contrattuali, si affianca la valutazione di vessatorietà rimessa al giudice, sulla base del principio in questione<sup>75</sup>.

Un simile atteggiamento del legislatore comunitario è dovuto ad un generale intento di circoscrizione dei limiti dell'autonomia negoziale, temperato, allo stesso tempo dalla esigenza di salvaguardare un minimo di apertura del sistema, perché questo possa continuare ad evolversi<sup>76</sup>.

Ulteriore esempio di come il principio di buona fede pervada il nuovo diritto contrattuale si rinviene nella l. 192/98. Come già rilevato<sup>77</sup>, in questo caso si tratta di disciplina dettata direttamente dal legislatore italiano, ma che risente del generale *favor* tributato al principio in parola in ambito comunitario. In particolare occorre prendere in considerazione l'art. 9 che vieta l'abuso di dipendenza economica nella subfornitura. Sebbene qui manchi un esplicito riferimento al canone di buona fede, la ricorrenza di un abuso di dipendenza economica, concretantesi nell'eccessività dello squilibrio tra diritti ed obblighi delle parti, deve essere evidentemente accertato mediante il ricorso al canone suddetto, con riferimento a tutte le circostanze che compongono l'economia dell'affare. In tal senso la norma precisa che la dipendenza economica è valutata anche con

---

<sup>75</sup> Si veda G. ALPA, *Commento alla direttiva n. 93/13 in tema di clausole abusive*, in *Corr. giur.*, 1993, p. 640.

<sup>76</sup> M.A. LIVI, *Op. cit.*, p. 418.

<sup>77</sup> Si veda *supra*, p. 17.



riguardo alla possibilità, da parte di chi abbia subito l'abuso, di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. La norma elenca poi talune fattispecie di abuso, come: il rifiuto di vendere o comprare; l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie; l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto<sup>78</sup>.

Con riguardo alla posizione di preminenza occupata dal principio di buona fede<sup>79</sup> nell'ambito dei progetti di codificazione ed, in particolare, dei *Principles*, si è rilevato come, parallelamente alla scomparsa dell'elemento causale in tali sistemi, si assista al fenomeno della dilatazione delle clausole generali<sup>80</sup> - ed in particolare della buona fede -, e si è parlato di un rilievo "quasi martellante"<sup>81</sup> attribuito al principio medesimo, espressione che rende bene l'idea della molteplicità di norme che all'interno di tali progetti vi fanno riferimento.

L'art. 1:102 dei *Principles*, nel sancire il principio - centrale nell'intero sistema - dell'autonomia contrattuale, gli affianca in funzione complementare<sup>82</sup> la contestuale previsione dell'ulteriore

---

<sup>78</sup> Art. 9; si veda *supra*, nota 53, pp. 21-22.

<sup>79</sup> Si veda anche G. GRASSO, *Op. cit.*, Napoli, 2005, p. 166, secondo cui "Il principio maggiormente presente nel testo Lando, oltre all'autonomia negoziale, è la buona fede."

<sup>80</sup> U. BRECCIA, *Op. cit.*, p. 264.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 547-548, nell'inquadrare i *Principles* in un più ampio indirizzo internazionale ed europeo, comprensivo anche dei Principi *UNIDROIT* e delle Direttive comunitarie, rileva la generale tendenza a contemperare la salvaguardia della libertà contrattuale attraverso la soggezione al principio di buona fede.

principio della buona fede e della correttezza quale criterio generale al rispetto del quale detta autonomia è tenuta a conformarsi.

Un'ulteriore previsione, che sottolinea l'importanza del principio nel sistema in parola, è contenuta nell'art. 1:201, secondo cui le parti devono agire nel rispetto della buona fede e della correttezza. Particolarmente significativa, nel ribadire la centralità del principio è la previsione contenuta nel secondo comma di detta disposizione, che sancisce l'inderogabilità dell'obbligo di buona fede ad opera delle parti, le quali non possono né escluderlo né limitarlo<sup>83</sup>. Con riguardo all'espressione utilizzata nel contesto di tale articolo, che accosta alla buona fede la correttezza, nonostante nel commento che lo riguarda sia fornita una distinzione dei concetti che descrive la prima quale atteggiamento soggettivo di onestà e correttezza e la seconda come un parametro oggettivo di condotta<sup>84</sup>, è stata autorevolmente<sup>85</sup> rilevata l'incongruità di tale distinzione, in quanto detti concetti sono da considerarsi e interpretarsi alla stregua di un'endiadi volta ad indicare un concetto unitario, quale quello di correttezza contrattuale, altrimenti descritto come buona fede oggettiva. Come è stato sottolineato<sup>86</sup>, la formulazione aperta di cui all'art. 1:201 ed il carattere generale da questo attribuito all'obbligo

---

<sup>83</sup> Tale previsione riporta pedissequamente quella contenuta nel secondo comma dell'art. 1.7 dei Principi *UNIDROIT*.

<sup>84</sup> *Commento all'art. 1:201*, in COMMISSIONE PER IL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI, *Principi di Diritto Europeo dei Contratti. Parte I e II*. Edizione italiana a cura di C. CASTRONOVO, Milano, 2001, p. 118.

<sup>85</sup> La riflessione di Castronovo è riportata nel corpo del *Commento all'art. 1:201, ibidem*.

<sup>86</sup> G. GRASSO, *Op. cit.*, p. 167.

di buona fede, fanno sì che quest'ultimo trovi applicazione anche al di là delle previsioni che vi fanno espresso riferimento<sup>87</sup>.

Il significativo rilievo attribuito dai *Principles* al principio di buona fede costituisce, tuttavia, fonte di risvolti problematici, risultando tale principio l'elemento di maggiore incertezza nel contesto di quel sistema<sup>88</sup>. Infatti, nonostante i *Principles* attribuiscono alla volontà una funzione determinante nei momenti della nascita e della esecuzione del contratto, il ruolo ancor più pregnante assegnato alla correttezza determina un rischio di allontanamento del contratto che trovi la propria *lex* nei *Principles* rispetto al contratto inteso come atto di volontà ed espressione di autonomia delle parti<sup>89</sup> e, dunque, al contratto così come concepito nel sistema del Codice civile italiano. Tale rischio aumenta sensibilmente in caso di intervento correttivo esercitato dall'Autorità giudiziaria ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art. 4:109 – rubricato: *Ingiusto profitto o vantaggio iniquo* - dei *Principles*, laddove si prevede che, in caso di contratto annullabile per lo stato di dipendenza o di dissesto economico o di stato di bisogno di una delle parti verso l'altra, l'Autorità suddetta, ove la parte legittimata ciò consenta, possa adeguare il contratto a quanto avrebbe potuto concordarsi tra le parti in base ai principi di buona fede e correttezza. Si è, pertanto, di fronte ad un vero e proprio fenomeno di

---

<sup>87</sup> Anche qui in linea con quanto accade nel sistema dei Principi *Unidroit*.

<sup>88</sup> G. GRASSO, *Op. cit.*, p. 168.

<sup>89</sup> A. GENTILI, *I principi di diritto contrattuale europeo: verso una nuova concezione del contratto?*, in G. ALPA – E.N. BUCCICO (a cura di), *Il Codice Civile Europeo*, Milano, 2001, p. 263. Si veda, *infra*, p. 48, con riguardo al fenomeno dell'autointegrazione.

“monitoraggio” del contratto, operato attraverso la buona fede e correttezza; decisamente al di là di quanto consentito dalle consuete tecniche di integrazione del contratto, che richiamano appunto le norme di legge, gli usi e l’equità (art. 1374 c.c.). Dunque, qui la buona fede è prescritta nell’intento di ottenere un contratto che soddisfi esigenze di giustizia, tendendo a garantire più corretti effetti distributivi tra le parti. Tutto ciò rende particolarmente arduo per l’interprete il compito di conciliare tale funzione attribuita al principio con il modello tradizionale della fattispecie e dei suoi effetti, in quanto essa nel sistema dei *Principles* si pone quale espressione di un ordine “rimediale” che si sovrappone, in alcuni casi caratterizzati da un maggior bisogno di tutela, al programma contrattuale, così come delineato dalle parti contrattuali<sup>90</sup>. Il rischio evidente insito nell’applicazione eccessiva della buona fede è quello di incidere sensibilmente proprio sulla certezza delle relazioni contrattuali e sulla fluidità dei traffici commerciali per garantire le quali sono stati concepiti i *Principles*<sup>91</sup>.

A tale critica si è replicato<sup>92</sup> che i *Principles* non attribuiscono al giudice un potere creativo, ma lo guidano a svolgere la sua funzione nel rispetto dell’assetto d’interessi così come prospettato dalle parti. Pertanto dell’Autorità giudiziaria non interverrebbe a modificare il contratto nel modo che essa ritiene giusto, bensì essa sarebbe tenuta ad agire ispirandosi a quanto risulti giusto sulla base

---

<sup>90</sup> A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e diritto privato*, 2/2005, p. 354.

<sup>91</sup> G. GRASSO, *Op. cit.*, p. 168.

<sup>92</sup> C. CASTRONOVO, *Il contratto nei “principi di diritto europeo”*, in *Europa e diritto privato*, 2001, p. 820 ss.

della volontà espressa dalle parti nel contratto. Pertanto, un'eventuale integrazione ad opera del giudice, operata in maniera conforme e rispettosa di quanto prospettato dai contraenti<sup>93</sup>, non intaccherebbe comunque il principio dell'autonomia contrattuale.

È stato, tuttavia, osservato<sup>94</sup> come tali rilievi non risolvano del tutto il problema ed è per questo motivo che si ammette<sup>95</sup> che si possa far luogo ad una maggiore definizione dei criteri guida della buona fede, come accade, ad esempio, nel *considerando* 16<sup>96</sup> della Direttiva 93/13. D'altra parte, il ruolo di primo piano svolto dalla buona fede nel diritto contrattuale degli ordinamenti dell'Europa continentale, porta a ritenere che, quanto a detto principio, i *Principles* operino uno sviluppo coerente<sup>97</sup> di quanto già esisteva come sostrato comune<sup>98</sup>.

Il ruolo di primo piano riservato alla buona fede nel sistema dei *Principles* si declina nelle varie funzioni che la stessa è chiamata a svolgere in quell'ambito.

Innanzitutto, la buona fede ricopre la funzione di criterio direttivo della condotta delle parti<sup>99</sup>, compito che le viene impartito dall'art. 1:201, il quale, nell'imporre alle parti di agire nel rispetto della buona fede e della correttezza, attribuisce al principio una efficacia che si ritiene esso espliciti anche al di là delle singole

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, pp. 822-823.

<sup>94</sup> G. GRASSO, *Op. cit.*, p. 169.

<sup>95</sup> C. CASTRONOVO, *Op. cit.*, p. 822.

<sup>96</sup> Si veda *supra*, p. 30, nota n. 70.

<sup>97</sup> G. GRASSO, *Op. cit.*, p. 169.

<sup>98</sup> Si veda, tuttavia, *infra*, p. 49 ss., con riguardo all'impatto della buona fede sul diritto contrattuale di *common law*.

<sup>99</sup> G. GRASSO, *Op. cit.*, p. 170.

previsioni che lo richiamano<sup>100</sup>. A riprova di tale efficacia generalizzata, l'art. 1:106 – rubricato: *Interpretazione e analogia* -, sancisce che nell'interpretare le norme contenute nei *Principles* "particolare attenzione deve essere data all'esigenza di promuovere la buona fede e la correttezza". La portata espansiva che caratterizza tale clausola generale si evince, altresì, dalla lettura dell'art. 1:302 che, nel definire un altro principio generale del sistema, ossia il concetto di ragionevolezza, prevede che "*È da ritenersi ragionevole ciò che chiunque in buona fede e nella stessa situazione delle parti dovrebbe considerare ragionevole*". Il ruolo di criterio orientativo della condotta delle parti è reso ancor più pregnante dal secondo comma dell'art. 1:201, laddove, come già rilevato<sup>101</sup>, onde evitare ogni incertezza sulla vincolatività del principio, si stabilisce che le parti non possono escludere o limitare l'obbligo di agire nel rispetto dei dettami della buona fede. Detto principio, pertanto, prevale sull'autonomia delle parti e costituisce una delle poche norme inderogabili contemplate dai *Principles*<sup>102</sup>. Questa funzionalità universale porta alla conseguenza per cui ogni fase del rapporto è caratterizzata dal rispetto del principio. Pertanto, le parti sono soggette all'obbligo di correttezza sia nella fase che precede la formazione del contratto sia nel momento della stipula. Ma, anche una volta concluso l'accordo, esse dovranno continuare ad agire

---

<sup>100</sup> O. LANDO, *Lo spirito dei principi del diritto contrattuale europeo*, in G. ALPA – E.N. BUCCICO (a cura di), *Op. cit.*, p. 52 ss.

<sup>101</sup> Si veda *supra*, p. 34.

<sup>102</sup> G. GRASSO, *Op. cit.*, p. 170.

secondo buona fede così da consentire l'attuazione dell'accordo medesimo. A tale proposito l'art. 1:202, stabilendo che le parti sono tenute reciprocamente a cooperare al fine di dare piena esecuzione al contratto, non fa che ribadire la portata della buona fede anche nella fase attuativa del rapporto. Anche se qui il principio non è espressamente menzionato, è da ritenere che il fine di cooperazione tra le parti rientri certamente tra quelli per cui l'obbligo di buona fede è posto. Sempre con riguardo alla buona fede nella fase esecutiva dell'accordo può essere preso in esame anche l'art. 6:111 che disciplina l'ipotesi del mutamento delle circostanze originarie stabilite nel contratto. La regola generale in questi casi è quella dell'irrilevanza delle circostanze sopravvenute, salvo che esse determinino, rispetto alla situazione preesistente, una eccessiva onerosità. In tal caso le parti sono tenute ad intavolare trattative al fine di modificare o sciogliere il contratto, ma se queste non danno un esito in un tempo ragionevole, il giudice può sciogliere il contratto o modificarlo onde ottenere una giusta ed equa ripartizione di perdite e vantaggi. In entrambi i casi l'Autorità giudiziaria può condannare al risarcimento dei danni per la perdita cagionata dal rifiuto di una parte di intavolare trattative o dalla rottura di esse in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza. In tal caso, pertanto, il comportamento della parte che non sia conforme a correttezza, determina in capo ad essa la responsabilità civile nei confronti della controparte per aver impedito col suo comportamento la correzione in senso equitativo del rapporto divenuto eccessivamente oneroso .

In secondo luogo, un'altra funzione svolta dalla buona fede nell'ambito dei *Principles* è quella di parametro di valutazione della *culpa in contrahendo*<sup>103</sup>. Il ruolo di parametro di valutazione della *culpa in contrahendo*, svolto dalla buona fede, costituisce una specificazione della funzione orientativa della condotta delle parti riconosciuta al principio. La *culpa in contrahendo*, infatti, costituisce conseguenza e sanzione di un comportamento difforme rispetto alla previsione del generale obbligo di buona fede che deve essere osservato nelle varie fasi di vita del contratto e, per quanto qui interessa, anche in quella che ne precede il venire in essere. L'art. 2:301 fissa come regola generale della fase precontrattuale la libertà delle parti di entrare in trattative senza che esse debbano incorrere in responsabilità alcuna a fronte del mancato raggiungimento dell'accordo. Il secondo comma dell'articolo precisa, tuttavia, che chi in fase di trattative si sia comportato in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza è responsabile delle perdite che la controparte abbia sofferto in conseguenza di tale condotta. Se nell'ambito dei traffici commerciali di regola le parti sono libere di interrompere quelle trattative la cui prosecuzione vada contro i loro interessi, le stesse non possono, peraltro, agire senza conformarsi alla regola della buona fede, che rappresenta il presupposto di un ordinato svolgimento dei rapporti negoziali<sup>104</sup>, in quanto crea le condizioni per un reciproco affidamento che nell'immediato si traduce in una massimizzazione delle rispettive utilità di ciascuno e, mediamente,

---

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 173.

<sup>104</sup> G. GRASSO, *Op. cit.*, p. 173.



si riflette nel più generale buon andamento dei traffici commerciali. Nel terzo comma dell'art. 2:301 sono contemplate due ipotesi – da non ritenersi tassative – di responsabilità precontrattuale, che consistono rispettivamente nell'aver dato inizio a trattative con la consapevolezza che non si concluderà alcun contratto e nell'aver proseguito le trattative nonostante la decisione di non si giungere alla stipula dell'accordo. Come è stato autorevolmente rilevato<sup>105</sup>, le specificazioni del concetto di buona fede di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 2:301, costituiscono espressione dell'esigenza avvertita dalla Commissione che ha steso il testo dei *Principles* di tipizzare, anche se non esaustivamente, i comportamenti contrari alla buona fede, per poter, così, garantire, in una fase delicata quale quella della formazione del contratto, una maggiore certezza per i soggetti coinvolti in trattative contrattuali in ambito internazionale. Si è, altresì, sottolineato come dette specificazioni costituiscano espressione di una più generale tendenza del legislatore europeo a trasformare le clausole generali – qual è quella di buona fede - in norme a fattispecie determinata – come, ad esempio, l'obbligo di informazione -. Espressione di detta tendenza pare possa essere considerata anche la prescrizione di obblighi di informazione contemplata nell'art. 10 della Direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (recepita dal legislatore italiano col D. Lgs. n. 70/2003). Anche qui il legislatore

---

<sup>105</sup> V. RICCIUTO, *La responsabilità precontrattuale dei Principles of European Contract Law*, in *Il contratto e le tutele*, Op. cit., p. 143.

comunitario, a fronte della oggettiva difficoltà delle parti di un contratto di condurre una trattativa e ritenendo che la fase precontrattuale in questo tipo di contrattazione, come in ogni altro, sia indispensabile, si premura di fissarne le regole attraverso la prescrizione di una serie di obblighi, ed in particolare quelli di informazione. Si è comunque ritenuto<sup>106</sup> che, nonostante l'intervento regolatorio del legislatore europeo sulla fase precontrattuale nel commercio elettronico, rimangono tuttavia in tale ambito ancora delle ipotesi in cui l'obbligo generale di buona fede imposto dai *Principles* per la fase di formazione del contratto conservi una propria autonoma e rilevante ragion d'essere. Questo in quanto gli obblighi posti dall'art. 2:301 costituiscono principi generali che, come tali, si impongono alle stesse discipline di settore, costituendo espressione di una valenza ordinatrice del fenomeno precontrattuale<sup>107</sup>. Un'ulteriore disposizione, e precisamente l' art. 2:302 disciplina un caso specifico di violazione della buona fede nelle trattative che consiste nel tradimento della confidenza, ossia nell'aver rivelato o utilizzato per fini estranei al contratto informazioni confidenziali di cui si è avuta conoscenza in sede di trattative. L'istituto della responsabilità precontrattuale trova in detta norma, più che una specificazione, una integrazione della portata del fenomeno in esame<sup>108</sup>. Va osservato come nella disposizione in analisi non si faccia espresso riferimento

---

<sup>106</sup> V. RICCIUTO, *La formazione del contratto telematico*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2002, Vol. XXVII, p. 67.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

<sup>108</sup> V. RICCIUTO, *La responsabilità precontrattuale dei Principles of European Contract Law*, in *Il contratto e le tutele*, *Op. cit.*, p. 143.

alla buona fede, ma tuttavia la valenza ricostruttiva e sistematica di questa categoria concettuale e la valenza che essa riveste nell'ambito del fenomeno contrattuale della *culpa in contrahendo* portano a ritenere che sia da considerarsi confidenziale ogni informazione che le parti si siano scambiata nel corso delle trattative e che, "secondo buona fede", deve considerarsi "funzionalmente" rivolta alla conclusione o alla eventuale esecuzione del contratto, e che questa non sia altrimenti liberamente utilizzabile<sup>109</sup>. Con riguardo a detta disposizione, che pone un obbligo che permane anche in seguito alla conclusione del contratto, si è parlato di "una chiara ultrattività della buona fede precontrattuale, a prescindere dalla conclusione o no del contratto"<sup>110</sup>.

