

I CONTRATTI DI IMPRESA NELL'EVOLUZIONE DEL SISTEMA PRIVATISTICO ITALIANO

**CANDIDATO: GIULIA LONGO
MATRICOLA: 122193**

**RELATORE: S. MARTUCCELLI
CORRELATORE: F. RICCI**

Indice

1	LA CATEGORIA DEI CONTRATTI DI IMPRESA.....	3
1.1	Il problema preliminare della riconoscibilità dei contratti di impresa come categoria unitaria.....	3
1.2	Contratti di impresa, atti di commercio e contratti commerciali: dal Codice del commercio del 1882 all'unificazione del diritto civile e commerciale.....	7
1.3	Lex mercatoria e nuova lex mercatoria quali indici della rinnovata rilevanza della categoria "contratti di impresa"	11
2	FORMAZIONE ED EFFETTI DEI CONTRATTI DI IMPRESA	14
2.1	I soggetti: contratti unilateralmente e bilateralmente di impresa	14
2.1.1	I contratti del consumatore come contratti unilateralmente di impresa: un approccio metodologico innovativo	17
2.1.1.1	L'adempimento degli obblighi informativi	18
2.1.1.2	Le garanzie legali e convenzionali cui è soggetto il professionista	23
2.1.2	Situazioni di debolezza contrattuale connesse a contratti bilateralmente di impresa: il terzo contratto.	28
2.1.2.1	I referenti normativi.....	32
2.1.2.1.1	L'abuso di dipendenza economica	33
2.1.2.1.2	I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali	39
2.1.2.1.3	La legge sul contratto di franchising	42
2.1.2.2	La posizione della dottrina. Sull'esistenza del terzo contratto e del contratto asimmetrico.	48
2.2	Il regolamento di interessi nei contratti di impresa tra contratto isolato e contratti in serie	52
2.2.1	Le trattative precontrattuali. La rilevanza del contratto normativo.....	55
2.2.2	I contratti stipulati mediante moduli o formulari	60
2.3	L'esecuzione dei contratti di impresa	65
2.3.1	I contratti di durata e la loro rinegoziazione	67
2.3.2	La clausola di <i>Hardship</i> nei Principi UNIDROIT	73
2.4	I singoli tipi contrattuali.....	82
2.4.1	L'appalto	84
2.4.2	La subfornitura	92
2.4.3	Le lettere di patronage.....	96
2.4.4	I contratti di rete	100
3	CONTRATTI DI IMPRESA E CLAUSOLE GENERALI.....	109
3.1	L'autonomia negoziale di impresa	109
3.2	La buona fede nella contrattazione di impresa.....	117
3.2.1	I principi di buona fede e di equità. L'intervento del giudice	120
3.2.2	Il problema dell'equilibrio contrattuale. La giustizia contrattuale	126
3.2.3	La clausola di buona fede come strumento per reprimere l'abuso di	134
	diritto.....	134
4	<u>BIBLIOGRAFIA</u>	139

1 LA CATEGORIA DEI CONTRATTI DI IMPRESA

1.1 Il problema preliminare della riconoscibilità dei contratti di impresa come categoria unitaria

Prima di poter iniziare ogni qualsivoglia indagine sul ruolo svolto, nell'ambito dello sviluppo del diritto privato italiano, dai contratti d'impresa, non può prescindersi dal sollevare e risolvere una preliminare quanto fondamentale questione: se sia utile, e quindi legittimo, riconoscere la specialità di tale categoria.¹