A dimostrazione di come da una parte, i *Principles* attingano alla cultura giuridica dei Paesi europei e, dall'altra, ne influenzino gli sviluppi in ordine al diritto contrattuale, è da segnalare, in tema di buona fede nelle trattative precontrattuali, l'art. 1104 dell'*avant-projet* francese - rubricato: *Delle trattative* -. Tale disposizione sembra riecheggiare il contenuto dell'art. 2:301 dei *Principles*, stabilendo anch'essa, come regola generale, la libertà nell'iniziare, condurre e rompere le trattative, ma temperando detta regola, anche qui in armonia con quanto previsto nei *Principles*, con la previsione per cui tutti i momenti della fase precontrattuale debbano essere improntati al rispetto della buona fede. E nei commenti si

---

<sup>109</sup> *Ibidem*.

<sup>110</sup> C. CASTRONOVO, *Prefazione all'edizione italiana dei Principi di diritto europeo dei contratti*, *Op. cit.*, p. XXXI.

legge come nel progetto il principio di buona fede, stabilito per sovrintendere all'esecuzione del contratto, estenda la propria operatività anche al momento della formazione dello stesso, e si evidenzia come l'importanza attribuita alla buona fede permei di sé l'intero testo<sup>111</sup>. Si aggiunge<sup>112</sup> che la libertà precontrattuale è temperata da ed incanalata in un'esigenza di lealtà destinata ad imporre una certa etica sul lasso di tempo che porta alla conclusione di un contratto, nella misura in cui la negoziazione contrattuale si caratterizza spesso per la durata e altrettanto spesso comporta rilevanti investimenti finanziari. Così la buona fede guida i negoziatori durante le trattative. Nella stessa ottica è prevista la libertà di concludere "*des petits contrats*"<sup>113</sup> che scandiscano e definiscano le trattative.

Un'ulteriore funzione svolta dalla buona fede è quella di fonte di integrazione dell'atto<sup>114</sup>. Con riguardo all'ordinamento giuridico italiano, l'opinione tradizionale<sup>115</sup> esclude, sulla base della lettera del codice civile, che la clausola generale di buona fede possa assolvere a siffatto ruolo, in quanto si ritiene che esso sia riservato alla sola all'equità e in via del tutto subordinata alle altre fonti (art. 1374 c.c.). Tuttavia, l'impiego della clausola generale di buona fede nella integrazione del contratto è divenuto frequente - anche se non

---

<sup>111</sup> G. CORNU, *Op. cit.*, p. 9.

<sup>112</sup> P. DELEBECQUE – D. MAZEUD, *Op. cit.*, pp. 17-18.

<sup>113</sup> Artt. 1104-1 ss.

<sup>114</sup> G. GRASSO, *Op. cit.*, p. 177.

<sup>115</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, voce del *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, II, Torino, 1988, p. 172.

usuale e consolidato -<sup>116</sup> nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. La dottrina più recente, pur non condividendo nel suo compiuto svolgimento le tesi prospettate da Stefano Rodotà alla fine degli anni Sessanta del Novecento<sup>117</sup>, fa invece seguito alla prospettazione che egli aveva fatto della buona fede non solo alla stregua di clausola generale preposta a regolare le trattative, la conclusione, l'interpretazione e l'esecuzione del rapporto contrattuale, ma anche in funzione di fonte integrativa del contratto in quanto richiamata dall'art. 1374 *sub specie legis*. Recentemente è stato poi rilevato come proprio alla buona fede contrattuale in funzione integrativa possa essere ricondotto il fondamento dell'obbligo di rinegoziazione del contratto di durata in caso di sconvolgimento dell'economia contrattuale per cause esterne che rendano impossibile o più gravosa l'esecuzione della prestazione originariamente assunta da una parte, con la conseguenza, pertanto, che l'altra non possa avvantaggiarsi dell'intervento di una causa esterna pretendendo l'immediato scioglimento del rapporto<sup>118</sup>. Tale tesi è stata poi ulteriormente sviluppata attraverso la considerazione per cui, anche al di là della categoria dei contratti di durata, la buona fede integrativa implichi comunque l'inclusione nel contratto di una clausola di rinegoziazione, ogniqualvolta le parti non l'abbiano prevista per mera distrazione o perché magari abbiano preferito stilare un accordo sintetico, ma non l'abbiano tuttavia esclusa in

---

<sup>116</sup> G. ALPA, *Corso di diritto contrattuale*, Padova, 2006, p. 352.

<sup>117</sup> S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

<sup>118</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

maniera esplicita<sup>119</sup>. Tuttavia, guardando al sistema del codice civile, la buona fede si configura solo come criterio di valutazione del comportamento delle parti, mentre non può essere utilizzata al fine di modificare e correggere l'assetto contrattuale, introducendo valori diversi da quelli prescelti dalle parti<sup>120</sup>. Passando ad esaminare il sistema dei *Principles*, si nota, invece, come il ruolo riconosciuto alla buona fede sia notevolmente più ampio. Infatti, ad un ruolo integrativo del contratto svolto dalla buona fede fa espresso riferimento l'art. 6:102, che disciplina le clausole implicite. La disposizione prevede che, oltre alle clausole espresse, il contratto possa contenerne delle altre implicite che possono derivare dall'intenzione delle parti, dalla natura e dall'oggetto del contratto, e dalla buona fede e dalla correttezza. Il rapporto contrattuale, dunque, è composto da quanto le parti hanno espressamente pattuito, ma il contenuto di detto rapporto deve ritenersi integrato anche da quegli ulteriori elementi che, secondo buona fede, compongono l'assetto contrattuale. La buona fede, in tal senso, è da considerarsi quale fonte integrativa del contratto ed offre quindi al giudice la possibilità di ritenere sussistenti delle clausole non espressamente pattuite ma che secondo il comportamento corretto delle parti devono ritenersi costituire parte integrante dell'accordo. In virtù della buona fede, nell'individuare le regole concrete da applicare al caso specifico, l'interprete potrà non limitarsi a quelle

---

<sup>119</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 1042 ss.

<sup>120</sup> Si vedano L. MENGONI, *La disciplina delle "clausole abusive" e il suo innesto nel corpo del Codice Civile*, in *Rass. Giur. Energia Elettrica*, 1997, p. 298 ss.; G. GRASSO, *Op. cit.*, p. 178.

espressamente enunciate dalle parti, ma fondarsi anche su considerazioni desumibili dall'economia del contratto e del trattamento riconducibile a tipi contrattuali elaborati dalla giurisprudenza o dalla pratica<sup>121</sup>. Peraltro, la buona fede integrativa, così come concepita nel sistema dei *Principles*, oltre che finalizzata a garantire coerenza tra i valori inespressi dell'equilibrio contrattuale voluto dalle parti e la regola del caso concreto, risulta anche svolgere la funzione di garantire congruenza tra quest'ultima ed i valori espressi sia negli stessi *Principles* sia nei vari ordinamenti statali di volta in volta rilevanti rispetto alla formazione e all'esecuzione del contratto. In tal contesto pare, dunque, naturale che le parti non possano adottare una disciplina del contratto che rinvii esclusivamente a determinate disposizioni contenute nei *Principles* ponendosi, invece, in contrasto con le norme inderogabili in essi previste (art. 1:102, c. 2). Così come naturale risulta la disposizione dettata al fine di garantire l'operatività delle norme imperative di legge nazionale, di diritto sovranazionale ed internazionale la cui applicabilità, in base alle norme di diritto internazionale privato, non dipenda dalla legge che regola il contratto (art. 1:103, c. 2). Pertanto l'intero sistema pare volto a garantire congruenza tra valori del contratto e valori degli ordinamenti nell'ambito dei quali esso si è formato e/o deve trovare esecuzione.

---

<sup>121</sup> S.M. CARBONE, *L'inquadramento normativo, l'autonomia interpretativa dei "Principi" di un diritto europeo dei contratti ed il loro impiego*, in *Riv. dir. int. priv e proc.*, 2000, p. 890.

Autorevole dottrina<sup>122</sup> ritiene che la norma in proposito costituisca esplicitazione dell'istituto dell'autointegrazione, che si distinguerebbe dall'integrazione propriamente detta per il fatto che l'assetto negoziale definitivo non sarebbe qui mera conseguenza dell'intervento dell'Autorità giudiziaria – quale soggetto terzo rispetto alle parti del contratto –, che corregge discrezionalmente l'atto secondo quanto essa ritenga opportuno, ma costituirebbe, invece, la proiezione di quanto effettivamente voluto dalle parti. La presenza della clausola è quindi legata al concreto comportamento tenuto dai contraenti. Tuttavia, vi è chi<sup>123</sup> sostiene che la categoria dell'autointegrazione costituisca pur sempre una specie dell'integrazione, laddove il giudice, nel procedimento che attua al fine di ricondurre ad equilibrio il contratto, opererebbe comunque un ragionamento ipotetico, intervenendo sul contratto per armonizzarlo con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza. Si tratterebbe, dunque, pur sempre di una volontà non manifestata in maniera effettiva, bensì ricostruita ad opera di un terzo, anche se avendo come riferimento ciò che è stato

---

<sup>122</sup> C. CASTRONOVO, *Il contratto nei "principi di diritto europeo"*, cit., p. 817. Ma si veda anche G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, *Op. cit.*, p. 917, secondo cui interpretando complessivamente le disposizioni dei *Principles* che fanno riferimento alla buona fede, la clausola, nel testo, "*non ha una funzione eteronoma ma di autointegrazione del regolamento e dell'equilibrio suo proprio posta in luce dal fatto che*" essa "*coopera con la volontà delle parti per far emergere l'assetto che avrebbero scelto se vi avessero potuto provvedere da sé. ... Un modo di operare che non filtra tanto i valori dell'ordinamento, ma espande la logica impressa dalle parti al loro atto e la proietta su ciò che il contratto non risulta aver regolato, con un'operatività diversa dal criterio di ragionevolezza. Tutto ciò in una prospettiva che non si appiattisce sul modello europeo-continentale al fine di agevolare un raffronto con l'ambiente di common law, ostile ad uno strumento che consente al giudice di sovrapporsi alla volontà delle parti.*"

<sup>123</sup> G. GRASSO, *Op. cit.*, p. 178.



originariamente convenuto dalle parti. Pare, comunque, da condividere la tesi dell'autointegrazione come fenomeno a sé stante, non solo perché ritenuto tale da chi ha preso parte in prima persona alla stesura dei *Principles*, ma anche perché un intervento del giudice in questo senso avverrebbe mediante l'utilizzo di un parametro non del tutto esterno rispetto all'operazione economica considerata, in quanto, mediante il rinvio alla buona fede e correttezza sarebbe possibile effettuare un richiamo a modelli sociali di condotta che, in quel dato contesto di mercato, appaiano a chi vi opera come congrui, adeguati e ragionevoli<sup>124</sup>.

Infine, la buona fede riveste nel sistema dei *Principles* una funzione interpretativa del regolamento contrattuale<sup>125</sup>. Alla lettera g) dell'art. 5:102, nel quale vengono specificate – in maniera non tassativa - le circostanze rilevanti ai fini dell'individuazione del reale senso del contratto, si trova la previsione quale criterio cui attenersi nell'interpretazione del contratto, della buona fede e correttezza. Per ricavare il vero significato dell'accordo raggiunto dalle parti, il giudice può, dunque, ricorrere anche al principio generale di buona fede.

Se per la generalità dei sistemi di *civil law* la rilevanza attribuita dal diritto contrattuale europeo e dai *Principles* alla buona fede può essere accolta come un naturale e coerente sviluppo delle funzioni che detti sistemi riconoscono al principio in parola, più problematico appare, invece, l'accoglimento della clausola di buona

---

<sup>124</sup> G. VETTORI, *Regolamento*, in *Trattato del contratto* (diretto da V. ROPPO), Milano, 2006, p. 163.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 181.

fede nell'ambito del *common law* britannico. Il che rappresenta un ostacolo formidabile nella prospettiva di una graduale convergenza tra differenti sistemi legali di armonizzazione del diritto europeo dei contratti. Infatti, mentre il principio è intensamente presente nei prodotti del diritto europeo, esso risulta eccentrico o addirittura ripugnante alla cultura giuridica d'oltre Manica, che lo considera alla stregua di una stravaganza continentale, o, peggio ancora, di un *virus* che, penetrando nel tessuto dell'ordinamento britannico produrrebbe risultati devastanti con riguardo al principio della *sanctity of contract*, che detta cultura considera come l'architrave dell'intero sistema di *contract law*, ed al quale attribuisce un'importanza fondamentale in ordine alla stabilità degli affari, che verrebbe, invece, messa a repentaglio dall'introduzione di un concetto vago ed indistinto quale quello di buona fede<sup>126</sup>. Le ragioni, di carattere culturale, che spiegherebbero tale atteggiamento nell'area di *common law*, sono state individuate<sup>127</sup> nella difficoltà dell'Inglese ad apprezzare principi ampi e generali e a lavorare dal generale al particolare e, soprattutto, nell'incertezza che caratterizza l'ambito di applicazione della buona fede, con la conseguenza che, nella misura in cui il principio possa essere utilizzato dai giudici per correggere un contratto, si tratterebbe di qualcosa che, da un tradizionale punto di vista inglese, non va incoraggiato.

---

<sup>126</sup> V. ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *A european civil code? Perspectives and problems*, (a cura di V. ROPPO), Milano, 2005, p. 274 ss.

<sup>127</sup> E. MCKENDRICK, *Contracts, the Common Law and the impact of Europe*, in *Il contratto e le tutele*, *Op. cit.*, p. 107 ss.

In Gran Bretagna, tuttavia, l'influenza del diritto comunitario, che spesso richiama il concetto di buona fede, ha contribuito ad inserirla tra gli istituti giuridici del sistema anglosassone.

In particolare, assume notevole importanza in tale contesto il recepimento nel Regno Unito della Direttiva 93/13/CE sulle clausole vessatorie, la quale, nonostante la reazione vivace e criticamente molto negativa dei giuristi inglesi nei confronti del testo della Direttiva stessa e delle *Regulations* che l'hanno accolto, ha assunto il compito di introdurre la nozione di buona fede nell'ordinamento inglese<sup>128</sup>.

In Gran Bretagna preesisteva all'intervento del legislatore comunitario una normativa contenuta nell'*Unfair Contracts Terms Act* del 1977, che disponeva un controllo di tipo amministrativo e giudiziario destinato ad operare a tutela dei consumatori. Le *Regulations* che nel 1994, successivamente modificate nel 1999<sup>129</sup>, hanno trasposto nel sistema inglese la Direttiva 93/13 sono state redatte attraverso la c.d. *copy-law technique*, cosa che ha permesso di recepire tempestivamente e in modo lineare il testo così come concepito nella Direttiva, ma ha d'altra parte causato delle difficoltà di coordinamento con la normativa previgente<sup>130</sup> che è stata comunque mantenuta in vita. I due provvedimenti presentano,

---

<sup>128</sup> G. ALPA, *Op. ult. cit.*, p. 436.

<sup>129</sup> *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994*, S.I. 1994/3159 (entrata in vigore il 1° luglio 1995); *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*, S.I. 1999/2083 (entrata in vigore il 1° ottobre 1999).

<sup>130</sup> L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *L'interazione del diritto inglese con il diritto comunitario: l'esempio della direttiva sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori ed il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 456.

ovviamente, delle differenze: la legge del 1977 rimette la valutazione ad un controllo di ragionevolezza mentre il Regolamento di attuazione fa riferimento al giudizio di buona fede. Anche se si è osservato<sup>131</sup> come, analizzando le *guide-lines* dei rispettivi allegati dei due testi, vi si riscontrino criteri di valutazione in larga misura coincidenti, non si può ignorare che l'attenzione della dottrina inglese si è soffermata sulla stessa ammissibilità del concetto di buona fede in un ordinamento in cui il diritto dei contratti è visto come il portato della cd. *adversarial ethic* di matrice mercantile, che si fonda sul principio per cui le parti sono i migliori giudici dei propri interessi, e che si oppone ad una *ethic of co-operation* di origine continentale la quale autorizza interventi correttivi e perequativi del contenuto contrattuale<sup>132</sup>.

Nella dottrina inglese si riscontra un generale consenso sul fatto che la buona fede sia un concetto polisenso, i cui contenuti possono essere definiti concretamente solo con riguardo allo specifico contesto in cui viene utilizzato; ma tale carattere, se per alcuni rappresenta il punto di forza del principio, che gli conferisce la capacità di adattarsi a molteplici e mutevoli circostanze<sup>133</sup>, è avvertito da altri quale segnale di un intollerabile livello di indeterminatezza, con preoccupanti conseguenze in ordine alla discrezionalità lasciata all'interprete<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> G. VETTORI, *Op. cit.*, p. 919 ss.

<sup>132</sup> R. BROWNSWORD, in <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/Contract>.

<sup>133</sup> R. BROWNSWORD – N.J. HIRD – G. HOWELLS (eds.), *Good Faith in Contract – Concept and Context*, Ashgate, Dartmouth, 1999, p. 3.

<sup>134</sup> L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Op. cit.*, p. 468.

In particolare, la nozione di buona fede è stata definita un "*legal irritant*" esportato dal diritto comunitario nel diritto inglese, con effetti nefasti<sup>135</sup>, ed è stato affermato come il trapianto di singoli istituti – e segnatamente della buona fede - all'interno di sistemi giuridici caratterizzati da propri elementi fondanti possa, oltre a non produrre gli effetti per cui vi si è fatto ricorso, addirittura causare inutili frizioni con il contesto sociale e giuridico in cui operano detti sistemi.

Secondo altra dottrina<sup>136</sup>, invece, non sussisterebbero ostacoli alla trapiantabilità della buona fede nell'ordinamento britannico, in quanto buona parte dei contenuti del principio di buona fede farebbe già parte del *contract law* inglese, seppure in altre forme. Ed è, pertanto considerato auspicabile l'accoglimento del principio, che avrebbe anche il merito di contribuire ad una maggiore chiarezza e sistematicità. Va, in proposito, evidenziato come il *common law* abbia infatti creato una serie di meccanismi<sup>137</sup> fondati sulla necessità di limitare gli abusi volontariamente compiuti nell'ambito dei traffici contrattuali alla ricerca del proprio interesse, il che avvicina notevolmente questa realtà alla buona fede di matrice continentale<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, in *Mod. L. Rev.*, 1998, p. 11, che attacca l'"(in)famous European Consumer Protection Directive 1994", in quanto portatrice dell'"*infecting virus*" della buona fede nel *common law* dei contratti, fonte di "*a contagious disease of alien origin*".

<sup>136</sup> J. STEPLETON, *Good Faith in Private Law*, in *52 Curr. Leg. Prob.*, 1999, pp. 1-36.

<sup>137</sup> *Ibidem*.

<sup>138</sup> L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Op. cit.*, p. 471.

Un argomento che viene fatto valere a favore del superamento della rigidità espressa nel Regno Unito nei confronti dell'accoglimento della buona fede fa riferimento a quei sistemi di *common law* extraeuropei nei quali si riscontra un generalizzato favore nei confronti del principio. È stato, in proposito, evidenziato<sup>139</sup> come, ad esempio, il diritto nordamericano contenga tanto il concetto di *good faith*<sup>140</sup>, quanto l'istituto dell'*unconscionability*<sup>141</sup>; e si è rilevato<sup>142</sup> che in tale sistema, mentre la buona fede attiene all'esecuzione del contratto limitando l'esercizio della discrezionalità del promittente in ordine ad alcuni aspetti dell'accordo – come, ad esempio, quantità, prezzo, tempo della prestazione -, l'operatività dell'*unconscionability* si esplica nel momento della formazione del contratto, costituendo un limite all'autonomia contrattuale che permette di esercitare un controllo sui contratti predisposti unilateralmente, onde impedire che ne consegua un irragionevole squilibrio.

Nel valutare simili dati, alcuni autori ritengono che negli ultimi anni sia stato proprio il sistema inglese ad essersi dimostrato meno

---

<sup>139</sup> R. BROWNSWORD, in <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/Contract>.

<sup>140</sup> Uniform Commercial Code, § 1-203. *Obligation of good faith. Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement.* § 1-201 "Good faith" means honesty in fact in the conduct or transaction concerned.

<sup>141</sup> Uniform Commercial Code, § 2.202. *Unconscionable contract or Clause. If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result. When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination.*

<sup>142</sup> S.J. BURTON, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, I, p. 17.

innovativo ed aperto al confronto con gli altri sistemi<sup>143</sup>. Ed in tal senso si continua a registrare una perdurante ostilità nei confronti del principio di buona fede, ove si consideri che le *Law Commissions* inglese e scozzese, nell'occuparsi dei problemi di *overlapping* determinati dalla coesistenza di *UCTA* e *UTCCR*, in un documento congiunto contenente indicazioni nel senso di dettare regole uniformi per tutti i contratti dei consumatori, suggeriscono, tra le altre cose, di abbandonare la clausola generale di buona fede e di sostituirla con la clausola più usuale e congeniale alla cultura inglese di "*fair and reasonable*"<sup>144</sup>.

### 3. La nullità

Tra gli istituti sui quali il legislatore comunitario ha inciso particolarmente con la propria attività in ambito contrattuale e che ne hanno subito sconvolgimenti rispetto all'ordine preesistente, non può non essere menzionata la nullità.

Con riguardo all'ordinamento italiano, è pensiero corrente quello per cui il diritto contrattuale europeo abbia avuto, fra gli altri effetti sul diritto nazionale, quello di disestare il sistema delle nullità. Ragione per cui, a fronte di una ondata di disordinate e confuse nullità speciali che si sono abbattute nel nostro sistema,

---

<sup>143</sup> J. BEATSON – D. FRIEDMAN, *Introduction: From "Classical" to Modern Contract Law*, in J. BEATSON – D. FRIEDMAN (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Clarendon, 1995, p. 4.

<sup>144</sup> G. ALPA, *Brevi note sulle proposte di riforma della disciplina delle clausole vessatorie nel Regno Unito*, in *Contratti*, 1/2005, pp. 91-92.

particolarmente a seguito degli interventi operati dalle Direttive, si suole ritenere che non sussista più una nullità riconoscibile ed identificabile<sup>145</sup>. Così, sono state erose le poche certezze su cui dottrina e giurisprudenza, hanno per lungo tempo riposato e che facevano della nullità una patologia, tutto sommato, dai tratti ben definiti: una patologia che obbediva ai dogmi della testualità, tassatività, assolutezza e che puniva quell'atteggiarsi della libertà contrattuale in aperto contrasto con un ordine di principi posti a tutela dell'interesse generale.

La nullità, ormai sganciata dalla sua concezione tradizionale, da strumento astratto, definito da un prestabilito e rigido schema concettuale, così come dettato dall'art. 1418 c.c., è divenuta in prospettiva europea un rimedio sempre più dipendente e relato, in quanto conformato, in ordine a struttura e funzione, ma anche nel suo fondamento sostanziale, dal tipo di operazione contrattuale posta in essere, valutata sia dal punto di vista dello specifico assetto di interessi in gioco che sotto il profilo della particolare posizione delle parti coinvolte e della natura dei beni e dei servizi dedotti. Ciò ha dato luogo ad un processo, peraltro già avviato dalla legislazione speciale, di frammentazione della categoria in una pluralità e molteplicità di modelli e corrispondenti statuti normativi, assai spesso eterogenei e distanti tra loro<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> V. ROPPO, *Quale diritto europeo dei contratti?*, *Op. cit.*, p. 118.

<sup>146</sup> V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele*, *Op. cit.*, p. 199 ss.



Non può, così, negarsi che l'omogeneità della categoria nullità sia divenuta un pallido ricordo, schiacciata sotto il peso di una evoluzione normativa del tutto peculiare, che fa di questa un rimedio le cui caratteristiche vengono, di volta in volta, disegnate dal legislatore in base a specifiche esigenze di tutela. Pertanto, da un sistema monolitico di nullità si passa ad un sistema frantumato di nullità. Risultato, quest'ultimo, cui il legislatore perviene spinto dall'esigenza di fronteggiare nuove problematiche che irrompono nel sistema del diritto contrattuale non trovandovi rimedi che possano risolverle in maniera adeguata. Di fronte alla crescita esponenziale dei traffici in termini di frequenza, velocità ed anche spregiudicatezza, all'assunzione di posizioni dominanti da parte degli imprenditori-professionisti nella contrattazione di massa, alla evoluzione del concetto di interesse pubblico sempre più lontano da quella matrice, squisitamente pubblicistica, di tutela della società, e sempre più vicino ad un ordine di tutela privatistica di parte in senso "allargato", la nullità viene finalizzata a sanzionare fattispecie nelle quali non è più tanto palese l'interesse generale tutelato. Infatti, il significato oggi attribuito all'interesse generale è indubbiamente quello di un'entità non più trascendente rispetto alle posizioni delle parti, ma immanente rispetto alla sfera di una di esse: viene così ad assumere rilievo l'interesse alla protezione di uno dei contraenti, in quanto ritenuto appartenente ad una categoria che versa in una condizione di debolezza e, quindi, meritevole di una tutela specifica<sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, Tomo II, Milano, 2003, p. 2337.

Se oggi il nostro ordinamento conosce più tipologie di nullità, le quali, comunque, dovrebbero essere considerate completamente aliene dalla impostazione classica<sup>148</sup>, il punto di partenza che ha spinto il legislatore a disporre nuove forme di nullità può essere fatto risalire agli inizi degli anni ottanta, epoca in cui il legislatore comunitario ha iniziato a farsi carico della materia contrattualistica, e, segnatamente, delle problematiche suscitate dai contratti conclusi con il consumatore. Tale produzione normativa, orientata a tutelare il consumatore dai vari possibili abusi di potere contrattuale cui possa trovarsi di fronte, pur con l'obiettivo di tutelare interessi superindividuali, ha creato in capo a tutti gli appartenenti alla categoria dei consumatori situazioni giuridiche soggettive garantite a livello comunitario. Così, il consumatore in quanto tale si trova tutelato in relazione a valori essenziali, quali la salute, la sicurezza e qualità dei prodotti e l'efficienza dei servizi pubblici, nonché in relazione ad un valore che assume rilievo sempre maggiore nell'ambito della tutela del consumatore: il diritto all'informazione. Da tempo ormai l'informazione viene segnalata come il nuovo principio assiale dell'attuale ordine sociale<sup>149</sup> e, se nel Codice del consumo - Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 - essa viene elevata a diritto fondamentale, il diritto europeo dei contratti si premura di reagire alle gravi e distorsive condizioni determinate dalle profonde

---

<sup>148</sup> C. IURILLI, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Studium iuris*, 12/2006, p. 1372, il quale porta ad esempio la disposizione di cui all'art. 2744 c.c., ove il legislatore, mediante l'istituto della nullità, intende tutelare anche interessi individuali.

<sup>149</sup> D. BELL, *The coming of postindustrial society: a venture in social forecasting*, Harmondsworth, 1974, p. 14.

asimmetrie informative che caratterizzano il mercato<sup>150</sup>. Così, il legislatore comunitario assegna all'informazione un ruolo di primo piano, ponendola ad oggetto di specifici obblighi e, conseguentemente, facendone fonte di responsabilità. Di più, la impone come contenuto necessario della maggior parte dei contratti che disciplina, in modo da farla divenire condizione necessaria per la validità ed esistenza dell'operazione contrattuale<sup>151</sup>. L'informazione mancata, errata o non vera, fa scattare meccanismi integrativi o di sostituzione automatica ed, inoltre, viene collegata a più agevoli condizioni e modalità di recesso, arrivando a tradursi in vere e proprie cause di nullità<sup>152</sup>.

Ci si trova, così, di fronte, da una parte, a nullità strutturali, che sono da ricondursi alla deficienza di un elemento strutturale e, dall'altra, a nullità che costituiscono il frutto di una libera ed insindacabile scelta del legislatore nel senso di non consentire ad alcuni negozi, anche se strutturalmente validi, di produrre effetti non graditi all'ordinamento.

All'interno di quest'ultimo gruppo di nullità, poi, si annoverano le nullità testuali e quelle virtuali. Le nullità testuali, che sono in maggior numero, sono quelle espressamente sancite dal legislatore, mentre quelle virtuali, per le quali non sussiste un'esplicita indicazione normativa, dovranno essere rilevate attraverso l'opera interpretativa del giudice.

---

<sup>150</sup> V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele*, *Op. cit.*, pp. 205-206.

<sup>151</sup> *Ibidem.*

<sup>152</sup> *Ibidem.*

Di particolare importanza, poi, per il diffuso utilizzo che ne ha fatto il legislatore comunitario, è la categoria delle nullità relative e, fra queste, quella delle nullità di protezione, che si pongono, rispetto alle prime, in un rapporto da *species a genus*.

La nullità relativa, propriamente intesa, ha tutta l'aria di essere una vera e propria contraddizione in termini rispetto all'impostazione accolta dal Codice civile. Ed è tale categoria ad aver messo in crisi l'equilibrio dicotomico tra nullità ed annullabilità ispirato alla pandettistica germanica del secolo scorso, trattandosi di una figura che si colloca a metà strada tra esse, in quanto coniuga il carattere assoluto della prima con la relatività della seconda<sup>153</sup>.

Ad ogni modo, oggi, tutti accolgono la categoria della nullità relativa, agganciandola alla previsione codicistica contenuta nell'art. 1421 c.c., per il quale la nullità può essere fatta valere da qualsiasi interessato, ma sono previste eccezioni, ricorrendo le quali la nullità può essere fatta valere solo da specifici soggetti legittimati. Quindi, lo stesso legislatore, nel medesimo inciso in cui afferma il principio generale dell'assolutezza dell'azione di nullità, poi lo smentisce. Si pone comunque il problema della sistemazione dogmatica della categoria: per alcuni un contratto potrebbe essere nullo nei confronti di alcuni soggetti e valido nei confronti di altri; mentre altri vedono nella nullità relativa un fenomeno che si colloca a metà strada tra l'annullabilità e la nullità e parla di nullità relativa atipica e via discorrendo. Di certo la nullità relativa non va confusa con

---

<sup>153</sup> R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996.

l'annullabilità. Si tratta, infatti, di un istituto solo apparentemente ibrido, ma che comunque è pur sempre riconducibile nell'ambito della nullità. Infatti se dall'annullabilità ha mutuato la caratteristica della limitazione della legittimazione attiva, della nullità conserva la caratteristica di essere posta a tutela di interessi non solo individuali, e quest'ultima caratteristica è da sola qualificante. Con riguardo a questo dato, dovrebbe far riflettere il fatto che questo tipo di patologia è stata inserita proprio nella normazione che si occupa di disciplinare materie di particolare delicatezza, quali la tutela del consumatore nei contratti col professionista e l'insieme delle norme poste a tutela del mercato. Pertanto, dal punto di vista sostanziale si ha una categoria omogenea, la cui relatività è, certamente, data dalla politica protezionistica di un settore specifico, ma che comunque conserva un'ampia portata, se si considera che consumatore, oggi, è chiunque contratti con un professionista. Così, se da una parte si attenua la portata dell'interesse generale, propriamente inteso, dall'altra lo si traspone nella esigenza superindividuale di tutela dell'interesse dei consumatori come categoria.

È necessario soffermarsi sulle caratteristiche peculiari di queste nullità, che in un primo momento il nostro legislatore sembrava recepire come ipotesi eccezionali e assolutamente straordinarie. Innanzitutto, la caratteristica peculiare della nullità relativa consiste nella sua azionabilità e nella legittimazione di parte. Al dogma della legittimazione assoluta, finisce così, con l'affiancarsi la regola della legittimazione relativa. Pertanto, con lo sviluppo delle nullità di

protezione, l'ordinamento richiede la sussistenza di un interesse *ad hoc* che può essere fatto valere solo dalla parte portatrice dello stesso.

In questo quadro viene, poi, intaccato il dogma della rilevanza d'ufficio. Infatti, il legislatore, solitamente, nel prevedere una nullità relativa esclude oppure limita fortemente la rilevanza d'ufficio, consentendo che il giudice vi faccia ricorso limitatamente ai casi in cui ciò porti ad effetti favorevoli in capo alla parte tutelata. Questo sistema è dovuto all'ovvia incongruenza in cui cadrebbe l'ordinamento stesso se, nel subordinare l'azione alla tutela di un interesse specifico riconoscesse contemporaneamente la rilevanza d'ufficio, la quale bene potrebbe essere esercitata nell'interesse della parte diversa da quella tutelata con la previsione della nullità. In ciò si coglie a pieno il carattere sanzionatorio della nullità di protezione nei confronti della parte forte del contratto e, conseguentemente, di protezione per la parte debole. Si fa spazio ad un ordine pubblico di protezione che meglio soddisfa le esigenze di categoria.

Dette caratteristiche indubbiamente avvicinano molto la nullità relativa alla categoria dell'annullabilità, ma vanno rilevati anche i dati che ne segnano la distanza, per cui, come già accennato, nei casi in cui la norma che prevede la nullità di protezione essa assegna al giudice il compito, seppur residuale, di sollevare d'ufficio la nullità, dopo aver valutato l'esito favorevole della pronuncia nei confronti del legittimato.

Come detto sopra, rientra nella più ampia categoria delle nullità relative e ne costituisce, probabilmente, la più significativa espressione, quella delle nullità di protezione, cui il legislatore comunitario fa ricorso per porle a baluardo della tutela dei consumatori. Le obiezioni che hanno accompagnato lo sviluppo di questa categoria, fino alla sua positivizzazione nel Codice del consumo, si poggiavano sulla forte contraddizione che caratterizzava la sua disciplina. Il contratto affetto da tale ipotesi di nullità, produce innegabilmente degli effetti e, cosa ancor più inspiegabile, può rimanere in vita anche dopo la pronuncia di nullità, laddove si provveda ad eliminare la parte affetta dalla patologia. Si scardina così il granitico brocardo "*quod nullum est nullum producit effectum*". Pertanto, mentre un contratto qualificato come nullo dal legislatore, non può dar seguito ad alcun tipo di effetto nell'ordinamento, se si ricorre allo strumento della legittimazione riservata, si finisce, invece, col riconoscere a quello stesso atto una efficacia piena, fino alla pronuncia di nullità. Fu proprio a seguito di queste considerazioni che la dottrina optò per la inammissibilità, dal punto di vista sistematico, della categoria della nullità relativa. Ma il lento cammino di erosione, i cui germi erano presenti già nell'inciso dell'art. 1421 c.c. - "salvo diverse disposizioni di legge, la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse..." -, è stato completato da quel diritto europeo dei contratti, che ha scelto la strada di disciplinare gli accordi avendo riguardo alla situazione soggettiva delle parti. Infatti, già l'art. 1519-*octies* c.c. – nel recepire la Direttiva 99/44/CE relativa a taluni

aspetti della vendita di beni di consumo -, disciplinava espressamente un'ipotesi di nullità di protezione, nel prevedere – all'uopo – una esclusiva legittimazione ad agire del consumatore e la possibilità - non il dovere -, per il giudice, di rilevare d'ufficio la nullità solo ove tale dichiarazione possa risultare favorevole al consumatore. Quella medesima disposizione è, successivamente confluita nell'art. 134 del Codice del consumo, testo che si rivela decisivo con riguardo all'ingresso nel nostro ordinamento della categoria delle nullità di protezione. Infatti, ove anche l'interprete, avesse ancora paventato dubbi circa la ricostruzione della figura dell'inefficacia nell'ambito dei contratti col consumatore come ipotesi di nullità di protezione, il dubbio è stato definitivamente fugato dallo stesso Codice del consumo che, sebbene non abbia introdotto rilevanti modifiche sostanziali alla disciplina consumeristica, ha, però disciplinato, all'art. 36, una norma di carattere generale rubricata "nullità di protezione", modificando, così, il contenuto del vecchio art. 1469-*quinquies* c.c., rubricato invece "inefficacia", e ponendo, pertanto, fine all'ampio dibattito dottrinale relativo alla ricostruzione della categoria delle nullità di protezione<sup>154</sup>.

Tutto ciò ha posto problemi diversi al legislatore ed all'interprete. La creazione di nuovi *status* ha liberato la materia contrattualistica da un'astrattezza che aveva reso possibile l'esercizio di prevaricazioni, ma questa nuova tecnica ha inciso pesantemente sull'assetto categoriale preesistente. Unico dato certo e immanente a

---

<sup>154</sup> C. IURILLI, *Op. cit.*, pp. 1371-1372.



siffatto tipo di produzione normativa è lo scopo perseguito; consistente nel riequilibrare lo *status* di inferiorità economica di alcuni contraenti. In tal modo si comincia ad insinuare quella valutazione del contenuto delle pattuizioni in base alla clausola della buona fede, che utilizza proprio quel giudizio sulla funzione del contratto e dell'operazione nel suo complesso. Il principio di buona fede, che pervade tutto il Codice del consumo, apre la porta all'indagine sul contenuto contrattuale che deve così essere espressione, non più e non solo, del principio di libertà, ma anche di un principio di giustizia sostanziale. Ed è così che si utilizza il concetto di abuso di diritto, in quanto violazione concreta e tangibile del canone della buona fede, e che consiste nel contegno del contraente che esercita il diritto per uno scopo estraneo a quello che è preordinato dalla legge o dal contratto.

Fino ad un recente passato, si riteneva che la nullità di protezione dovesse essere necessariamente testuale, in quanto considerata previsione di carattere eccezionale e, pertanto, derogatoria rispetto al principio generale in base al quale la violazione di una norma a tutela dell'interesse di un singolo contraente, possa dar luogo o ad annullabilità o, tutt'al più, a responsabilità precontrattuale. Solo eccezionalmente, quindi, la legge qualificava come nullo il contratto che viola una norma posta non a tutela di un interesse generale ma di un interesse particolare. L'orientamento prevalente nella più recente giurisprudenza, invece, mette in discussione la premessa di partenza, cioè che la nullità di protezione

sia un istituto a carattere eccezionale, in quanto, almeno per quanto concerne la tutela del consumatore e più in generale, per alcune tipologie di parti deboli alle quali il legislatore riconosce una particolare protezione, tali disposizioni non sono derogatorie ma si inseriscono in un sistema generale volto alla repressione della parte forte a danno del consumatore, soggetto innegabilmente debole.

Se le norme che sanciscono la tutela del consumatore sono norme non eccezionali e non derogatorie ma espressioni di un sistema di tutela generale e quindi di un principio, allora ben può rientrarvi la sanzionabilità di tutti quei comportamenti con i quali il professionista abusi della sua condizione di soggetto forte. Alla luce di questa interpretazione, allora, appare chiaro come, quelle sulle nullità di protezione, siano norme di natura sistematica, e tanto basta per giustificare la necessità della categoria della nullità di protezione virtuale.

Nel nostro Codice del consumo si fa menzione all'art. 2, c. 2, lett. e), dei principi della correttezza, della trasparenza e della equità. Ancora nella legge n. 192 del 1998, l'art. 9, com. 3, sancisce che il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica, nei contratti di subfornitura, è nullo. Altro caso è quello della legge n. 231 del 2002, che disciplina il ritardo del pagamento nelle transazioni commerciali, qui, all'art. 7, c. 1, si commina la nullità dell'accordo che contenga condizioni tali da risultare gravemente inique in danno del creditore<sup>155</sup>. Ancora, nell'art. 21 legge n. 58 del 1998, testo unico

---

<sup>155</sup> F. CARINGELLA, *Op. cit.*, p. 2365 ss.

sulla disciplina degli strumenti finanziari, si fa menzione di un obbligo di diligenza, di trasparenza e correttezza degli operatori finanziari.

Tutta questa legislazione, si avvale dello strumento della nullità, naturalmente sotto forma di nullità relativa, spingendosi fino alla possibilità di conferire al giudice un potere di riequilibrio e di redistribuzione dell'equità contrattuale. La frequenza con cui si pongono norme di questo genere, induce ad una lettura estesa di questi obblighi, che non essendo accompagnati da una comminatoria specifica in caso di violazione e, fungendo da regole inviolabili ad opera del contraente forte, si prestano ad essere letti in senso imperativo. Pertanto, se fino ad un passato recente non poteva essere dato al giudice di introdurre nuove ipotesi di nullità relative, al di fuori della previsione testuale, il sistema attualmente sembra introdurre esso stesso la regola generale, seppure in via alternativa. Ne deriva, pertanto, che in base al disposto del c. 1 dell'art. 1418 c.c., qualora un contratto sia stipulato in violazione di una norma imperativa, posta a tutela del contraente debole e nel caso in cui, per la suddetta violazione la legge stessa non preveda una sanzione diversa dalla nullità, possa configurarsi la sanzione della nullità di protezione virtuale. In sostanza si ritiene che tale forte esigenza di tutela dei consumatori e dei professionisti deboli, rappresenti ormai un principio a tal punto radicato nel sistema giuridico, da potersi ritenere che le nullità di protezione testuali (previste a favore del consumatore) siano affiancate da analoghe ipotesi di nullità virtuale (con riguardo all'imprenditore debole).