¹ In senso positivo cfr. A. DALMARTELLO, voce <<Contratti d'impresa>>, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. IX, Roma, 1988; C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Milano, 1985, 185 ss. spec. 186 e ss. (sebbene con alcune riserve); V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, spec. XIX ss.; ID., *I contratti d'impresa*, in V. BUONOCORE, A. LUMINOSO (a cura di), *Contratti d'impresa*, Milano, 1993, t. I, 3 ss. e ivi 4 ss.; ID., *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 1 ss. (e in AA.VV., *La tutela del consumatore tra liberalismo e solidarismo* (Atti del Convegno di Studi di Salerno, 21-22 ottobre 1994), a cura di P. STANZIONE, Napoli, 1999, 115 ss.; P. FERRO – LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, Torino, 1995, 14 s. e 55 ss. (ma v. ora, nella II ed., 2004, vol. I, 13 e 55 ss.); G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, (già in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 629 ss. e ora) in ID., *Scritti giuridici*, vol. VI: *Principi e problemi del diritto privato*, Padova, 2000, 203 ss., e ivi spec. 215 ss.; il quale successivamente pone in luce il rapporto tra contratto d'impresa e mercato: ID., *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, (già in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 841 ss., e ora) in ID., *Scritti giuridici*, vol. VII: *Vario diritto*, Padova, 2005, 198 ss.; ID., *Categorie contrattuali e statuto del rapporto obbligatorio*, in *Atti del Convegno di Studi per il cinquantenario della Rivista di diritto civile* (Treviso, 23-25 marzo 2006), in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, fasc. n. 6, 43 ss.; A. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti d'impresa*, Napoli, 1999, spec. Cap. I; G. CAPO, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Milano, 2001, spec. Cap. I; L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, Milano, 2002, (cfr. spec. *L'Introduzione* e cap. I, e part. 62); A. LUMINOSO, *I contratti dell'imprenditore*, in AA.VV., *Manuale di diritto commerciale* (a cura di V. Buonocore), Torino, 2009, 871 ss. Più recentemente, cfr. (sebbene in senso per certi versi dubitativo) G. COTTINO, *Introduzione – I contratti <<commerciali>>*, in O. Cagnasso, G. Cottino, *Contratti commerciali*, in *Trattato di diritto commerciale* (diretto da G. Cottino), vol. IX, Padova, Cedam, 2009, 3 e 18 s.; in senso critico, cfr. inoltre P. SPADA, *Diritto commerciale – II. Elementi*, Padova, Cedam, 2009, spec. 130. Nell'ambito della dottrina civilistica, non preclude la possibilità di rinvenire regole specifiche per l'impresa e l'imprenditore, anche nella fase attuativa dell'attività qualificata, sebbene dubitando che sia sufficiente la sola presenza dell'imprenditore per fondare la categoria dei contratti d'impresa G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 849 ss., e ivi spec. 853 ss. (m cfr. ID., *Diritto civile e commerciale oltre il sistema dei codici*, *ibidem*, 1974, I, 523 ss., ivi spec. 550 ss.); v. altresì G. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 705 ss.; a favore v. ad es. M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, 137 ss., ivi 144 ss.; S. PATTI, *I contratti di impresa: caratteristiche e disciplina*, in *Obblig. e contr.*, 2010, 326 ss. Inoltre, cfr. l'ampio ventaglio di posizioni espresse dalla dottrina civilistica in AA.VV., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati*

Ciò posto, la considerazione che intuitivamente si è portati a compiere è che non si può rispondere all'interrogativo iniziale se non viene prima risolto il problema da questo presupposto. In altri termini, riconoscere (o meno) la legittimità della categoria dei contratti d'impresa, presuppone ancor prima il riconoscimento positivo di tale categoria.

Dopo un lungo periodo in cui, all'indomani dell'unificazione del diritto privato raggiunta con l'introduzione del codice civile nel 1942, l'argomento è stato sostanzialmente ignorato dalla dottrina², il tema della configurabilità o meno di una categoria di "contratti d'impresa" è stato a più riprese riproposto, soprattutto, ma non soltanto³, sull'onda dell'interesse scientifico suscitato dalla voce enciclopedica redatta dall'autorevole Arturo Dalmartello, all'unanimità considerato pioniere e cultore dell'argomento. Egli, per primo, si domanda se sia possibile o meno considerare sistematicamente un "raggruppamento" ovvero "una pluralità di contratti" – molti dei quali atipici – *qualificati dal fatto di realizzare (o di concorrere a realizzare) l'esplicazione di quella attività umana che è l'attività d'impresa (e particolarmente..., d'impresa commerciale: art. 2195 c.c.)*.⁴

Il *leit motiv* che sembra accomunare tutte le critiche avanzate nel tempo contro la ricostruzione di una categoria di contratti di impresa può essere rintracciato nel timore espresso dalla dottrina di riconoscere, così facendo, un qualche spazio di autonomia al diritto commerciale come sistema di norme ispirato a principi diversi da quelli del diritto privato comune.

e regolazione del mercato (Atti del Convegno di Studi di Siena del 22-24 settembre 2004), cura di P. Sirena, Milano, 2006. Contrario si mostra G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in ID. (a cura di) *Remedies in Contract – The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008, 271 ss., ivi spec. 279 ss.