In definitiva, si introducono nell'ordinamento nuove ipotesi di nullità di protezione, che conseguono alla violazione di norme imperative di protezione, non espressamente sanzionate con l'invalidità. Allora si apre definitivamente l'ordinamento al principio di buona fede come criterio di valutazione, non più della condotta, bensì del regolamento contrattuale, nel senso del rispetto di quell'equità sostanziale che viene indagata dal giudice e la cui violazione sarebbe suscettibile di sfociare in una pronuncia di nullità.

La frequenza dell'esplicito ricorso al meccanismo della nullità relativa nei contratti del consumatore è testimoniata, ad esempio, dall'art. 124 del Codice del consumo<sup>156</sup> in materia di danni da prodotti difettosi, ove si prevede la nullità di qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente, nei confronti del danneggiato, la responsabilità, così estendendo e adattando un principio del quale era traccia già nel nostro art. 1229 c.c. La previsione rende inutile, in questo caso, la specifica approvazione per iscritto cui il secondo comma dell'art. 1341 c.c. attribuirebbe altrimenti valore sanante.

Può, inoltre, essere presa in considerazione la normativa contenuta nel Codice del consumo che disciplina i contratti con cui si trasferisce la multiproprietà. L'art. 78 del suddetto Codice<sup>157</sup> prevede la nullità delle clausole di rinuncia dell'acquirente ai diritti stabiliti dal Capo I del Titolo IV del Codice del consumo e di quelle che limitano la responsabilità del venditore.

---

<sup>156</sup> La medesima norma era precedentemente contenuta nell'art. 12 del D.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, attuativo della direttiva n. 85/374/CEE.

<sup>157</sup> La medesima norma era precedentemente contenuta nell'art. 9 del D. Lgs. 9 novembre 1998, n. 427, emanato in attuazione della direttiva 94/47/CE.

Senza dubbio, tale nullità, nonostante la norma non lo preveda espressamente, è di natura relativa altrimenti si vanificherebbe lo stesso spirito della direttiva concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili.

Così come accade per l'art. 2 della legge sulla subfornitura – n. 192/1998 – e nella stessa ottica di protezione, l'art. 71 del Codice del consumo<sup>158</sup>, tra i requisiti del contratto, prevede la forma scritta a pena di nullità.

L'analisi degli esempi di nullità di protezione contemplati nel nostro ordinamento, rende agevole constatare come tali casi di invalidità relativa siano giustificabili sostanzialmente in considerazione degli interessi di uno dei contraenti.

Si tratta, però, di interessi che è inappropriato definire particolari, sia perché seriali, e quindi largamente generalizzati, sia perché intrecciati con l'interesse generale di una società di massa che richiede, per il proprio equilibrio, tutele dei contraenti deboli e regole dell'agire economico.

Gli interventi normativi che si sono passati in rassegna appaiono unificati da una *ratio* comune: essi contengono una serie di tipologie di rapporti suscettibili di disciplina speciale, in ragione di uno squilibrio tra le parti contraenti reputato rilevante dal legislatore, specie nella fase formativa del contratto.

---

<sup>158</sup> La medesima norma era precedentemente contenuta nell'art. 3 del D. Lgs. n. 427/1998, recante attuazione della direttiva 94/47/CE, concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili.

Tale squilibrio, peraltro, non si pone quale evenienza anomala ma come connotato strutturale di determinate categorie di rapporti.

In tale quadro unitario si possono ulteriormente distinguere due *rationes* specificamente individuabili, ossia la peculiare qualità soggettiva del contraente protetto, da un lato e, dall'altro, la situazione della parte ritenuta dominante.

Appartengono al primo tipo di interventi le discipline dettate a tutela del consumatore, figura, ormai, in via di marcata tipizzazione normativa<sup>159</sup>.

Appartengono al secondo, invece, le discipline applicabili indistintamente al c.d. "cliente" – non necessariamente consumatore - cui hanno riguardo, ad esempio, la normativa dei contratti bancari e dell'intermediazione finanziaria.

In tali ultime ipotesi, non si seleziona un contraente protetto, ma si individuano, in astratto, per regolarli, rapporti caratterizzati dallo strutturale predominio di una delle parti: nella specie, l'impresa bancaria e l'intermediario finanziario, a prescindere, in ogni caso, dalla natura, qualità o *status* del contraente protetto.

A ben vedere, appartiene al secondo tipo di interventi anche il divieto di abuso di posizione dominante, posto dall'art. 3, lett. a) e d), della legge 10 ottobre 1990 n. 287: anche in tale ipotesi, infatti, nel

---

<sup>159</sup> Il consumatore è ad es. definito dall'art. 121 T.U. bancario come "persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta", in modo sostanzialmente analogo alla definizione normativa già contenuta nell'art. 2 del D. Lgs. 15 gennaio 1992, n. 50, relativo ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali. Si tratta del resto di definizione ormai corrente nelle Direttive comunitarie dalle quali si sono originate le diverse normative interne: si veda ad esempio la definizione contenuta all'art. 2 lett. b) della Direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993.

realizzare mediatamente la tutela della concorrenza, si protegge, anche, in modo immediato, il contraente che, alla stregua di un accertamento in concreto, si trovi a subire, nel concorso dei presupposti della richiamata disciplina, l'abuso dell'altrui posizione dominante.

I due gruppi di ipotesi, conformati alle due *rationes* specifiche anzidette, presentano tratti di disciplina in parte comuni, avvalorando, così, l'ipotesi della loro inscrivibilità in una più generale *ratio* unitaria.

Tale comunanza di trattamento, sotto il fondamentale profilo della nullità, potrebbe smentire l'idea di una "progressiva marginalizzazione della parte generale dei contratti"<sup>160</sup> a favore di un sistema separato di regole per i contratti con i consumatori, e, magari, evidenziare un'opposta tendenza all'organicità.

Pur con tecniche legislative diverse, infatti, si attribuisce nelle differenti prospettive<sup>161</sup> d'intervento anzidette, valore specializzante ad un dato che appare unitario: lo squilibrio contrattuale tra le parti contraenti – cui, in determinati rapporti, un criterio normativo attribuisca rilievo formale – che alteri in radice i presupposti di esercizio dell'autonomia negoziale e le dinamiche concorrenziali.

La volontà dell'ordinamento di tutelare nuovi *status*, sullo schema dell'ordine pubblico "di protezione", ha come conseguenza

---

<sup>160</sup> L'espressione è stata usata da V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1994, pp. 277-302.

<sup>161</sup> Si veda G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 20 ss.

una conformazione dei rapporti contrattuali in vista di tale funzione di protezione.

Passando dall'invalidità così come concepita nel diritto contrattuale promanante dal legislatore europeo, ed espressa fondamentalmente nella categoria della nullità relativa, all'invalidità contemplata nel capitolo IV dei *Principles of European Contract Law*, non si può fare a meno di avvertire una dissonanza. Infatti, mentre il sistema comunitario dà rilievo esclusivo alla nullità, marginalizzando le ipotesi di annullabilità, i *Principles*, viceversa, propongono come unica categoria di invalidità proprio quella dell'annullabilità<sup>162</sup>. A detta categoria vengono ricondotte tutte le ipotesi di patologia dell'accordo, comprese quella del significativo squilibrio, che sembra ricordare la rescissione. Al di là del dato terminologico e delle differenti *rationes*, tuttavia, i due sistemi non devono essere considerati, poi, così distanti fra loro. Infatti, se la nullità relativa di matrice comunitaria è preposta a garantire la tutela della parte danneggiata, che è quella contrattualmente più debole e l'unica che possa avvalersi di detto rimedio, l'annullabilità dei *Principles*, che è ispirata alla diversa esigenza della tutela del contraente di buona fede, essendo anch'essa – com'è ovvio – azionabile su esclusivo rilievo di parte, finisce col garantire esattamente lo stesso risultato, ossia la tutela dell'interesse della parte danneggiata<sup>163</sup>. Dall'esame delle disposizioni relative all'invalidità, contenute negli artt. 4:101-4:119, emergono le caratteristiche dell'annullabilità nei *Principles*: si tratta di

---

<sup>162</sup> G. GRASSO, *Op. cit.*, p. 305.

<sup>163</sup> *Ibidem*.



un'annullabilità su istanza di parte, a carattere sempre relativo, di regola parziale ed esercitabile principalmente in via stragiudiziale. La semplificazione per cui tutti i tipi di patologia vengono indistintamente ricondotti nell'alveo di questo unico istituto, è spiegabile col fatto che il fondamento dei *Principles* risiede nella volontà delle parti<sup>164</sup>. Pertanto, coerentemente con tale fondamento, viene lasciata alla parte incorsa nel vizio la scelta se azionare o meno il rimedio all'uopo previsto. In questo senso può dirsi che l'annullabilità è "diretta proiezione dell'autonomia privata sul terreno della qualificazione di invalidità"<sup>165</sup>. L'annullabilità è stata, infatti, descritta come "patologia discreta" in quanto, a differenza della nullità, non opera contro l'autonomia privata ma al fine di garantirne proprio il suo corretto esercizio<sup>166</sup>. Conformemente alle caratteristiche dell'istituto, così come configurate dalla dottrina, come si evince dalle disposizioni dei *Principles* che disciplinano l'errore (art. 4:103), il dolo (art. 4:107), la violenza (art. 4:108), l'ingiusto profitto o vantaggio iniquo (art. 4:109) e le clausole abusive non oggetto di trattativa individuale (art. 4:110), anche in questo sistema l'annullabilità si conferma quale strumento posto a tutela sempre e solo dell'interesse del singolo contraente - il quale è, pertanto l'unico che possa azionarlo -, con effetti costitutivi e retroattivi, oggetto possibile di convalida. Con riguardo agli effetti dell'annullamento, il sistema,

---

<sup>164</sup> C. CASTRONOVO, *Prefazione all'edizione italiana*, in COMMISSIONE PER IL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI, *Principi di Diritto Europeo dei Contratti. Parte I e II, Op. cit.*, XLVI.

<sup>165</sup> *Ibidem*.

<sup>166</sup> Si veda U. MAJELLO, *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 329 ss.

decisamente improntato al *favor contractus*, garantisce il rispetto del principio di conservazione, prevedendo che l'invalidità possa riguardare soltanto singole clausole del contratto (art. 4:116). Al verificarsi di tale ipotesi conseguirà la caducazione di dette clausole e il permanere in essere del resto del contratto, il quale continuerà a produrre i suoi effetti sempre che, considerate tutte le circostanze del caso, il mantenimento del rapporto per la parte restante risulti irragionevole. Anche questa previsione è coerente col fondamento dei *Principles*, che risiede nel principio di autonomia delle parti, e che, pertanto, non dà luogo ad un interesse superiore all'eliminazione di un contratto che risulti affetto da invalidità in una sua singola porzione. Sempre con riguardo agli effetti, l'annullamento, parziale o totale che sia, opera comunque retroattivamente. Da ciò l'art. 4:115 fa discendere come conseguenza la restituzione di quanto eventualmente fatto oggetto di esecuzione, prevista in condizioni di reciprocità.

Sempre in ossequio al *favor contractus*<sup>167</sup>, il testo prevede, attraverso il disposto dell'art. 4:105 – *Rettifica del contratto* –, che la controparte (rispetto a quella che si trovi nelle condizioni per azionare l'annullamento) possa impedire la caducazione del contratto, accettando di modificarlo in conformità dei termini in cui l'altro contraente l'abbia inteso.

L'art. 4:112 prevede che l'annullamento abbia luogo mediante comunicazione del contraente tutelato all'altra parte. Ulteriore

---

<sup>167</sup> G. GRASSO, *Op. cit.*, p. 308.

caratteristica di tale annullabilità è, pertanto, l'azionabilità in via stragiudiziale. Anche l'annullamento stragiudiziale si inserisce coerentemente nella logica di autonomia delle parti che costituisce principio fondante del sistema.

A conclusione di questa breve panoramica, si può ritenere che, se l'annullabilità dei *Principles*, da una parte si pone, per certe sue caratteristiche, in una logica di continuità col suo modello tradizionale, dall'altra, essa si avvicina alla funzione esercitata dalla nullità di protezione tipica della legislazione comunitaria<sup>168</sup>, a cui l'accomuna la finalità di protezione di una singola parte, anche se questa nei due sistemi è identificata in base a criteri e *rationes* differenti.

---

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 309.

## II

### L'INCIDENZA DEL DIRITTO CONTRATTUALE EUROPEO SUL PRINCIPIO DI AUTONOMIA CONTRATTUALE

#### 1. Il principio di autonomia contrattuale nell'ordinamento interno e i relativi limiti

Il principio di autonomia contrattuale, consacrato nell'art. 1322 del Codice civile, significativamente subito dopo l'articolo che contiene la nozione stessa di contratto, è espressione della concezione liberale su cui ancora oggi parrebbe fondato l'istituto contrattuale. Il contratto è concepito come il luogo in cui lo Stato devolve una porzione di sovranità alle parti, in base alla considerazione che esse siano in grado di darsi regole per gestire i propri interessi, meglio di quanto potrebbero fare regolamenti eteronomi<sup>169</sup>. L'idea che sta dietro al principio in parola è che ciascuno sia il miglior arbitro dei propri interessi e che la composizione di detti interessi fra i paciscenti scaturisca normalmente dall'incontro, nel contratto, delle rispettive volontà. Tale idea è evidentemente basata sul presupposto di una sostanziale "parità" delle parti e sulla loro capacità di autoregolarsi.

Tuttavia, è pacificamente esclusa in radice la sussistenza di una libertà incondizionata in capo ai contraenti, infatti *"L'idea del contratto come pura e piena soggettività dell'individuo, immune da*

---

<sup>169</sup> Si veda M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. GITTI e G. VILLA, Bologna, 2008, p. 137.

*qualsiasi condizionamento obiettivo fattuale o legale, è un'idea astratta che non ha mai trovato riscontro ad oggi nella realtà.*<sup>170</sup>

È del tutto evidente che la sovranità devoluta ai contraenti è, per l'appunto, parziale, in quanto è lo stesso art. 1322 ad avvertire che la libertà di cui essa è portatrice incontra dei limiti posti dal legislatore. Inoltre, sempre l'art. 1322, al comma 2, dopo aver sancito la possibilità per le parti di stipulare contratti atipici, aggiunge che questi devono pur sempre realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Pertanto, sembrerebbe da escludere la concezione di contratto come libero incontro delle volontà, dove due o più soggetti si accordino senza condizionamenti esterni per regolare parte dei propri interessi. Mentre invece, molto più di frequente e con sempre maggiore incidenza, il regolamento è caratterizzato da elementi di eteronomia che integrano, quando non vi si sovrappongono, l'autonomia che dovrebbe governare l'istituto. Così, spesso accade che l'atto di autonomia si esaurisca nella scelta di un prodotto o nella necessità di risoluzione di un problema.

Oggi l'autonomia privata sembra essere più limitata che in passato. Lo sviluppo di un'economia moderna e globalizzata, infatti, ha inciso in maniera penetrante sulla tradizionale idea del contratto inteso come "fusione delle volontà delle parti". L'economia di massa ha generato la massificazione dei beni e dei servizi offerti sul mercato determinando la spersonalizzazione dei singoli contratti. Così, il testo

---

<sup>170</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, *Op. cit.*, p. 41 ss.

contrattuale, nella maggior parte dei casi, non scaturisce più da una trattativa individuale tra i contraenti, ma il negozio viene predisposto unilateralmente dall'impresa e il cliente lo accetta così com'è, senza poter incidere, con la propria volontà, sul suo contenuto<sup>171</sup>. Anche in casi in cui pure il contratto è il risultato di una libera e paritaria trattativa economica tra soggetti di uguale forza contrattuale, esistono una serie di condizionamenti e limiti giuridico-formali che spesso tendono ad allontanare il testo contrattuale dalla effettiva volontà dei contraenti. Questo perché l'originaria volontà delle parti va resa compatibile con i principi e le direttive imposte dall'ordinamento nell'ambito del quale il singolo negozio dovrà trovare il proprio riconoscimento giuridico. La maggior parte dei più recenti interventi legislativi sulla disciplina del contratto hanno essenzialmente ristretto la libertà negoziale privata e contribuito a confinare i singoli individui all'interno di ben determinate categorie socioeconomiche, ed hanno in alcuni casi accresciuto il potere del giudice di sindacare il contenuto dell'accordo.

Tuttavia, se la gran parte degli interventi che hanno inciso sull'autonomia contrattuale negli ultimi anni trova la propria fonte nell'ordinamento comunitario, non si può ignorare come anche l'ordinamento interno ponga dei limiti propri alla libertà di contratto.

Per verificare l'effettivo spazio di autonomia di cui godono i soggetti privati nella materia contrattuale, è utile riflettere sui limiti alle varie libertà che ne formano il contenuto: libertà di concludere il

---

<sup>171</sup> V. ROPPO, *Ibidem*.

contratto, libertà di determinarne il contenuto, soprattutto libertà di indirizzarsi a finalità non condivise dai contratti tipici ma anche ad utilizzare contratti atipici per realizzare interessi che contratti tipici già soddisfano, libertà di deciderne la forma, libertà di farsi sostituire, libertà di sciogliersi dal vincolo contrattuale. I limiti posti dal legislatore vanno dalla non contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume, al perseguimento di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, o al rispetto del principio di buona fede. Sul presupposto della riserva che le viene riconosciuta dall'art. 41 della Costituzione, nell'ordinamento italiano è la legge<sup>172</sup> a determinare i limiti alla libertà economica, di cui l'autonomia contrattuale è espressione, affinché l'iniziativa privata sia volta a fini di utilità sociale o in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

L'intervento del legislatore per limitare l'autonomia contrattuale ha assunto nel tempo varie e diverse sfaccettature. Innanzitutto si è prestata attenzione a quale sia la posizione del soggetto nell'ambito delle relazioni sociali in cui opera. La situazione di monopolio<sup>173 174</sup>, ad esempio, giustifica pienamente la limitazione

---

<sup>172</sup> Si tratta, più precisamente, di una riserva di legge relativa. Questa previsione potrebbe porre in dubbio la legittimità di limitazioni all'autonomia contrattuale derivanti da provvedimenti di autorità amministrative, anche se il rispetto della riserva potrebbe considerarsi salvo in considerazione del fatto che è pur sempre una legge ordinaria ad istituire dette autorità e a definirne i relativi compiti e poteri.

<sup>173</sup> Artt. 2597 e 2932 c.c.

<sup>174</sup> Corre l'obbligo di ricordare come il monopolio legale, disciplinato dall'art. 2597 c.c. vada tenuto distinto dal monopolio di fatto. Dottrina e giurisprudenza sono sostanzialmente unanimi nel ritenere la disciplina del monopolio legale non suscettibile di applicazione analogica al monopolio di fatto, sulla scorta della considerazione che, ponendo l'art. 2597 un limite all'autonomia privata, sia da considerarsi norma eccezionale.

alla libertà di concludere o meno il contratto. E' evidente che se il monopolista potesse discrezionalmente decidere se concludere o meno il contratto, gli sarebbe riconosciuto un potere discriminatorio enorme, capace di determinare di fatto la stessa ampiezza del mercato degli operatori. Consentendo solo ad alcuni soggetti e non ad altri di poter disporre di determinati beni o servizi, egli rafforzerebbe ancor più la propria posizione di predominio. Ed invece, il monopolista deve concludere i contratti con chiunque glielo richieda ed a parità di condizioni contrattuali. La stessa logica informa l'obbligo di contrarre in capo all'esercente un pubblico servizio (di linea)<sup>175</sup>; anzi, qui si evidenzia, ad ulteriore giustificazione della limitazione, la rilevanza sociale dell'attività svolta, che, dunque, in quanto tale, deve necessariamente essere fruibile da parte di tutti e, ancora una volta, a parità di condizioni. Non sempre la sola qualità soggettiva giustifica la limitazione alla libertà contrattuale, talvolta è anche lo statuto speciale di circolazione del bene<sup>176</sup> ad impedire che se ne possa disporre liberamente. Varie volte l'intervento legislativo restrittivo della libertà contrattuale è stato occasionato da situazioni di emergenza sociale ed ha trovato quindi proprio nella *ratio* che caratterizza la norma dell'art. 41 Cost. il proprio fondamento giuridico. Si pensi alle leggi di proroga delle locazioni di immobili ad uso abitativo e, ancor più, alla legge sull'equo canone degli anni settanta che imponeva al locatore non soltanto una durata minima

---

<sup>175</sup> Art. 1679 c.c.