³Poco prima del lavoro di Arturo Dalmartello altri studiosi concorsero a rilanciare il tema dei contratti d'impresa ponendo le basi per la loro "riscoperta": a titolo esemplificativo tra i più importanti, G. SANTINI, *Commercio e servizi – Due saggi di economia del diritto*, Bologna, 1988; G. AULETTA, *Un saggio di economia del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 1080 ss.; ID., *Scritti giuridici*, vol. VIII, Milano, 2001, 227 ss.; C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Milano, 1985.

⁴A. DALMARTELLO, voce <<Contratti d'impresa>>, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. IX, Roma, 1988, cit., 1 (par. 1.1.).

Infatti, sin dalla sua nascita come *ius mercatorum* (ossia come diritto creato direttamente dalla classe mercantile senza mediazione della società politica) il diritto commerciale è stato considerato avente carattere eccezionale e distinto rispetto al diritto privato⁵, in ragione della specialità ad esso conferito sia da un diverso sistema di fonti⁶ sia da una diversa e separata giurisdizione⁷.

Tali ragioni tuttavia sono venute meno con l'introduzione del codice civile nel 1942 il quale dispose l'unificazione della materia civile e commerciale, estendendo i principi propri del diritto commerciale a tutta la materia delle obbligazioni e del contratto in generale, sopprimendo così la duplicità di disciplina del sistema previgente.

Contro le obiezioni di chi negava <<ufficiale (diritto di) cittadinanza>>⁸ alla speciale categoria dei contratti d'impresa, vedendo nella stessa un maldestro tentativo di far rivivere quei contratti commerciali i quali, nella vigenza del codice del commercio, si ponevano come una categoria a sé nei confronti dei (e in contrapposizione ai) contratti civili, efficacemente rispondeva lo stesso Dalmartello. Quest'ultimo rilevava come “*può meritare una considerazione d'insieme, volta a porre in luce aspetti comuni ed esigenze di coerenza normativa, il raggruppamento dei contratti d'impresa, senza che in questa considerazione d'insieme possa ravvisarsi una presa di posizione in contrasto con il principio della uniformità normativa di base della materia dei contratti: allo stesso modo in cui tale principio non può dirsi ferito dalla posizione e dal raggruppamento, ad opera*

⁵ G. FERRI, (voce) *Diritto commerciale*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1946, cit. p.921, parla a proposito di “*due autonomi ordinamenti ispirati uno al tecnicismo dei dotti, l'altro al senso pratico degli operatori giuridici*”.

⁶ L'articolo 1 del Codice del commercio del 1882 disponeva infatti che “*in materia di commercio si osservano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili [...]. In mancanza di applica il diritto civile*”.

⁷ Le controversie relative agli atti di commercio erano rimesse alla competenza esclusiva di Tribunali speciali – seppur istituiti dallo Stato – composti da commercianti affiancati da magistrati.

⁸ Così: F. GALGANO, *I contratti d'impresa; i titoli di credito; il fallimento*, Bologna, 1980, 1, che qualifica quella in esame <<una categoria convenzionale>>, rilevando che, <<nel nostro sistema giuridico, ... una speciale categoria di contratti, denominati come contratti d'impresa, non ha ufficiale diritto di cittadinanza>>: e ciò perché la costruzione di una simile categoria si porrebbe in contrasto con <<la caratteristica principale del nuovo diritto delle obbligazioni ... >>, consistente nella indifferenza della disciplina dei contratti <<rispetto alle qualità del soggetto (imprenditore o non imprenditore ...) e alla materia regolata (attività d'impresa o di consumo, di scambio o di godimento); D. IANNELLI, in *L'impresa, Giur. sist. civ. comm. Bigiavi*, Torino, 1987, 126.

*dello stesso legislatore, di norme e principi applicabili solo a talune classi o sottogruppi di contratti e non a tutti*⁹ .

Appurato così che una considerazione d'insieme dei contratti d'impresa non può dirsi aprioristicamente contraddire l'intento del legislatore del '42, occorre ancora valutarne l'utilità pratica.

Ebbene, facendo attenzione alle tendenze normative degli ultimi decenni, non può sfuggire in materia contrattuale il diffondersi incessante di nuovi modelli negoziali i quali, pur non trovando espressa disciplina all'interno dell'attuale codice civile, rappresentano una realtà normativa incontestabile, frutto della tipizzazione sociale.

È proprio con riguardo a questi contratti c.d. innominati che una considerazione congiunta dei contratti d'impresa mostra la sua prima utilità: l'analisi e l'individuazione di aspetti comuni alla normativa dei primi permetterebbe di desumere regole applicabili anche ai secondi.

In secondo luogo poi, uno sguardo d'insieme alla tematica permette si mostra utile ai fini di scongiurare quel pericolo di incoerenza logica derivante da un'interpretazione settoriale delle singole disposizioni contrattuali la quale non tenga in debita considerazione le indicazioni che possono venire da rispetto del c.d. "metodo della interpretazione complessiva"¹⁰.

⁹Così A. DALMARTELLO, voce <<Contratti d'impresa>>, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. IX, Roma, 1988, 2 (par.1.2), il quale rileva come lo stesso legislatore del '42, pur nel <<sistema della disciplina di base unica ed uniforme di tutti i contratti>> abbia effettuato una considerazione d'insieme di taluni di essi. Ciò in due settori: 1. Nell'ambito del titolo II del libro IV del codice civile, dove si rivengono parecchie norme (artt. 1333, 1376, 1411, 1420, 1453, 1469 cc.) che considerano alcuni "sottogruppi" di contratti ai quali soltanto quelle norme sono applicabili. 2. Nell'ambito del titolo III del Libro IV del codice civile, dove vi sono sia gruppi di norme destinati a regolare particolari raggruppamenti contrattuali (capo XVII, artt. 1834 – 1860 cc, intitolato <<dei contratti bancari>>), sia gruppi di norme espressamente rivolte a disciplinare, come norme generali, tutti e solo i contratti rientranti nel sottogruppo che così viene istituito (es. capo XX, intitolato <<dell'assicurazione>>, le cui sezioni I e V pongono la disciplina comune del sottogruppo sotto le significative rubriche delle <<disposizioni generali>> e delle <<disposizioni finali>>).

¹⁰ Così A. DALMARTELLO, voce <<Contratti d'impresa>>, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. IX, Roma, 1988, 2.

1.2 Contratti di impresa, atti di commercio e contratti commerciali: dal Codice del commercio del 1882 all'unificazione del diritto civile e commerciale

Oggetto della presente indagine sono i cc.dd. “contratti di impresa” nell’eccezione più ristretta che all’espressione è stata attribuita¹¹, la quale attiene, in sostanza, all’erogazione della prestazione d’impresa.

È stato autorevolmente notato come il tema in oggetto <<è in astratto suscettibile di venir scomposto in due distinti campi di ricerca: quello concernente il contenuto del rapporto contrattuale, in particolare la valutazione se ed in che senso vale a caratterizzarlo la presenza dell’impresa; e quello relativo al suo modo di formazione, quanto soprattutto al procedimento di stipulazione del contratto stesso.

La distinzione tra questi due aspetti assume, come ovvio, un valore soprattutto logico, e non vale certo ad escludere che tra essi possa sussistere una penetrante interconnessione [...]. Deve però tenersi presente che, dato l’attuale assetto normativo, è soprattutto il secondo a venire in considerazione. Mi sembra cioè che un sistema il quale disciplina i rapporti contrattuali prescindendo in via di principio dalla loro portata “civile” oppure “commerciale”, se non esclude certamente la possibilità di individuare vicende ove essa assume nuovamente rilievo, impone inevitabilmente di considerarle quali manifestazioni sporadiche ed episodiche. Intendo dire che comunque, per l’aspetto ora accennato, non pare possibile al momento presente andare oltre una catalogazione di dati eterogenei, ben difficilmente poi disponibili ad essere raccolti in una sintesi del sistema (che costituirebbe in effetti una sorta di reviviscenza, allo stato preclusa, della categoria degli atti di commercio)>>.