<sup>176</sup> Artt. 822 ss. c.c.



contrattuale ma anche un importo massimo di canone annuo. Da ultimo, infine, la legge individua taluni settori di attività nei quali ritiene che gli operatori – pur non essendo soggetti pubblici, né monopolisti né incaricati di pubblico servizio – debbano comunque rispettare taluni canoni operativi avvalendosi di tecniche contrattuali, in quanto il settore di attività risulta essere particolarmente bisognoso di continui monitoraggi ed opportuna vigilanza: tradizionalmente si tratta dei settori bancario, creditizio, borsistico ed assicurativo. In questi casi il legislatore pretende che le banche, gli intermediari finanziari e le imprese assicuratrici seguano specifiche formalità – sotto pena di nullità – nella determinazione e nell'esposizione del contenuto contrattuale. In tali settori, dunque, la tutela della clientela contro possibili approfittamenti degli operatori, impone la previsione di norme di legge che prescrivono specifici comportamenti a carico di questi ultimi nell'esercizio del potere di predisposizione del contenuto contrattuale. Alla primitiva discrezione del legislatore del codice civile – e poi costituente - nell'intervenire sull'autonomia contrattuale si è mano a mano sostituita una maggiore intrusione del legislatore speciale, soprattutto in determinati periodi storici anche ideologicamente caratterizzati. Sicché il codice civile si preoccupa soprattutto dei limiti convenzionali alle libertà contrattuali, trattandoli come espressione della stessa autonomia negoziale. Le parti di un contratto possono, con l'apposizione in particolare degli elementi accidentali, limitare le proprie rispettive "libertà", possono indirizzare ed orientare gli effetti contrattuali in modo da costringere una delle

parti a rinunciare a proprie prerogative, e così via. Il legislatore del codice civile del 1942 affida sostanzialmente al giudice il compito di vigilare affinché nella contrattazione una delle parti non soddisfi il proprio interesse con il sacrificio ingiustificato dell'altra parte. Ed ecco i limiti all'autonomia contrattuale posti dal rispetto dei principi di buona fede, oppure la verifica che il contratto non sia contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume. Siffatta "discrezione" del legislatore del codice civile può scorgersi anche nella disciplina delle condizioni generali di contratto predisposte da una parte. Nell'art. 1341 cod. civ. è come se il legislatore rivolgendosi all'aderente lo avvertisse sulla pericolosità delle norme che sta sottoscrivendo e si preoccupi solo che ne abbia consapevolezza, lasciando integra la sua libertà di vincolarsi contrattualmente.

## **2. Il principio di autonomia contrattuale e i contratti "del consumatore"**

Un gran numero di norme che possono essere considerate limitative dell'autonomia contrattuale, tuttavia, deriva oggi dall'attività del legislatore comunitario o, a volte, in maniera più indiretta, dall'influsso delle politiche di Bruxelles sul legislatore interno, nonché dallo stesso Trattato CE, con riguardo alle norme che disciplinano la politica comunitaria della concorrenza.

Tralasciando per il momento<sup>177</sup> il discorso riguardante le norme poste dal Trattato a tutela della concorrenza, si può dire che

---

<sup>177</sup> Si veda *infra*, p. 111 ss.

l'ambito che per primo e con maggiore incisività è stato interessato dalla summenzionata attività legislativa è, senza dubbio, quello relativo ai contratti c.d. *B2C*, ossia i contratti "del consumatore", conclusi tra un imprenditore/professionista e, per l'appunto, un consumatore. Tale categoria di contratti, che trova la propria disciplina generale nella Direttiva 93/13, è caratterizzata dalla presenza di numerose regole cogenti<sup>178</sup>, che, erodendo lo spazio di operatività del diritto dispositivo<sup>179</sup>, finiscono per incidere sull'esercizio delle libertà contrattuali delle parti.

Attraverso la disciplina dei contratti col consumatore, il legislatore inizia ad intervenire sull'autonomia contrattuale, andando in particolare a ritagliare spazi normativi settoriali che addirittura espropriano talune libertà contrattuali alla parte al fine di apprestarle una tutela certa ed intoccabile.

Come si è visto<sup>180</sup>, il legislatore italiano ha trasposto la normativa contenuta nella Direttiva 93/13 nel Codice del Consumo. Qui si legge, all'art. 34, comma 4, che "non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale". Pertanto, la prova che l'accordo tra imprenditore e consumatore in merito alle clausole è scaturito da una trattativa intercorsa tra i due è sufficiente ad escludere la vessatorietà di quelle

---

<sup>178</sup> Si veda 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. 681.

<sup>179</sup> Su normativa dei contratti del consumatore e controllo sulla deroga al diritto dispositivo, si veda F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contratto e impresa*, n. 3/2006, p. 673 ss.

<sup>180</sup> *Supra*, p. 58 ss.

clausole. Però, al successivo art. 36, comma 2, si evidenzia che "sono nulle le clausole che, *quantunque oggetto di trattativa*, abbiano per oggetto o per effetto di ...", e segue l'indicazione di una serie di situazioni considerate talmente a rischio per il consumatore, da fare in modo che egli non possa neanche disporre della libertà di farne oggetto di trattativa. È quindi agevole rilevare come al consumatore venga tolta, nei casi disciplinati dal suddetto articolo, la possibilità di valutare da sé l'opportunità di concludere un contratto e, in generale, la gestione autonoma del proprio "potere" contrattuale. Questo in quanto talune situazioni – nella fattispecie quelle ricadenti sotto la disciplina dell'art. 36 C. cons. - sono considerate talmente a rischio che, anche qualora formassero oggetto di trattativa individuale, non potrebbero essere utilmente gestite dal soggetto tutelato, e, pertanto, vengono sottratte alla libera determinazione del contraente consumatore. In definitiva, vi sono casi in cui non si ritiene sufficiente - come invece accade con riguardo alla disciplina delle condizioni generali di contratto<sup>181</sup> - la sottoscrizione specifica della clausole vessatorie per inferirne l'assunta consapevolezza della loro "pericolosità". In una tale ottica, dunque, l'autonomia contrattuale esprime un significato peculiare, nel senso che essa non può comunque incidere su situazioni giuridicamente rilevanti ritenute "indisponibili" ed in cui la valutazione di "convenienza" per la salvaguardia degli interessi della parte è effettuata dall'ordinamento che, per l'appunto, la sottrae all'autonoma valutazione individuale.

---

<sup>181</sup> Art. 1341, comma 2, c.c.

Al di fuori dell'area dei contratti di consumo, si vedrà come simili limitazioni vengano poste anche con riguardo a particolari aspetti della contrattazione tra imprese<sup>182</sup>.

Pertanto, le norme poste a tutela del consumatore risultano, in taluni casi, limitative dell'autonomia contrattuale, non solo del paciscente "forte" – il professionista/imprenditore -, ma anche della medesima parte tutelata, come se il legislatore si sostituisse ad essa nell'esercizio di detta autonomia in base a una presunzione di incapacità con riguardo al sapiente utilizzo della medesima e come strumento di difesa a monte contro i possibili abusi di quella stessa autonomia che, invece, si presume possano essere perpetrati dal contraente non profano, al fine di porre in essere un accordo squilibrato in proprio favore.

Questo stato di cose ha indotto in dottrina a parlare di tutela del contraente debole, il che lascerebbe intendere che la disciplina comunitaria dei contratti del consumatore debba essere letta in chiave "paternalistica"<sup>183</sup>. Secondo parte della dottrina, infatti, la disciplina in questione risponderebbe all'esigenza di offrire tutela ad un soggetto debole – intendendosi qui la debolezza in senso socioeconomico -<sup>184</sup>. Presupposto di tale concezione è il considerare il

---

<sup>182</sup> Si veda, *infra*, p. 92 ss.

<sup>183</sup> Per una ricognizione, si veda A. PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, nota a Sentenza Corte Cost. 22 novembre 2002, n. 469, in *Foro it.*, 2003, I, p. 341.

<sup>184</sup> Si veda E. GABRIELLI, *Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato: i contraenti*, in [http://www.judicium.it/news/ins\\_19\\_01\\_05/Gabrielli,%20dir.%20civile.html](http://www.judicium.it/news/ins_19_01_05/Gabrielli,%20dir.%20civile.html), ove si riporta in nota V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Giur. it.*, 1993, IV, p. 72, il quale sottolinea come "la categoria dei "contratti dei

consumatore quale titolare di uno *status* – quello di consumatore, appunto, - consistente in una “particolare condizione soggettiva avente portata generale e direttamente riferita all’individuo che, per la funzione protettiva che ad essa dovrebbe ricondursi, possa consentire di utilizzare lo strumento giuridico fornito dal legislatore per il superamento di una situazione soggettiva di debolezza”<sup>185</sup>. Tali considerazioni, però, sono state criticate da altra dottrina<sup>186</sup>. Infatti, è stato rilevato come risulti arduo ravvisare nei consumatori una “classe” o “categoria” composta da soggetti egualmente deboli, laddove, invece, la definizione di consumatore fatta propria dalla legislazione comunitaria e, conseguentemente, da quella interna, oltre a dare adito a svariate incertezze, è caratterizzata da un’estensione tale da consentire l’applicazione della disciplina a soggetti che possono essere caratterizzati dalle più varie competenze ed esperienze personali<sup>187</sup>. In tal senso, la figura di consumatore

---

consumatori” sembra prospettare un rifiuto del principio di uguaglianza formale perché essa presuppone una disuguaglianza sostanziale tra le parti”, osservando come, in tal modo verrebbe superato il principio della unificazione del soggetto di diritto privato.

<sup>185</sup> *Ibidem*. In nota, N. LIPARI, *Introduzione*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, I, p. 11, secondo il quale “i profili della soggettività ormai si intersecano con la disciplina dell’attività economica e c’è quindi legittimamente da chiedersi, in chiave di nuova dogmatica, se la sistematica dei rapporti economici e finanziari debba essere ricostruita (anziché semplicemente come effetto di atti) intorno agli *status* soggettivi giuridicamente rilevanti, con una radicale inversione di linea rispetto ai postulati della classica legge di Maine”.

<sup>186</sup> *Ibidem*.

<sup>187</sup> *Ibidem*. L’Autore rinvia a quanto rilevato, tra gli altri, da V. ROPPO, *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 701 ss.; V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 9; R. PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, 1994, V, p. 138 ss., il quale riferisce al consumatore l’appellativo di “soggetto in cerca d’autore”; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel mercato finanziario*, Milano, 1996, pp. 27 e 49;

potrebbe essere considerata in negativo<sup>188</sup>, individuandola, per contrapposizione, nei vari soggetti che si trovano a contrarre con una figura imprenditoriale – che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale -; risultando, pertanto, arduo classificare quello di consumatore alla stregua di uno *status*<sup>189</sup>. Peraltro, occorre considerare che esistono altre "categorie" di soggetti – come, ad esempio, i subfornitori - che, pur non rientrando nella definizione di consumatore e rimanendo, pertanto, esclusi dalla relativa disciplina, possono pur trovarsi minacciate da una situazione di debolezza eguale se non maggiore rispetto a quella in cui si trovano i consumatori nei confronti dei professionisti. Tale constatazione porta a ritenere, o che la *ratio* della disciplina non sia da ricercarsi nella mera reazione a situazioni di debolezza socioeconomica, ovvero, se tale deve invece essere ritenuto lo scopo delle norme, che esse siano ingiustificatamente discriminatorie e, molto probabilmente, anche viziate da incostituzionalità<sup>190</sup>. La prima lettura interpretativa appare invece essere la più corretta. Si discute infatti se quella di consumatore sia una qualità contingente, di cui si

---

G.B. FERRI, *La "cultura" del contratto e le strutture del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 843 ss.

<sup>188</sup> Si veda N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004, pp. 43-44.

<sup>189</sup> *Ibidem*.

<sup>190</sup> E. GABRIELLI, *Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato: i contraenti*, *op. cit.* L'Autore rinvia a quanto rilevato, in relazione alla direttiva 93/13/CEE, da A. ORESTANO, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 468 ss., il quale ravvisava principalmente nella reazione ad una (presunta) situazione di disparità sostanziale la *ratio* della normativa, sottolineando le incongruenze della impostazione comunitaria, ritenuta scarsamente idonea per esser costruita intorno alla rigida e astratta partizione tra consumatori (soggetti deboli) e professionisti (soggetti forti), nonché ingiustificatamente insensibile ad analoghe situazioni di disparità di forza esistenti tra professionisti.

trovi rivestito un soggetto relativamente ad un singolo atto o contratto. Tale qualità, in effetti, risulterebbe confermata dal rilievo attribuito nell'art. 3, lett. a), C. cons., all'attività imprenditoriale o professionale "eventualmente" svolta dal soggetto che dovrebbe essere fatto rientrare nella qualificazione di consumatore<sup>191</sup>. Inoltre, dalla lettera della legge emerge un ulteriore dato certo, e cioè che consumatore, nell'ambito di un determinato contratto, potrebbe anche essere un imprenditore/professionista, a condizione che, in quel caso specifico, egli agisca per uno scopo estraneo alla propria attività imprenditoriale - o professionale -<sup>192</sup>. In definitiva, dalla formula definitoria di cui all'art. 3, lett. a), C. cons., si ricava una serie di elementi, ossia: è consumatore esclusivamente la persona fisica; quella di consumatore è caratteristica contingente e relativa, che va accertata con riguardo al singolo atto; ed, infine, la qualifica di consumatore non è a priori esclusa dal fatto di essere il soggetto in questione un imprenditore o un professionista. Anzi, quest'ultima ipotesi è proprio quella che rende più difficoltoso stabilire quando un soggetto sia da considerarsi consumatore ai fini dell'applicazione della disciplina in parola<sup>193</sup>.

Stabilire chi sia "consumatore" è del resto operazione di primaria importanza se s'intende delineare il confine della disciplina dei contratti del consumatore, specialmente in relazione all'altra categoria di contratti d'impresa, cioè quella dei contratti tra imprese.

---

<sup>191</sup> *Ibidem.*

<sup>192</sup> *Ibidem.*

<sup>193</sup> *Ibidem.*



La definizione di consumatore fornita dall'art. 3, lett. *a*), C. cons., da una parte circoscrive l'ambito applicativo della disciplina alle persone fisiche, dall'altra individua nel collegamento tra consumatore e contratto il criterio per stabilire chi sia il "consumatore"<sup>194</sup>: risultando tale chiunque che si ponga in una determinata posizione rispetto ad un qualsiasi contratto con un professionista.

Appurato che la categoria "consumatore" non individua uno *status*, e che le finalità della normativa in questione non risiedono nella protezione rispetto alla debolezza socioeconomica che caratterizzerebbe detto presunto *status*, sarebbe, invece, agevole notare come lo strumento di tutela del consumatore dovrebbe essere visto quale "mezzo" per raggiungere uno scopo di più ampio respiro,

---

<sup>194</sup> Nella legislazione speciale in materia di contratti dei consumatori si riscontrano definizioni sostanzialmente coincidenti o che comunque non appaiono idonee, al pari di quella contenuta nella disciplina sulle clausole vessatorie, a fornire una nozione univoca di consumatore: nella Sezione del Codice del consumo in cui confluisce la normativa di attuazione della Direttiva n. 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali – artt. 45 ss. -, non rinvenendosi alcuna definizione di consumatore, è da ritenersi che debba essere presa in considerazione a questi fini la definizione data dall'art. 3, lett. *a*) dello stesso Codice, ossia, consumatore è "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta"; così anche per l'art. 50 C. cons., sotto la Sezione del Codice in cui confluisce la normativa di attuazione della Direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, in quanto, tra le definizioni ivi riportate, non è presente quella di consumatore; si ricordi che la direttiva 93/13/CEE (art. 2, lett. *b*) definisce il consumatore come la persona fisica che "agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale"; nell'art. 2, comma 1, d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70, in tema di commercio elettronico, è consumatore "qualsiasi persona fisica che agisca con finalità non riferibili all'attività commerciale, imprenditoriale o professionale eventualmente svolta". Nella legislazione speciale su singoli contratti del consumatore, si rinvengono invece definizioni differenti: secondo l'art. 83 C. cons., nel Capo del Codice che recepisce la Direttiva n. 90/314/CEE, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso", il consumatore è "l'acquirente, il cessionario di un pacchetto turistico o qualunque persona anche da nominare ... per conto della quale il contraente principale si impegna ad acquistare senza remunerazione un pacchetto turistico".

ossia la costruzione del mercato interno dell'Unione e la tutela della concorrenza, che ne costituisce il modo di funzionamento ottimale.

Sarebbe, in tal senso, sufficiente un esame del testo della Direttiva 93/13, per scorgervi le tracce di quel fine. Infatti, vi si legge<sup>195</sup> che la Direttiva è concepita nell'ambito delle misure tese all'instaurazione progressiva del mercato interno; che la stessa mira ad evitare eventuali distorsioni di concorrenza tra venditori di beni e prestatori di servizi causati dalle disparità fra legislazioni degli Stati membri in tema di contratti tra venditori/prestatori e consumatori<sup>196</sup>. Ancora, l'ignoranza del consumatore rispetto alle norme giuridiche di altri Paesi membri è vista quale potenziale ostacolo al commercio intracomunitario<sup>197</sup>, e, proprio per facilitare la creazione del mercato interno, è ritenuta indispensabile l'eliminazione di clausole abusive (*rectius*, vessatorie) da quel genere di contratti<sup>198</sup>, così da stimolare la concorrenza<sup>199</sup>. D'altra parte, è lo stesso Trattato comunitario a mettere in stretta connessione le politiche di protezione dei consumatori con le misure da adottarsi ai fini dell'instaurazione del mercato interno<sup>200</sup>. La stessa Commissione europea, nel secondo piano generale di azione<sup>201</sup>, sottolinea come "la politica dei consumatori" contribuisca "in modo significativo al successo del funzionamento del mercato interno"; e aggiunge che una "maggiore

---

<sup>195</sup> *Considerando* n. 1.

<sup>196</sup> *Considerando* n. 2.

<sup>197</sup> *Considerando* n. 5.

<sup>198</sup> *Considerando* n. 6.

<sup>199</sup> *Considerando* n. 7.

<sup>200</sup> Art. 153 TCE.

<sup>201</sup> Doc. COM (93) 373.

attenzione alle attese ... dei consumatori in materia di beni e servizi, consentirà di migliorare la competitività dei produttori della Comunità, che si verranno conseguentemente a trovare in una posizione più vantaggiosa sui mercati interni”.

Pertanto, le limitazioni che si pongono all'esercizio dell'autonomia nei contratti *B2C*, dovrebbero essere riguardate principalmente come coesenziali alla costruzione del mercato unico. Si è parlato, in proposito, di intervento sui “mercati finali”<sup>202</sup> che parte dalla considerazione dei consumatori quali “arbitri del mercato”<sup>203</sup> e che si pone l'obiettivo, attraverso la protezione di tali soggetti, di spingere le imprese ad operare secondo correttezza. In quest'ottica, dal punto di vista del legislatore comunitario, trovano giustificazione le limitazioni all'autonomia contrattuale poste sia a carico delle imprese che in capo ai contraenti profani.

### **3. Il principio di autonomia contrattuale e i contratti tra imprese. Il “terzo contratto”**

Sino ad oggi, con riguardo alla normativa contrattuale di fonte comunitaria, in dottrina si è molto dibattuto sulla categoria dei contratti col consumatore, così come tale materia ha spesso impegnato la giurisprudenza.