¹¹ Il riferimento è all’espressione utilizzata da A. DALMARTELLO nella voce <<Contratti d’impresa>>, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. IX, Roma, 1988, 1ss., dove afferma che “la locuzione <<contratti di impresa>> fa perno sul fatto che sono contratti caratterizzati non solo dalla partecipazione ad essi dell’imprenditore, ma anche (e più restrittivamente) dal fatto che attraverso essi si esplica e si realizza la specifica e oggettivamente qualificante attività d’impresa; perciò rientranti – come più circoscritto sotto-gruppo – nel più vasto raggruppamento dei <<contratti delle imprese>>: comprensivo, come tale, anche di altri sotto-gruppi, e segnatamente di quelli dei contratti attinenti alla costituzione e alla organizzazione della impresa, al coordinamento della sua attività con quella di altre imprese e alla crisi dell’impresa.”

L'obiezione sopra citata riflette l'atteggiamento di fondo di quella parte della dottrina la quale dubita dell'ammissibilità, nel sistema vigente, di una categoria autonoma di contratti caratterizzati dal collegamento con l'impresa, rivedendo in ciò un tentativo di riaffermare l'autonomia del diritto commerciale¹² rispetto al diritto privato, riportando in vita l'antica categoria dei contratti commerciali, di fatto soppressa con l'entrata in vigore del codice civile nel 1942.

Occorre quindi, prima di proseguire, meglio specificare l'ambito della presente indagine, sottolineando gli elementi differenziali del fenomeno in esame rispetto a quelli, pur connessi, dell'atto di commercio e dei contratti commerciali.

Con l'espressione atto di commercio si fa riferimento a quel fenomeno che, nascendo e sviluppandosi in dipendenza del carattere speciale del diritto commerciale, ne identifica l'ambito: la c.d. materia del commercio.¹³

Si suole tradizionalmente distinguere tra atto di commercio soggettivo, al quale si applica la disciplina commerciale solo se compiuto da un "commerciante", dall'atto di commercio oggettivo sottoposto in ogni caso alla disciplina commerciale indipendentemente dal soggetto che lo pone in essere.

Tale distinzione assume importanza nei soli ordinamenti giuridici che non permettono il libero accesso di tutti i cittadini al commercio perdendo invece di consistenza in sistemi di diritto commerciale (c.d. oggettivi) nei quali l'applicazione della normativa speciale è tendenzialmente generalizzata e dipende soltanto dalla natura dell'atto compiuto (così il sistema di diritto italiano delineato dal codice di commercio del 1882), realizzandosi

¹² La questione della legittimità di una specifica categoria dei contratti d'impresa si trova spesso collegata al tema "*se sia tuttora giustificato continuare a negare la specialità e, quindi, l'autonomia del diritto commerciale*" nel tempo della globalizzazione dell'economia: sul punto, v. spec. G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Riv. soc.*, 2008, 1 ss. (concludendo per la tesi di una ritrovata specialità "*in senso forte*" o *autonomia* del diritto commerciale come "*diritto [privato] dell'impresa*": ivi 11 e 15 s.).

¹³ La <<*materia di commercio*>> è definita dalla dottrina come <<*complesso delle situazioni e dei rapporti che il diritto commerciale regola e disciplina*>> (M. CASANOVA, voce <<*Atti di commercio*>>, in *Digesto*, IV ed. – *Discipline privatistiche – Sez. Commerciale*, vol. I, Torino, 1987, p. 520) o come <<*l'ambito di quei rapporti sociali che sono regolati dalle leggi commerciali e dagli usi mercantili*>> (L. BOLAFFIO, *Disposizioni generali: Degli atti di commercio; Dei commercianti; Dei libri di commercio*, Torino, 1914, p. 2).

quindi, in quest'ultima ipotesi, una sostanziale coincidenza tra l'atto di commercio e l'atto di commercio oggettivo.

Ciò brevemente premesso, la differenza fra il fenomeno sopra esposto e quello che è qui oggetto di esame è profonda, posto che <<laddove la natura "commerciale" dell'atto condizionava e giustificava, nel sistema previgente, la applicazione delle norme e degli istituti del diritto commerciale, nel sistema attuale, nel quale la soggezione alla disciplina della impresa procede dalla qualificazione del soggetto come imprenditore e, dunque, dalla considerazione obiettiva della attività, la inerenza dell'atto a un fenomeno organizzato in forma di impresa e, di conseguenza, l'esserci della impresa stessa, la corrispondente qualificazione del soggetto che la esercita, la applicazione delle norme e degli istituti del diritto commerciale sono del tutto indipendenti, e anzi presupposti, dalla qualificazione degli atti nei quali si articola la erogazione delle prestazioni di impresa come "contratti di impresa">>¹⁴.

Un ulteriore puntualizzazione deve poi essere fatta con riguardo ai c.d. contratti commerciali. Tale locuzione era usata, nella vigenza del codice di commercio del 1882, per indicare quei contratti che, sia sul piano materiale (data la funzionalizzazione di questi ad una vicenda di intermediazione dello scambio o nella circolazione dei beni o dei servizi), sia sul piano giuridico (data l'applicazione a questi di una disciplina speciale dettata per la materia del commercio), si contrapponevano ai c.d. contratti civili.

Venuta meno la necessità di tale contrapposizione a seguito della c.d. unificazione del diritto privato compiuta con il codice civile del 1942, si è comunque continuato ad usare l'espressione "contratti commerciali" per indicare quei contratti che, vuoi per una tipizzazione c.d. legale della fattispecie, vuoi per una tipizzazione c.d. sociale, presuppongono la presenza di un imprenditore (commerciale) da almeno una delle parti. Tuttavia, con l'entrata in vigore del codice civile nel 1942, tale definizione – anche se considerata solo stipulativa¹⁵ - non può più ritenersi più adeguata, laddove si intende sottolineare la differenza rispetto al sistema previgente basato sulla specificità della

¹⁴ Così, L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, Milano, 2002, pag.59.

¹⁵ Che la differenza fra l'espressione "contratti commerciali" e l'espressione "contratti d'impresa" sia essenzialmente nominalistica riconosce V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in AA.VV., *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, (a cura di) P. Stanzione, *Atti del convegno di Salerno 21 e 22 ottobre 1994*, Napoli, 1999, p.115, a p.127, testo e nota 28.

disciplina dell'atto di commercio (di cui il contratto commerciale era *species*) ed evitare così confusioni terminologiche.

Ciò posto, è a mio avviso da preferire l'espressione "contratti di impresa"¹⁶, la quale fra tutte quelle proposte dalla dottrina, meglio pone in risalto la funzione reale ed oggettiva del contratto: infatti, "*la locuzione contratti <<d'impresa>> fa perno sul fatto che sono contratti caratterizzati non solo dalla partecipazione ad essi dell'imprenditore, ma anche (e più restrittivamente) dal fatto che attraverso essi si esplica e si realizza...la specifica e oggettivamente qualificante attività d'impresa*"¹⁷. Sono così ricondotti in tale definizione tutti quei contratti che oggettivamente adempiono ad una funzione strumentale all'esercizio professionale di un'attività economica e organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi¹⁸, ivi compresi i c.d. contratti dei consumatori¹⁹, ossia gli accordi tipicamente stipulati da un imprenditore e un consumatore²⁰.

¹⁶ Benché anche questa espressione sia stata coniata dalla dottrina, trova un preciso riscontro letterale in un passaggio della *Relazione al Re del Guardasigilli* (Grandi) riguardo al Codice Civile del 1942. Si legge al termine del paragrafo n.75 di tale *Relazione*: "è ovvio che per quanto muovano dagli inconvenienti verificatisi nel campo dei contratti d'impresa, le norme citate si devono osservare anche all'infuori di detta sfera, tutte le volte in cui una delle parti usa formulari predisposti anche se non si tratti di un imprenditore, e qualunque sia il tipo di contratto concluso".

¹⁷ Così A. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa*, cit., p. 3.

¹⁸ La frase riproduce testualmente la nozione di imprenditore commerciale così come definita dall'articolo 2082 del codice civile.