---

<sup>202</sup> G. CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, Vol. XXVI, Tomo I, 2006, p. 763.

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 761.

Ma in tempi più recenti non si può non registrare l'emersione di un ulteriore tema, quello dei contratti tra imprese, di cui sia il legislatore comunitario che quello interno si sono per diversi aspetti occupati. Entrambe le categorie potrebbero essere considerate specie del genere dei contratti d'impresa, che, pertanto, ricomprenderebbe al proprio interno tanto i contratti conclusi tra imprenditori e consumatori - c.d. *business to consumer, B2C* -, quanto i contratti conclusi tra imprenditori - c.d. *business to business, B2B* -. Le norme poste per le due categorie avrebbero in comune la regolazione dell'attività di impresa e, mediamente, del mercato<sup>204</sup>. Una delle principali problematiche che si pongono in materia, riguarda i rapporti tra le discipline corrispondenti alle suddette categorie. In particolare, ci si domanda se queste possano essere considerate alla stregua di un unico paradigma contrattuale<sup>205</sup>, di modo che la disciplina prevista per il consumatore possa estendersi all'imprenditore in condizioni di minore forza rispetto alla controparte. In alternativa – come parrebbe più corretto – dovrebbe escludersi ogni interferenza, in considerazione del fatto che ciascuna disciplina fronteggia situazioni

---

<sup>204</sup> E. GABRIELLI, *Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato: i contraenti*, op. cit. Sull'opportunità di considerare i contratti d'impresa come categoria, A. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. IX, pp. 1-10. Parla, invece, di "contratti del mercato", all'interno dei quali distinguere tra contratti tra imprenditori e consumatori, da un lato, e contratti tra imprenditori *inter se*, dall'altro, G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 842.

<sup>205</sup> Si veda V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, op. cit., p. 679 ss., il quale parla, in proposito, di "contratti asimmetrici", intendendo tale formula comprensiva di "tutti i contratti in cui si fronteggino due soggetti di mercato caratterizzati da una significativa asimmetria di potere contrattuale... La categoria ... copre tutti i contratti che si presentino colpiti da fattori di *market failure*".

molto diverse e, di conseguenza, offre soluzioni differenti a distinti problemi economici e di mercato.

La disciplina delle clausole vessatorie è stata oggetto di dubbi di legittimità costituzionale nella misura in cui essa non si applica a soggetti agenti per scopi imprenditoriali e ad enti che si trovino nella medesima situazione di "debolezza" delle persone fisiche agenti per scopi non imprenditoriali<sup>206</sup>. La questione di legittimità, è così approdata per due volte innanzi alla Corte Costituzionale. Nel primo caso la Corte non è entrata nel merito della questione<sup>207</sup>. In seguito, nuovamente interpellata, essa ha rigettato la domanda, ritenendo ragionevole la scelta del legislatore di limitare la tutela alle persone fisiche che agiscono per fini estranei all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta. La decisione della Corte si basa su due motivi. In primo luogo, essa sottolinea come il legislatore italiano, nel recepire la Direttiva 93/13, si sia conformato alle scelte effettuate dagli altri Paesi membri dell'Unione, garantendo in tal modo una semplificazione dei rapporti giuridici tra i cittadini dei diversi Stati aderenti. La Corte ha ritenuto questo primo motivo "di per sé sola un'idonea ragione di politica legislativa a sostegno della

---

<sup>206</sup> Principalmente si è ritenuta la violazione dell'art. 3 Cost., derivante dal supposto trattamento dissimile di situazioni ritenute analoghe.

<sup>207</sup> Giudice di Pace dell'Aquila, ord. 3 novembre 1997, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2341 ss., con nota di L. GATT, *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie*, che ha sollevato una questione di legittimità costituzionale della disciplina nella parte in cui non estende la sua applicazione alle persone giuridiche e ai soggetti agenti per scopi imprenditoriali ma versanti in eguale situazione di debolezza contrattuale, cui ha risposto, senza tuttavia entrare nel merito della questione, Corte Cost., ord. 30 giugno 1999, n. 282, *Foro it.*, 1999, I, p. 3118 ss., con nota di A. PALMIERI, *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*.

scelta di restringere la nozione di consumatore". Ma un'ulteriore ragione sta nel fatto che "la finalità della norma è proprio quella di tutelare i soggetti che secondo l'*id quod plerumque accidit* sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare; onde la logica conseguenza dell'esclusione dalla disciplina in esame di categorie di soggetti – quali quelle dei professionisti, dei piccoli imprenditori, degli artigiani – che proprio per l'attività abitualmente svolta hanno cognizioni idonee per contrattare su un piano di parità"<sup>208</sup>. La Corte Costituzionale insiste sulla mancanza di necessaria "competenza per negoziare" in capo ai soggetti tutelati e sulla presenza di "cognizioni idonee" in capo ai soggetti che, invece, - ragionevolmente, a detta della Corte – sono esclusi dalla tutela, cioè i piccoli imprenditori, i professionisti e gli artigiani. Pertanto, la Corte sembra abbracciare la tesi la *ratio* della disciplina sui consumatori, consisterebbe nella esigenza di rimuovere un *deficit* informativo presente, in base a dati di esperienza, in quel particolare ambito di contrattazione e di mercato che è identificato nel consumo.

La sentenza della Corte ha sollevato in dottrina un acceso dibattito, nel quale, con diverse motivazioni, alcuni autori si sono schierati a favore<sup>209</sup> ed altri contro la decisione<sup>210</sup>.

---

<sup>208</sup> La questione era stata sollevata da Giudice di Pace di Sanremo, ord. 5 luglio 2001, in *Giur. merito*, 2002, p. 649; la decisione è Corte Cost. 22 novembre 2002, n. 469, in *Foro it.*, 2003, I, p. 332 con note di A. PALMIERI, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte Costituzionale*, e di A. PLAIA, *op. cit.*

<sup>209</sup> Si veda L. DELLI PRISCOLI, «Consumatore», «imprenditore debole» e principio di uguaglianza, in *Contr. Impr. Eur.*, 2003, p. 749 ss.

<sup>210</sup> Si vedano R. CALVO, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2003, p. 715 ss.; G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto, op. cit.*, p. 23.

In particolare, chi<sup>211</sup> avversa la scelta del legislatore e la difesa che ne fa la Corte, ritiene “infeconda” l’idea secondo cui il controllo sul contenuto del contratto debba trovare esclusiva applicazione nell’ambito del diritto dei consumi. Tale dottrina ritiene innaturale la normazione per *status* e rimane decisamente contraria rispetto alla possibilità che un imprenditore/professionista - considerato “debole” all’interno di un rapporto contrattuale con altro imprenditore/professionista – non trovi la medesima protezione accordata al contraente consumatore. In questo modo, si sostiene, si lascerebbero privi di protezione l’imprenditore ed il professionista “deboli”, i quali, al di fuori dei casi previsti dagli artt. 9 della legge sulla subfornitura e 7 della legge sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, si troverebbero nell’impossibilità di far fronte al “prepotere contrattuale” di controparte. Così, viene valutata negativamente la stessa scelta di estrapolare il diritto dei consumi dal *corpus* del Codice civile, in quanto questa operazione accentuerebbe la tendenza alla soggettivizzazione di tale disciplina, col risultato di rendere ancora più difficile far rientrare nella tutela il contraente che sia considerato semplicemente debole, senza che debba far parte di una precisa categoria socioeconomica. Diversamente, si ritiene, si finirebbe col disciplinare in modo differente situazioni di fatto caratterizzate dalla medesima condizione di debolezza, andando, così, contro il principio costituzionale di eguaglianza sostanziale. Ragion

---

<sup>211</sup> Si veda R. CALVO, *Il Codice del consumo tra «consolidazione» di leggi e autonomia privata*, in *Contratto e impresa / Europa*, n. 1/2006, p. 82 ss.

per cui, detta dottrina sostiene che la soluzione preferibile sarebbe quella di combattere l'abuso di autonomia privata nella contrattazione senza distinguere tra carattere civile o commerciale della stessa.

Se si ritiene che la debolezza che la disciplina sui contratti dei consumatori tende a rimuovere sia di tipo informativo, è evidente che non sussistono le medesime ragioni di tutela nei confronti di soggetti - come, ad esempio, gli imprenditori in rapporti di subfornitura o di distribuzione - che non sono "meno competenti" rispetto alla controparte imprenditoriale. In realtà, questi ultimi soggetti possono trovarsi rispetto a detta controparte in una differente condizione di debolezza. Quest'ultima è, per lo più, di carattere economico, e può anche esplicitarsi nella incapacità di negoziare il regolamento contrattuale<sup>212</sup>. Pertanto, pare ragionevole che tali fattispecie siano considerate dal legislatore in via autonoma rispetto ai contratti dei consumatori. Ed in effetti sia il legislatore comunitario che quello interno hanno perseguito questa logica - si pensi alla legge sulla subfornitura e soprattutto, al suo interno, al divieto di abuso di dipendenza economica, specie se ritenuto applicabile a tutti i rapporti tra imprese; a quella sui ritardi nei pagamenti commerciali, e da ultimo alla disciplina sul *franchising* di cui alla recente legge n. 129

---

<sup>212</sup> Si veda L. DELLI PRISCOLI, «Consumatore», «imprenditore debole» e principio di uguaglianza, *op. cit.*, P. 766, il quale ritiene che "il differente trattamento riservato a imprenditore debole e consumatore si giustifica perché un sistema economico basato sul principio del libero mercato e della concorrenza non può tollerare un imprenditore che non abbia la competenza necessaria per negoziare e per rendersi conto della convenienza o meno di un affare ... L'imprenditore troverà protezione solo nell'ipotesi in cui egli sia effettivamente meritevole di tutela in quanto non abbia la possibilità di effettuare una scelta negoziale realmente autonoma: è il caso della dipendenza economica".



del 6 maggio 2004 -. Questo perché dette fattispecie sono caratterizzate da una distinta situazione di "debolezza", e di conseguenza, possono richiedere una diversa forma di tutela. Così, si prediligono norme imperative che incidono direttamente sull'autonomia negoziale, limitandola, anziché – come invece avviene per i contratti dei consumatori – disposizioni imperative volte a rimuovere il *deficit* informativo, salvaguardando in tal modo, per quanto possibile l'autonomia negoziale dei privati. Emerge pertanto, dalla discussione sulla possibilità di estendere a soggetti agenti per scopi<sup>213</sup> imprenditoriali la protezione accordata ai consumatori, la diversità di problemi posti dalla due categorie di contratti, quella dei contratti dei consumatori e quella dei contratti tra imprese, che fanno sostenere l'impossibilità di una sovrapposizione tra le relative discipline e l'opportunità di una distinta considerazione da parte del legislatore. D'altra parte, restando alla lettera della Direttiva 93/13, ci si avvede, non a caso, che mentre il legislatore comunitario lascia agli Stati membri la facoltà di porre in essere forme di tutela anche più incisive a favore del consumatore<sup>214</sup>, nulla dice sulla possibilità di estendere la tutela anche dal punto di vista dei soggetti. Inoltre, la necessità di una "adeguata distinzione tra i contratti di tipo B2B e quelli di tipo B2C" è definita "di cruciale importanza" dalla Commissione europea nella *Prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di*

---

<sup>213</sup> Si osserva, tuttavia, come, paradossalmente, la disciplina posta a tutela degli imprenditori "deboli" sia più incisiva rispetto a quella prevista per i consumatori.

<sup>214</sup> Art. 8, Dir. 93/13.

*revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*<sup>215</sup>, dopo essere stata invitata dal Parlamento "a distinguere, ove necessario, tra le disposizioni giuridiche applicabili alle operazioni tra imprese e quelle applicabili alle operazioni tra imprese e consumatori e separare sistematicamente i due settori".

In dottrina<sup>216</sup>, poi, si è ragionato, nel quadro complessivo di un allontanamento dal contratto in generale, così come consacrato nel codice civile, della presunta esistenza di un "contratto asimmetrico", anche qui con la conseguenza di estensione all'imprenditore "debole" della tutela predisposta a favore del consumatore. L'Autore ritiene che, a cavallo tra il secolo scorso e questo, l'attività insieme del legislatore comunitario e di quello domestico abbia dato vita ad un "nuovo paradigma contrattuale", da intendersi quale *modello di contratto governato da un insieme di regole che diverge in modo significativo dalla disciplina del contratto "in genere" consegnataci dagli artt. 1321 e segg. cod. civ.*<sup>217</sup>. Ponendosi l'interrogativo su quale sia *l'area delle relazioni socio-economiche cui si dirige la policy normativa di tutela*<sup>218</sup> di cui tale paradigma è espressione, egli esclude che questa possa esaurirsi con la categoria dei contratti del consumatore e propende per un ambito più esteso, riferendosi, in questo senso, alla categoria dei "contratti asimmetrici". Secondo l'Autore, tali contratti sarebbero caratterizzati, in generale, *da una*

---

<sup>215</sup> (P6\_TA (2006)0109).

<sup>216</sup> V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, *op. cit.*, p. 679 ss.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 680.

<sup>218</sup> *Ibidem*, p. 682.

*significativa asimmetria di potere contrattuale*<sup>219</sup> tra i contraenti, con l'ulteriore caratteristica comune di presentarsi *colpiti da fattori di market failures*. In particolare, tra gli indici normativi che l'Autore porta a sostegno della propria tesi, cita, per quanto riguarda la legislazione europea, la Direttiva n. 2000/35 sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Il testo del d. lgs 9 ottobre 2002, n. 231 - attuativo della direttiva 2000/35/CE -, dopo avere escluso all'art. 3 l'obbligo del pagamento degli interessi moratori a carico del debitore solo se questi provi che "il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile", all'art. 7 prevede, al primo comma, che "l'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento, è nullo se, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente iniquo in danno del creditore" ed al terzo comma aggiunge che "il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo." La tutela dell'"interesse" della parte non è affidata al giudice solo a seguito di una specifica istanza. La previsione della nullità di accordi

---

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 683.

che "risultino" gravemente iniqui e della possibilità che il giudice possa rilevare anche d'ufficio la nullità, costruiscono sostanzialmente una tutela sulla quale neanche la stessa parte ha possibilità di incidere<sup>220</sup>.

Come primo dato, si può rilevare, da una lettura della Direttiva, che il legislatore comunitario evita accuratamente sovrapposizioni tra i diversi ambiti di tutela. Infatti, quasi a voler segnare un distacco rispetto all'area dei contratti col consumatore, chiarisce come la Direttiva in parola non disciplini detti contratti<sup>221</sup>.

Peraltro, detta normativa si occupa di un aspetto secondario<sup>222</sup> della contrattazione tra imprese. Infatti, la Direttiva 2000/35, nel porsi come obiettivo quello di risolvere il problema dei ritardi di pagamento<sup>223</sup>, non individua di certo, alla stregua di quanto accade per i contratti del consumatore, un rapporto contrattuale in cui una delle parti essendo affetta da deficit informativo, deve essere tutelata perché non vada soggetta ad abusi di potere contrattuale.

Se pure è vero che le imprese di piccole e medie dimensioni vengono indicate<sup>224</sup> come quelle maggiormente esposte alle conseguenze derivanti da detti ritardi, queste non vengono individuate come una categoria da tutelare, né sono considerate le esclusive destinatarie degli effetti positivi della Direttiva<sup>225</sup>.

---

<sup>220</sup> E qui si riscontra un'analogia con la disposizione di cui all'art. 36 C. cons.

<sup>221</sup> *Considerando* n. 13.

<sup>222</sup> G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, *Op. cit.*, p. 41.

<sup>223</sup> *Considerando* n. 1.

<sup>224</sup> *Considerando* n. 7.

<sup>225</sup> Nel *considerando* n. 19 si legge che "La presente direttiva dovrebbe proibire l'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore." La norma, pertanto, guarda semplicemente, come parte da tutelare, all'impresa creditrice, senza

Quest'ultima, invece, trova la propria ragion d'essere nel fatto che "i ritardi di pagamento rappresentano un intralcio sempre più grave per il successo del mercato unico"<sup>226</sup>, anche a causa delle differenze esistenti tra stati membri con riguardo ai termini contrattuali di pagamento e alle prassi seguite<sup>227</sup>; e in particolare ci si preoccupa delle distorsioni che potrebbero derivare alla concorrenza in caso di applicazione di norme sui termini diverse a seconda che si tratti di operazioni interne ovvero transfrontaliere<sup>228</sup>.

Si tratta, pertanto, di una normativa che regola esclusivamente un particolare aspetto della contrattazione *B2B* e che non persegue in alcun modo finalità di tutela per categorie. Se la disciplina si estendesse a tutelare altri aspetti del contratto, si avrebbe una limitazione importante dell'autonomia contrattuale mal tollerabile in un ambito, quello della contrattazione tra imprese, in cui, una volta fissate le regole del gioco, dovrebbe vigere la più ampia libertà. Probabilmente, l'unico vero punto in comune tra questa Direttiva e il paradigma del "secondo contratto" sta nella comune finalità di garantire un regime di concorrenza nel mercato interno. Peraltro, con riguardo alle interferenze di detta norma col principio di autonomia contrattuale, si potrebbe scorgere nell'art. 7 una norma di salvaguardia di tale principio. Infatti, nel fare riferimento in

---

individuare particolari categorie colpite da "debolezza". F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, op. cit., p. 700, ha osservato come del regime posto dalla norma in esame possano beneficiare anche le imprese della grande distribuzione.

<sup>226</sup> Considerando n. 5.

<sup>227</sup> Considerando nn. 8 e 9.

<sup>228</sup> Considerando n. 10.

particolare ai parametri della *corretta prassi commerciale* e *alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto* ai fini della valutazione della grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento o sulle conseguenze del ritardo, sembra voler fare in modo che tali pattuizioni si svolgano secondo le normali condizioni del mercato di riferimento. Tale condizione implicherebbe che non possano aversi clausole "anomale" e particolarmente svantaggiose in danno ad una parte, clausole che sarebbero espressione di un abuso di autonomia contrattuale.

Ma in tempi ancora più recenti, è emerso in dottrina<sup>229</sup> il dibattito circa l'esistenza dell'area c.d. del "terzo contratto"<sup>230</sup>, volendo indicare con tale espressione la presunta esistenza di un paradigma normativo che, non inquadrandosi in quello di diritto comune, né potendo essere assimilato al contratto col consumatore, disciplini quei contratti tra imprese che debbono ritenersi caratterizzati da asimmetrie di potere economico-contrattuale. Si tratterebbe, dunque, di una "terra di mezzo"<sup>231</sup> nella quale andrebbero a confluire quei contratti che, essendo conclusi tra imprenditori/professionisti, non possono essere fatti rientrare nell'area dei contratti del consumatore, ma che, si ritiene, non si inquadrino agevolmente nel paradigma del contratto di diritto

---

<sup>229</sup> Si vedano: il volume *Il terzo contratto*, *op. cit.*; V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, *op. cit.*

<sup>230</sup> Espressione la cui paternità è attribuita a R. PARDOLESI, che ne fa uso nella prefazione a G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, XIII.

<sup>231</sup> G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, *op. cit.*, p. 13.

comune. Ciò che renderebbe omogenea la suddetta categoria consisterebbe nella asimmetria di potere contrattuale tra le parti, pur rientrando entrambe nella definizione di impresa; situazione può essere sinteticamente riassunta nella formula "B2b"<sup>232</sup>, ad indicare con la lettera minuscola il contraente versante in condizioni di debolezza, e, dunque, con un potere contrattuale inferiore.

Sostanzialmente, si tratta di capire se i cosiddetti contratti "B2b" possano essere attratti nel paradigma dei contratti B2C, estendendone, di conseguenza, la portata applicativa; se, invece, costituiscano un ulteriore – "terzo" – paradigma contrattuale; o se si tratti, comunque, di accordi ascrivibili al contratto di diritto comune.

Si è già visto<sup>233</sup> come il dato letterale della normativa comunitaria ed interna non lasci spazio ad una tutela unitaria di consumatore ed "imprenditore debole", e si è visto, altresì, come la Corte costituzionale italiana si sia espressa in merito.

Resta da vedere se si possa ritenere effettivamente sussistente un "terzo contratto", dalla disciplina autonoma tanto rispetto al contratto del consumatore, quanto rispetto a quello di diritto comune.

Gli indici normativi che solitamente si citano a sostegno della tesi che ritiene esistere una tensione degli ordinamenti comunitario ed interno verso la costruzione di siffatta area, sono fondamentalmente: la legge n. 192/1998 sulla subfornitura ed, in particolare, il suo art. 9, relativo all'abuso di dipendenza economica; il d.lgs n. 231/2002 - che ha recepito la Direttiva n. 2000/35 sui ritardi

---

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>233</sup> *Supra*, p. 86 ss.

di pagamento nelle transazioni commerciali -, e in particolare l'art. 7; la disciplina dell'affiliazione commerciale, affidata dal legislatore italiano alla legge n. 129/2004.

Come primo inquadramento, con riguardo ai suddetti indici normativi, è possibile rilevare come uno solo di essi - il d.lgs n. 231/2002 - abbia una matrice comunitaria. Mentre gli altri due sono espressione di normativa interna non derivata, anche se il concetto di abuso di dipendenza economica presenta forti punti di contatto con la disciplina della concorrenza<sup>234</sup>. Pertanto un primo dato, ossia la provenienza della sola normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dal legislatore comunitario, rende abbastanza improbabile attribuire, almeno a quella fonte, la volontà di istituzionalizzare la tutela dell'impresa debole. Inoltre, si è detto come la Direttiva sui ritardi di pagamento si occupi esclusivamente di regolare un particolare aspetto della contrattazione tra imprese<sup>235</sup>. Dato che non può far propendere a considerare detta norma come indice della volontà di porre in essere uno "statuto ordinario" dei rapporti contrattuali tra imprese fondato sul "presupposto generale"

---

<sup>234</sup> Se, infatti, Stati membri quali Francia e Germania hanno affidato alle proprie leggi *antitrust* il divieto di abuso di dipendenza economica, l'ordinamento italiano, qui in controtendenza, affida la relativa disciplina ad un articolo – il 9 – inserito nella legge sulla subfornitura. In realtà, tale decisione non è stata tanto pacifica. Infatti, in un primo tempo se ne è esclusa l'introduzione nella legge generale *antitrust* - n. 287/90 -, ma in seguito la legge n. 57/2001 ha modificato l'art. 9 della legge n. 192/98, con l'aggiunta del comma 3-*bis*, attribuendo all'Autorità garante per la concorrenza la competenza ad intervenire sugli abusi di dipendenza economica che riguardino parti rilevanti del mercato. Sul tema, G. VILLA, *Invaldità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto, op. cit.*, p. 118 ss., il quale ritiene "impropria" la sede in cui si è collocato il divieto di abuso di dipendenza economica, anche agli effetti interpretativi sul relativo ambito di applicazione.

<sup>235</sup> *Supra*, p. 100.



di una situazione di debolezza gravante su una delle imprese contraenti<sup>236</sup>.

Un altro indice normativo che si usa ricondurre all'area del terzo contratto è l'art. 9<sup>237</sup> della legge che nell'ordinamento italiano disciplina la subfornitura. La legge n. 128/98, come si è detto<sup>238</sup>, è portatrice di una normativa non derivata dal legislatore europeo, essendosi le istituzioni comunitarie, ad oggi, limitate a produrre sulla materia in oggetto documenti non cogenti, quali comunicazioni e relazioni.

La legge sulla subfornitura è un prodotto del legislatore interno, sollecitato, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, dalle associazioni di piccole e medie imprese che invocavano un intervento giuridico volto a sanzionare gli abusi di potere contrattuale da parte dei committenti lamentati dai subfornitori ad essi legati da contratti di

---

<sup>236</sup> Si veda G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 41, spec. nota 8.

<sup>237</sup> Art. 9. Abuso di dipendenza economica - 1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. 2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. 3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni. 3-bis. Ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso.

<sup>238</sup> *Supra* p. 21, nota 52.

subfornitura industriale<sup>239</sup>.

Con riguardo alla parte che qui più interessa, ossia il divieto di abuso di dipendenza economica, è stato osservato<sup>240</sup> come il comportamento abusivo dell'impresa in posizione di dominanza si sposti su una fase successiva alla conclusione del contratto. Così, nonostante una relazione contrattuale instaurata in condizioni "normali", il rischio consisterebbe nel sopraggiungere, in fase di esecuzione, di una situazione di dipendenza economica in capo ad uno dei due contraenti, situazione di cui il contraente "dominante" potrebbe decidere di approfittare al fine appropriarsi di un margine di utile che, in base alle pattuizioni contrattuali, sarebbe stato di spettanza della controparte. È evidente che non è il formarsi di una posizione di dominio a fronte di una di dipendenza ad essere sanzionato dalla norma. Infatti, ciò che è vietato è l'abuso di quella posizione, che potrebbe concretarsi, a titolo esemplificativo, nel "rifiuto di vendere e di comprare" o nella "interruzione arbitraria delle relazioni contrattuali in atto", e quindi nel rifiuto unilaterale di proseguire la relazione contrattuale secondo le clausole originariamente pattuite. A questo proposito, si è osservato<sup>241</sup> come tale disposizione conseguirebbe il risultato di salvare l'autonomia contrattuale, piuttosto che limitarla, in quanto non farebbe altro che

---

<sup>239</sup> R. CASO, *Luci ed ombre della legge sull'abuso di dipendenza economica e sulla subfornitura industriale*, in [http://www.jus.unitn.it/users/caso/pubblicazioni/subfornitura/art/Caso\\_Abuso\\_dip\\_econo\\_Subfornitura.pdf](http://www.jus.unitn.it/users/caso/pubblicazioni/subfornitura/art/Caso_Abuso_dip_econo_Subfornitura.pdf), p. 4.

<sup>240</sup> G. D'AMICO, *cit.*, p. 60 ss.

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 67.

preservare le regole che le parti, in virtù di quel principio, si erano originariamente date, imponendo il rispetto di quelle stesse regole.

Tale osservazione pare senz'altro da condividere nel caso in cui l'abuso di dipendenza economica sia perpetrato al fine di modificare le pattuizioni originarie per ottenere un margine di utilità ingiustificato. Ma si dia il caso di un'impresa che, essendosi venuta a trovare in posizione di dominanza rispetto alla propria contraente, ne approfitti per porre in atto il rifiuto di proseguire le relazioni contrattuali intercorrenti con quella. Le ragioni che potrebbero determinare un simile comportamento sono molteplici<sup>242</sup> e tra queste potrebbe anche esserci una situazione economica difficile per l'impresa dominante che potrebbe aggravarsi con la prosecuzione di quel rapporto contrattuale, o anche, semplicemente la valutazione di inopportunità della prosecuzione di quel rapporto che, magari, si è rivelato poco proficuo. Certamente, non si può negare tutela all'impresa in situazione di dipendenza che abbia effettuato degli investimenti specifici in conseguenza di quel rapporto contrattuale. Ma probabilmente occorrerebbe domandarsi se il modo migliore di accordare quella tutela sia sanzionare con la nullità il patto imposto dall'impresa dominante. Infatti, così facendo, si inciderebbe sensibilmente sulla libertà di effettuare valutazioni di convenienza degli affari in vista dell'ottenimento dei migliori margini di profitto, che è essenziale all'attività di impresa. Laddove, altri strumenti, come

---

<sup>242</sup> Si veda anche A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in [http://judicium.it/news/ins\\_05\\_03\\_08/zoppini%20nuovi%20saggi.pdf](http://judicium.it/news/ins_05_03_08/zoppini%20nuovi%20saggi.pdf), p. 21.

ad esempio il risarcimento dei danni subiti dall'impresa dipendente in mancanza di prosecuzione dell'accordo, garantirebbero la tutela di che subisce il (presunto) abuso, evitando, al contempo, di tenere l'altra parte legata ad un contratto che non ritiene più conveniente<sup>243</sup>.

Anche con riguardo alla disciplina in esame, non pare si possa parlare di un dato normativo indicativo dell'esistenza del paradigma del terzo contratto. La norma, infatti, si limita a disciplinare una situazione particolare che si può venire a creare tra due imprese legate da un rapporto contrattuale, senza che per questo vengano individuati né siano individuabili a priori rapporti di forza contrattuale definiti, e senza, tra l'altro, che detta situazione debba necessariamente ricadere sotto quella disciplina, dal momento che questa non è operativa in mancanza del riscontro di un abuso. D'altra parte, la scarsità di pronunce giurisprudenziali basate sulla legge n. 192/98 può essere visto come un indice del modesto impatto della norma<sup>244</sup> e, forse, dell'inadeguatezza a risolvere le problematiche per le quali era stata concepita.

Passando, infine, alla legge n. 129/204 sull'affiliazione commerciale, va detto che, anch'essa è frutto dell'attività del

---

<sup>243</sup> Si rileva, però, come in dottrina sussistano opinioni negative in merito alla bontà del rimedio risarcitorio. Anche se con riguardo alla diversa tematica dei contratti conclusi a valle di intese anticoncorrenziali, si vedano, in proposito, C. CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*, *op. cit.*; ID. *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, n. 5/2004, p. 469 ss.; A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 937. Di opinione contraria, A. NERVI, *La difficile integrazione fra diritto civile e diritto della concorrenza*, *op. cit.*

<sup>244</sup> Si veda R. CASO, *op. cit.*, p. 3.

legislatore interno. Si tratta di norma che disciplina i peculiari rapporti di integrazione che si vengono a stabilire tra determinate imprese<sup>245</sup>.

La legge in parola pone una serie di obblighi informativi, cd. di *disclosure*, a carico dell'affiliante e stabilisce una serie di obblighi precontrattuali e di comportamento da osservarsi da entrambe le parti. Ma il dato che induce ad annoverare la norma tra quelle "protettive" di un contraente, è il terzo comma dell'art. 3, laddove si legge che l'affiliante è tenuto a garantire all'affiliato, qualora contratto sia a tempo determinato, una durata minima dello stesso, tale da consentire l'ammortamento dell'investimento, e comunque non inferiore a tre anni. Effettivamente, è indiscutibile che tale disciplina individui il contraente – l'affiliato - a tutela del quale essa è preposta. D'altra parte è evidente che, anche qui, ad essere disciplinato è un peculiare aspetto di un particolare tipo di contrattazione tra imprese – l'affiliazione commerciale -. Ulteriore dato, questo, che farebbe propendere per la mancanza o l'insufficienza di indici normativi concreti a favore dell'individuazione del terzo contratto quale paradigma autonomo.

Con riguardo all'incidenza sull'autonomia contrattuale dell'art. 3, c. 3 l. 129/2004, la norma pare incidere sulla libera determinazione della durata del contratto, in quanto stabilisce una soglia minima obbligatoria. Ma anche qui si potrebbe intravedere una finalità in sintonia col buon funzionamento del mercato. Infatti, garantendo gli aspiranti affiliati contro bruschi ripensamenti degli affilianti e, di

---

<sup>245</sup> G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 41.

conseguenza, contro il rischio di trovarsi ad aver affrontato invano degli investimenti, si potrebbe comunque ottenere il risultato di incoraggiare questo genere di contrattazione e l'attività commerciale che ne consegue. Va segnalato, ad ogni modo, come la disposizione in parola non trovi un'espressa sanzione in caso di violazione. Per questo si è parlato<sup>246</sup>, in proposito, di una ipotesi di nullità virtuale, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.

---

<sup>246</sup> G. VILLA, *op. cit.*, p. 113.

## POSTILLA FINALE

### Brevi cenni sulle problematiche derivanti dalla disciplina della concorrenza

A conclusione della presente disamina, e senza pretesa di esaustività, si intende accennare brevemente ad un ulteriore argomento. L'analisi dei limiti posti all'esercizio dell'autonomia contrattuale dal diritto di fonte comunitaria trova, infatti, un importante oggetto nelle norme – gli articoli da 81 ad 86 - del Trattato CE che regolano il diritto della concorrenza<sup>247</sup>.

Il principio del mercato libero e concorrenziale costituisce uno dei pilastri fondamentali<sup>248</sup> dell'ordinamento comunitario. Infatti, il Trattato CE, oltre a dedicare alla politica della concorrenza le disposizioni succitate, elenca tra gli obiettivi della Comunità<sup>249</sup> "...l'instaurazione di un mercato comune..., un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici..." e, a tal fine, prevede azioni tese "a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno"<sup>250</sup>.

---

<sup>247</sup> Come è noto, gli Stati membri si sono dotati di una propria legislazione *antitrust*. Lo Stato italiano, come rileva G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, p. 46, fu tra gli ultimi a provvedere in questo senso, con l'adozione della legge n. 287 del 1990, in prossimità ed in funzione del completamento del mercato unico, allora previsto per il 1992. Si rileva, peraltro, come detta legge ricalchi quasi pedissequamente il contenuto delle disposizioni del Trattato CE.

<sup>248</sup> Sul concetto di mercato come ordine artificiale posto da norme giuridiche in conseguenza di scelte di politica economica, si veda N. IRTI, *op. cit.*, pp. 3-57.

<sup>249</sup> Art. 2 TCE.

<sup>250</sup> Art. 3, lett. g) TCE.

Più precisamente, il diritto della concorrenza ha rivestito, in origine, un ruolo “ancillare rispetto all’integrazione del mercato”<sup>251</sup> ed, inoltre, si è visto a lungo limitato dal prevalere di istanze che rendevano utilizzabili, per l’attuazione di altre politiche comunitarie – segnatamente, quella industriale e quella agricola – strumenti spesso incompatibili con la concorrenza stessa<sup>252</sup>. È solo agli inizi degli anni novanta, con l’entrata in vigore del Trattato di Maastricht, che la concorrenza assurge a “principio fondamentale a sé stante”<sup>253</sup> dell’ordinamento comunitario. Pertanto, oggi, si ravvisa nell’assetto concorrenziale l’elemento caratterizzante la costituzione economica – se così la si può definire<sup>254</sup> – dell’ordinamento comunitario.

Il Trattato CE non fornisce una definizione di concorrenza, ma generalmente le norme che ne garantiscono la salvaguardia vengono interpretate facendo ricorso al concetto economico di “potere di mercato”, inteso come capacità di un’impresa o di un gruppo di imprese di elevare il prezzo di un prodotto diminuendone l’offerta<sup>255</sup>. Di conseguenza, un mercato concorrenziale è quello in cui non sono presenti soggetti – imprese - che vi esercitano un potere di

---

<sup>251</sup> G. AMATO, *Il potere e l’antitrust*, *Op. cit.*, p. 46.

<sup>252</sup> *Ibidem*.

<sup>253</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>254</sup> In effetti, come osserva N. IRTI, *op. cit.*, p. 25, parrebbe più opportuno, con riguardo all’ordinamento comunitario, parlare, piuttosto che di costituzione economica, di “decisione di sistema”. L’Autore rileva, infatti, come detta decisione non possa considerarsi “costituzionale”, in quanto “non adottata nell’esercizio di potere costituente”. Altra dottrina, definisce, invece, “regole costituzionali” quelle che costituiscono il diritto comunitario della concorrenza, C. OSTI, *Contratto e concorrenza*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2006, vol. VI, p. 637; si segnala, tuttavia, in questo caso l’uso del corsivo in riferimento al termine “costituzionali”.

<sup>255</sup> C. OSTI, *op. cit.*, p. 638.



mercato<sup>256</sup>. Le norme del Titolo VI del Trattato CE hanno, pertanto, come obiettivo, quello di impedire il verificarsi di tutti quei comportamenti ritenuti indice dell'esercizio del potere di mercato. Così, la disposizione che, in particolare, sanziona le condotte "che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza"<sup>257</sup>, ha l'obiettivo di impedire che detto potere di mercato venga a crearsi, rafforzarsi o consolidarsi<sup>258</sup>.

È, tuttavia, da rilevare come il diritto della concorrenza solo in tempi recenti abbia "cominciato a generare nella sua concreta applicazione ai rapporti contrattuali ... problemi tipici ... di ogni rapporto obbligatorio"<sup>259</sup>. Infatti, oltre a determinare incongruenze rispetto alla costituzione economica disegnata dal costituente italiano, la normativa in questione apre alcune problematiche relative alle sanzioni previste in caso di accordi lesivi delle norme sulla concorrenza, ed incide, altresì, sul principio di autonomia contrattuale.

Pertanto, possono essere presi in considerazione diversi ordini di problemi sollevati dall'introduzione del principio di concorrenza nell'ordinamento interno: il primo attiene al regime dei rimedi collegato alla violazione delle norme sulla concorrenza; il secondo riguarda la possibile compressione del principio di autonomia contrattuale ad opera delle suddette norme; l'ultimo concerne la

---

<sup>256</sup> *Ibidem*.

<sup>257</sup> Art. 81 Trattato CE.

<sup>258</sup> C. OSTI, *cit.*

<sup>259</sup> C. OSTI, *op. cit.*, p. 637.

dubbia compatibilità del sistema scelto dall'ordinamento comunitario con quello delineato dalla Costituzione italiana.

L'aspetto che riguarda più da vicino la presente trattazione è quello per cui il diritto della concorrenza interseca il diritto contrattuale e, più precisamente, l'ambito dei contratti conclusi tra imprese. Posto che, in ogni caso, i soggetti destinatari del diritto antitrust sono, per l'appunto, le imprese, sono queste ultime a dover tenere condotte tali da non pregiudicare il gioco della concorrenza. Dette condotte possono essere di varia tipologia, ma nell'art. 81 del Trattato CE – ripreso dall'art. 2 della l. 287/90 – si rinvengono quelle maggiormente rilevanti per il diritto contrattuale. La summenzionata norma vieta tutti gli accordi, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e abbiano per oggetto e per effetto di impedire restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune, sanzionando con la nullità gli accordi e le decisioni vietati.

Non tutte le fattispecie previste dall'art. 81 possono considerarsi *stricto sensu* contrattuali. Ad esse spesso ci si riferisce indicandole in maniera unitaria col termine "intese". Detto termine è stato interpretato dalla Corte di giustizia come "contatti diretti o indiretti aventi lo scopo di influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente effettivo o potenziale, ovvero di rivelare ad un concorrente il comportamento che l'interessato ha deciso o prevede di tenere egli stesso sul mercato"<sup>260</sup>. È chiaro, pertanto,

---

<sup>260</sup> *Suiker Unie e aa c. Commissione*, cause riunite 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, in *Raccolta*, 1975, p. 1663, punto 174.

come non tutte le fattispecie costituenti intese siano contratti, anche se un contratto giuridicamente vincolante può certamente integrare la fattispecie dell'intesa<sup>261</sup>. L'attenzione, a questo punto, si concentra sulla categoria degli accordi – di cui all'art. 81 -. Il termine riporta certamente alla sfera contrattuale ed è senz'altro comprensivo dell'accordo giuridicamente vincolante. Va evidenziato, inoltre, come la categoria in questione ricomprenda al proprio interno anche altre fattispecie, quali *gentlemen's agreements*, lettere di intenti, ipotesi di esecuzione tacita di una proposta o clausola contrattuale ed ogni altra fattispecie che in futuro la prassi potrebbe escogitare per fissare impegni bilaterali o plurilaterali<sup>262</sup>. Dette fattispecie, pur non integrando gli estremi dell'accordo giuridico vincolante alla stregua dell'ordinamento interno, possono essere comunque ricondotte all'ambito negoziale, in quanto fenomeni, per così dire, (para)contrattuali. Tale onnicomprensività si giustifica con l'evidente esigenza di assoggettare al divieto di condotte anticoncorrenziali anche quei rapporti che non rientrino nella nozione di accordo giuridicamente vincolante, e quindi di contratto. La medesima esigenza ha spinto il legislatore comunitario a vietare, oltre agli accordi, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate. Infatti, mentre l'inclusione delle decisioni evita la possibilità per le imprese di eludere il divieto riunendosi in associazioni e facendo in modo che l'accordo assuma la forma di un atto emanante da detta associazione, la previsione delle pratiche

---

<sup>261</sup> C. OSTI, *op. cit.*, p. 646.

<sup>262</sup> A. VANZETTI – V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, p. 557.

concordate permette di ricomprendere tra i comportamenti vietati quelle forme di coordinamento dell'attività delle imprese che, pur non essendo spinte sino alla realizzazione di un vero e proprio accordo, sostituiscano in pratica una consapevole collaborazione tra le imprese stesse ai rischi della concorrenza<sup>263</sup>.

Tuttavia, anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 81 la violazione della concorrenza può cadere su un contratto. Ciò può avvenire sia quando gli abusi di posizione dominante vietati dall'art. 82, si traducano nella stipula di un contratto – lettere c) e d) del secondo comma dell'art. 82 -; sia qualora le concentrazioni – non disciplinate direttamente dal Trattato, ma dal Regolamento 139/2004/CE – vengano realizzate sulla base di operazioni di natura contrattuale<sup>264</sup>.

La sanzione prevista a fronte della conclusione di siffatti accordi consiste nella comminatoria di nullità<sup>265</sup>. La scelta operata in questo senso è conseguenza della considerazione per cui l'art. 81 costituisce una disposizione fondamentale per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno. Tale circostanza ha indotto il legislatore comunitario a prevedere espressamente la nullità di pieno diritto degli accordi (e delle intese in generale) vietati, trattandosi nel caso dell'art. 81 di norma di ordine pubblico<sup>266</sup>.

---

<sup>263</sup> C. OSTI, *op. cit.*, pp. 646-647.

<sup>264</sup> A. VANZETTI – V. DI CATALDO, *op. cit.*, p. 608.

<sup>265</sup> La nullità è prevista tanto dall'art. 81 del Trattato CE quanto dall'art. 2 della I. 287/90.

<sup>266</sup> C. OSTI, *op. cit.*, p. 701.

La nullità in parola, che è una nullità-sanzione, è sempre regolata dal diritto dello Stato membro. Si richiamano, pertanto, con riguardo all'ordinamento italiano gli artt. 1418-1424 c.c. È, in linea di massima, riconosciuta la possibilità di applicazione della regola della nullità parziale ex art. 1419 c.c., in quanto l'invalidità colpisce solo le clausole dell'accordo che siano anticoncorrenziali, oltre a quelle che non siano da esse separabili. Si registrano, tuttavia, recenti posizioni secondo cui le restrizioni *gravi* della concorrenza hanno l'effetto di invalidare l'intero contratto<sup>267</sup>.

In merito ai contratti conclusi a valle di intese anticoncorrenziali, e quindi stipulati con terzi da un'impresa parte di un'intesa illecita, si è già detto sopra<sup>268</sup>.

La normativa sulla concorrenza lascia spazio alla possibilità che talune intese, che normalmente sarebbero considerate anticoncorrenziali, non vengano colpite dal relativo divieto. Tale possibilità è contemplata dal comma terzo dell'art. 81, nonché dall'art. 4 della l. 287/90, che prevede che l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, con proprio provvedimento, esoneri dal divieto singole intese o categorie di intese restrittive della concorrenza<sup>269</sup>.

---

<sup>267</sup> C. OSTI, *op. cit.*, p. 703.

<sup>268</sup> Pp. 22-23.

<sup>269</sup> Sebbene la lettera della disposizione comunitaria sia rimasta invariata, la materia è stata riformata ad opera del Regolamento 1/2003. La nuova normativa, eliminando del tutto il sistema delle notifiche preventive, di cui alla previgente procedura, ha operato il passaggio da un regime d'autorizzazione a un'eccezione legale, secondo il quale, qualora le condotte delle imprese soddisfino le condizioni imposte dall'art. 81, c.3, esse potranno ottenere un'eccezione automatica relativamente ai divieti imposti dall'art. 81, c.1. In questo senso l'art. 1, c.2 del Regolamento 1/2003 prevede che " *Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate*

L'esenzione per categorie è direttamente ed automaticamente applicabile a tutte le intese che presentano i caratteri previsti dai singoli regolamenti di esenzione. È inoltre prevista la possibilità di un'esenzione individuale per quelle intese che presentino i requisiti previsti dall'art. 81, c. 3, ma non siano riconducibili ad alcun regolamento di esenzione per categorie. Sia la norma comunitaria che quella italiana subordinano l'esenzione alla contemporanea sussistenza di quattro condizioni. Occorre che l'intesa restrittiva della concorrenza realizzi un miglioramento della produzione o della distribuzione o un incremento di progresso tecnologico. Ancora, l'intesa deve recare vantaggi sostanziali ai consumatori, ad esempio sul piano della riduzione o del mantenimento del livello dei prezzi, o del miglioramento della qualità della rete di distribuzione o dell'incremento della qualità del prodotto. L'intesa non deve creare restrizioni della concorrenza non indispensabili per il raggiungimento dei suddetti fini. Ciò accade quando si accerta che non era possibile realizzare quegli effetti positivi senza che si realizzassero anche gli effetti negativi. Infine, occorre che l'intesa non elimini la concorrenza per una parte sostanziale del mercato, il che rende tanto più facile l'esenzione quanto più ridotta è la quota di mercato detenuta complessivamente dalle imprese partecipanti all'intesa<sup>270</sup>.

---

*di cui all'art. 81, paragrafo 1, del Trattato, che soddisfano le condizioni di cui all'art. 81, paragrafo 3, del Trattato non sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso". In altre parole, non è più necessario interpellare preventivamente la Commissione attraverso una procedura di notifica. Non si ha notizia di provvedimenti di esonero adottati dall'Autorità nazionale, e, comunque, si ritiene che anche la normativa interna debba essere interpretata conformemente a quella comunitaria.*

<sup>270</sup> A. VANZETTI – V. DI CATALDO, *op. cit.*, pp. 570-572.

La disposizione relativa alle esenzioni, di cui all'art. 81, c. 3, va rapportata a quella del primo comma che prevede la nullità. In passato dava adito a problemi la situazione per cui intese, pur nulle ai sensi del primo comma, potessero essere esentate dal divieto ai sensi del terzo comma. Il Regolamento 1/2003/CE, ha risolto il problema, stabilendo che laddove una fattispecie presenti tutti i requisiti per l'applicazione dell'art. 81, c. 3, e meriti, pertanto, un'esenzione, essa sia da considerarsi perfettamente lecita *ab initio*<sup>271</sup>.

Con riguardo al tema dell'autonomia contrattuale, va sottolineato, ed è stato rilevato dalla Corte di Giustizia, come le norme in parola abbiano proprio lo scopo di fare in modo che ogni impresa determini autonomamente la condotta che intende seguire sul mercato. In questo senso la normativa antitrust è tesa a salvaguardare il principio di autonomia, vietando rigorosamente che fra le imprese stesse abbiano luogo quei contatti che abbiano il fine di dar luogo a comportamenti non autodeterminati<sup>272</sup>.

Tuttavia, non può non rilevarsi come per il tramite del divieto imposto alle imprese di concludere contratti che importino condotte giudicate lesive della concorrenza, si faccia luogo ad una limitazione dell'autonomia di dette imprese nell'ambito dei loro rapporti orizzontali. Infatti, con le sole eccezioni rappresentate dalle esenzioni previste dal Trattato o da appositi regolamenti di esenzione, i soggetti imprenditoriali si vedranno limitati nella propria autonomia contrattuale – proprio nella sfera di rapporti in cui tale autonomia

---

<sup>271</sup> C. OSTI, *op. cit.*, pp. 703-704.

<sup>272</sup> C. OSTI, *op. cit.*, p. 644.

dovrebbe godere della massima estensione – ogni qual volta si determinino a concludere accordi il cui contenuto sia connotato da anticoncorrenzialità.

In conclusione, si intende accennare ai problemi di compatibilità tra Costituzione ed ordinamento comunitario in ordine alla scelta del regime concorrenziale. È stato osservato<sup>273</sup> come, tra la scelta operata in ambito economico dalla Costituzione italiana e il regime di mercato concorrenziale delineato dall'ordinamento comunitario, sussista una profonda discrasia, se non una vera e propria contrapposizione. Infatti, se l'art. 41 della Carta costituzionale sancisce la libertà dell'iniziativa economica privata, occorre ricordare che tale libertà fu concepita nel suo significato di libertà dall'interferenza dello Stato nell'ambito dell'esercizio di detta iniziativa. La norma si limita, pertanto, a disciplinare il rapporto – verticale – tra Stato e titolare della libertà d'iniziativa economica, tacendo, invece, sui rapporti – orizzontali – tra i vari titolari di quella libertà. Dunque non vi è spazio per l'opzione concorrenziale, che necessariamente presuppone una considerazione dei rapporti a livello orizzontale, avendo la disciplina della concorrenza come destinatari i soggetti che stanno nel mercato, esercitandovi l'attività d'impresa. Peraltro, il terzo comma dello stesso articolo, nell'affidare alla legge il compito di determinare i programmi e i controlli finalizzati all'indirizzo dell'attività economica a fini sociali, esprime una scelta di indubbia impronta dirigistica. Ed è qui che si rinviene il profondo contrasto con

---

<sup>273</sup> N. IRTI, *op. cit.*, pp. 17-30.



la "decisione di sistema" comunitaria, incentrata sulla libera concorrenza all'interno di un mercato senza frontiere<sup>274</sup>. Com'è noto, il principio della concorrenza ha fatto il proprio ingresso nell'ordinamento interno per mezzo di un ordine di esecuzione dato con legge ordinaria, ossia la legge di autorizzazione alla ratifica. Pertanto, detto principio, da un punto di vista formale, risulterebbe gerarchicamente inferiore rispetto alla disposizione di cui all'art. 41 Cost. Tale circostanza, tuttavia, non crea particolari problemi, anche perché, al fine di assicurare alle norme del Trattato istitutivo – e dei Trattati modificativi - la resistenza all'abrogazione da parte di leggi ordinarie, si è fatto ricorso all'art. 11 della Costituzione<sup>275</sup>, onde munire dette norme di copertura costituzionale. Ciononostante, ai fini di una maggiore coerenza formale, sarebbe forse opportuna una modifica del testo costituzionale che desse atto del mutato quadro giuridico-economico, facendo menzione dei principi introdotti dall'ordinamento comunitario in materia economica.

---

<sup>274</sup> Preme, tuttavia, rilevare come la stessa legge 287/90 dichiara, all'art. 1, di essere emanata in attuazione dell'art. 41 della Costituzione, sebbene le relative disposizioni vadano applicate alle medesime fattispecie di cui agli artt. 81-82 TCE.

<sup>275</sup> "L'Italia ... consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo."

## Bibliografia

- G. ALPA, *Commento alla direttiva n. 93/13 in tema di clausole abusive*, in *Corr. giur.*, 1993, p. 640
- G. ALPA, *Corso di diritto contrattuale*, Padova, 2006, p. 352 ss.
- G. ALPA, *Brevi note sulle proposte di riforma della disciplina delle clausole vessatorie nel Regno Unito*, in *Contratti*, 1/2005, pp. 91-92
- G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. GITTI e G. VILLA, Bologna, 2008, p. 13 ss.
- G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, p. 46 ss.
- L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *L'interazione del diritto inglese con il diritto comunitario: l'esempio della direttiva sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori ed il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 456 ss.
- J. BEATSON – D. FRIEDMAN, *Introduction: From "Classical" to Modern Contract Law*, in J. BEATSON – D. FRIEDMAN (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Clarendon, 1995, p. 4
- D. BELL, *The coming of postindustrial society: a venture in social forecasting*, Harmondsworth, 1974, p. 14
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, UTET, 1950, pp. 186 ss.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Giuffrè, 2000, p. 489
- L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, voce del Dig. disc. priv. (sez. civ.), II, Torino, 1988, p. 172
- M.J. BONELL, *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano, 1995, pp. 62-63; 90-91

- U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, Padova, 2003, pp. 241 ss.
- R. BROWNSWORD – N.J. HIRD – G. HOWELLS (eds.), *Good Faith in Contract – Concept and Context*, Ashgate, Dartmouth, 1999, p. 3
- V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 9
- S.J. BURTON, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, I, p. 17
- F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 547-548
- R. CALVO, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2003, p. 715 ss.
- R. CALVO, *Il Codice del consumo tra «consolidazione» di leggi e autonomia privata*, in *Contratto e impresa / Europa*, n. 1/2006, p. 82 ss.
- S.M. CARBONE, *L'inquadramento normativo, l'autonomia interpretativa dei "Principi" di un diritto europeo dei contratti ed il loro impiego*, in *Riv. dir. int. priv e proc.*, 2000, p. 890
- F. CARINGELLA, nota a sentenza Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, p. 1508
- F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, Tomo II, Milano, 2003, p. 2365 ss.
- R. CASO, *Luci ed ombre della legge sull'abuso di dipendenza economica e sulla subfornitura industriale*, in [http://www.jus.unitn.it/users/caso/pubblicazioni/subfornitura/art/Caso\\_Abuso\\_dip\\_economico\\_Subfornitura.pdf](http://www.jus.unitn.it/users/caso/pubblicazioni/subfornitura/art/Caso_Abuso_dip_economico_Subfornitura.pdf), p. 4
- C. CASTRONOVO, *Il contratto nei "principi di diritto europeo"*, in *Europa e diritto privato*, 2001, p. 817 ss.

C. CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi di diritto europeo*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, Padova, 2003, pp. 38 ss.

C. CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*, in *Europa e Diritto Privato*, 2005, II, p. 444 ss.

C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, n. 5/2004, p. 469 ss.

P. CATALA, *Présentation général de l'avant-projet*, in *Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, 22 Septembre 2005, p. 3

G. CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, Vol. XXVI, Tomo I, 2006, p. 763

COMMISSIONE PER IL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI, *Principi di Diritto Europeo dei Contratti. Parte I e II*. Edizione italiana a cura di C. CASTRONOVO, Milano, 2001, p. 118

G. CORNU, *Introduction*, in *Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, 22 Septembre 2005, p. 9

G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. GITTI e G. VILLA, Bologna, 2008, p. 41

A. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. IX, pp. 1-10

P. DELEBECQUE – D. MAZEUD, *Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, 22 Septembre 2005, pp. 17-18

L. DELLI PRISCOLI, «Consumatore», «imprenditore debole» e principio di uguaglianza, in *Contr. Impr. Eur.*, 2003, p. 749 ss.

G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2000, pp. 633 ss.

A. DI BIASE, *La violazione degli obblighi di disclosure nel contratto di franchising e l'abuso di dipendenza economica*, in *Europa e diritto privato*, 3/2007, p. 801 ss.

A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e diritto privato*, 2/2005, p. 354

F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contratto e impresa*, n. 3/2006, p. 673 ss.

G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966

G.B. FERRI, *Il "Code Européen des Contrats"*, in *Europa e diritto privato*, I, 2002, pp. 356 ss.

G.B. FERRI, *L'"invisibile" presenza della causa nel contratto*, in *Europa e diritto privato*, IV, 2002, pp. 898 ss.

G.B. FERRI, *La "cultura" del contratto e le strutture del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 843 ss.

E. GABRIELLI, *Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato: i contraenti*, in [http://www.judicium.it/news/ins\\_19\\_01\\_05/Gabrielli,%20dir.%20civile.html](http://www.judicium.it/news/ins_19_01_05/Gabrielli,%20dir.%20civile.html)

L. GATT, *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie*, (nota a sentenza), in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2341 ss.

A. GENTILI, *I principi di diritto contrattuale europeo: verso una nuova concezione del contratto?*, in G. ALPA – E.N. BUCCICO (a cura di), *Il Codice Civile Europeo*, Milano, 2001, p. 263

J. GHESTIN, commento all'art. 1124-1 dell'*Avant-projet de reform du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*.

J. GHESTIN, *Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, 22 Septembre 2005, p. 27

- G. GILMORE, *The Death of Contract*, Ohio State University, Columbus, 1974
- G. GRASSO, *La disciplina dell'invalidità nei principi di diritto europeo dei contratti*, Napoli, 2005, p. 122 ss.
- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004, p. 3 ss.
- C. IURILLI, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Studium iuris*, 12/2006, p. 1371-1372
- H. KÖTZ – S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2006, pp. 113 ss.
- O. LANDO, *Lo spirito dei principi del diritto contrattuale europeo*, in G. ALPA – E.N. BUCCICO (a cura di), *Il Codice Civile Europeo*, Milano, 2001, p. 52 ss.
- R. LANZILLO, *Regole e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 309 ss.
- R. LECCESE, *Nozione e contenuto del contratto*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. CUFFARO, Napoli, 1998, p. 3
- R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996
- M.A. LIVI, *La normativa comunitaria e la buona fede nell'integrazione del contratto*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, Padova, 2003, p. 417 ss.
- N. LIPARI, *Introduzione*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, I, p. 11
- F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996
- U. MAJELLO, *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 329 ss.

S. MAZZAMUTO, (Introduzione), in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 11

E. MCKENDRICK *Contracts, the Common Law and the impact of Europe* in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, Padova, 2003, pp. 103 ss.

L. MENGONI, *La disciplina delle "clausole abusive" e il suo innesto nel corpo del Codice Civile*, in *Rass. Giur. Energia Elettrica*, 1997, p. 298 ss.

E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Atti del convegno di Treviso del 23-24-25 marzo 2006, p. 412 ss.

E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006, Tomo III, pp. 645 ss.

A. NERVI, *La difficile integrazione fra diritto civile e diritto della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 501 ss.

A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 937

G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 842

A. ORESTANO, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 468 ss.

M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. GITTI e G. VILLA, Bologna, 2008, p. 137

C. OSTI, *Contratto e concorrenza*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2006, vol. VI, p. 637 ss.

- A. PALMIERI, *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*, (nota a sentenza), in *Foro it.*, 1999, I, p. 3118 ss.
- A. PALMIERI, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte Costituzionale*, nota a Sentenza Corte Cost. 22 novembre 2002, n. 469, in *Foro it.*, 2003, I, p. 332
- R. PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, 1994, V, p. 138 ss.
- R. PARDOLESI, prefazione a G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, XIII
- G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 20 ss.
- S. PATTI e G. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1993, p. 323 e ss.
- P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2/2001, p. 347
- L. PICARDI, *La causa e il tipo*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, Padova, 2003, p. 264 ss.
- J.P. PIZZIO, *La protection des consommateurs par le droit commun des obligations*, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1998, p. 53
- A. PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, nota a Sentenza Corte Cost. 22 novembre 2002, n. 469, in *Foro it.*, 2003, I, p. 341
- S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *Diritto Civile Metodo - Teoria - Pratica*, Milano, 1951, pp. 75 ss.
- P. RESCIGNO, (Postfazione), in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, Padova, 2003, p. 711



- V. RICCIUTO, *La responsabilità precontrattuale dei Principles of European Contract Law*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 143
- V. RICCIUTO, *La formazione del contratto telematico*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2002, Vol. XXVII, p. 67
- S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969
- V. ROPPO, *Quale diritto europeo dei contratti?*, in *Contratto e diritto uniforme*, a cura di C. VENDITTI e L. GATT, Napoli, 2005, pp. 109 ss.
- V. ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *A european civil code? Perspectives and problems*, (a cura di V. ROPPO), Milano, 2005, p. 274 ss.
- V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 1042 ss.
- V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1994, pp. 277-302
- 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. 679 ss.
- V. ROPPO, *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 701 ss.
- R. SACCO, *Il contratto nella prospettiva comparatistica*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, Padova, 2003, p. 22
- R. SACCO, *La qualificazione*, in SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, pp. 419 ss.
- V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 199 ss.
- G. SICCHIERO, *Tramonto della causa nel contratto?*, in *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, a cura di G. Sicchiero, Padova, 2005, pp. 1-34

J. STEPLETON, *Good Faith in Private Law*, in *52 Curr. Leg. Prob.*, 1999, pp. 1-36

G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, in *Mod. L. Rev.*, 1998, p. 11

A. VANZETTI – V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, p. 557 ss.

G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, IV, 2002, pp. 917-919

G. VETTORI, *Regolamento*, in *Trattato del contratto* (diretto da V. ROPPO), Milano, 2006, p. 163 ss.

G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. GITTI e G. VILLA, Bologna, 2008, p. 118 ss.

V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Giur. it.*, 1993, IV, p. 72

A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in [http://judicium.it/news/ins\\_05\\_03\\_08/zoppini%20nuovi%20saggi.pdf](http://judicium.it/news/ins_05_03_08/zoppini%20nuovi%20saggi.pdf), p. 21

K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, Milano, 1995, pp. 100 ss.