¹⁹ In senso positivo a considerare la categoria dei contratti dei consumatori come *species* della categoria dei contratti di impresa, cfr. V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in Riv. dir. civ., 1995, I, spec. 142 s. e 154 ss.; V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, spec. 119 ss.; L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, Milano, 2002, spec. X e 65 s.

In senso negativo, ad esempio, C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi: la ripresa di un tema*, ora in A. PLAIA (a cura di), *Diritto Civile e diritti speciali – Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, 5 ss.

Vari sono gli argomenti contrari: il più convincente è forse quello della impossibilità di considerare i contratti dei consumatori quali contratti di impresa sul presupposto per cui i contratti dei consumatori sono definiti come contratti stipulati tra un "consumatore" e un "professionista", nozione, quest'ultima, ben più ampia rispetto a quella di imprenditore (commerciale).

²⁰ Per consumatore si intende, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera a), del Codice del consumo, *la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionalmente eventualmente svolta*.

1.3 Lex mercatoria e nuova lex mercatoria quali indici della rinnovata rilevanza della categoria “contratti di impresa”

A partire dalla seconda metà degli anni Ottanta del XX secolo, in coincidenza con l'avvento del processo di globalizzazione dell'economia, si assiste alla rinascita di una specificità del regime giuridico dei contratti delle imprese commerciali.

Con riferimento a tale periodo la dottrina si esprime significativamente in termini di *seconda primavera*²¹ dei contratti di impresa, intesa come “*il portato della faticosa e mai paga ricerca di un rinnovato equilibrio tra l'intervento politico nell'economia, il quale risponde a logiche metaindividuali di tutela di determinato interesse da un lato e l'incentivazione di processi di sviluppo e innovazione dall'altro*”²².

È in particolare in tale periodo che, grazie anche alla (parziale) liberalizzazione e privatizzazione dell'economia italiana, in un clima di liberalismo economico, l'impresa ritrova la sua centralità all'interno del mercato.

Il mercato stesso cambia volto; esso si estende oltre i confini nazionali per mezzo dell'incidenza della normativa comunitaria sull'ordinamento nazionale e conduce verso un nuovo ruolo dello Stato che da attore del mercato ne diventa regolatore.

I soggetti che per lo più operano all'interno del mercato, generalmente riconducibili alla categoria degli imprenditori, agiscono, secondo gli economisti²³, in modo razionale, sospinti da esigenze opportunistiche rivolte alla massimizzazione del proprio interesse. Di qui l'esigenza di regolazione giuridica dell'attività economica mediante il ricorso a regole che, incidendo direttamente o indirettamente sulla disciplina degli atti, in particolare degli atti d'impresa, mitighino le regole derivanti da un puro gioco delle forze economiche.

²¹ Di “*seconda primavera*” parla M. BIANCHINI, in *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profilo storico-evolutivo)*, Torino, 2011; di “*riemersione*”, V. BUONOCORE, in *I contratti d'impresa*, in *Contratti d'impresa*, (a cura di) V. Buonocore, A. Luminoso, Milano, 1993.

²² M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profilo storico-evolutivo)*, Torino, 2011, p.217.

²³ Significativamente, tra gli altri, R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen Publ., 2007, 3, afferma “*economics is the science of rational choice in a world - our world - in which resources are limited in relation to human wants. The task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions - what we shall call his “self-interest.”*”

In tale prospettiva si colloca la riscoperta dei contratti di impresa, dovuta, come individuato da autorevole dottrina, alla concomitanza di una serie di fattori propulsivi²⁴. Tra di essi, di particolare rilevanza appare essere il contributo apprestato dai cc.dd. *novelli mercatores*, ossia gli operatori del mercato globale²⁵, nella creazione di nuove regole giuridiche funzionali al perseguimento degli interessi dai medesimi perseguiti, ai fini di dare risposta all'esigenza di un diritto a vocazione tendenzialmente universale, la cui formazione non può essere affidata ai consueti e territorialmente limitati meccanismi di produzione normativa degli Stati.

Il complesso di tali modelli, clausole, prassi e usi contrattuali, forgiati nell'ambito dell'attività di impresa, prende il nome di *nuova*²⁶ *lex mercatoria*.

Ma, se come prima evidenziato gli operatori economici agiscono nel mercato in maniera egoistica, si rende necessario l'intervento regolatore dello Stato ai fini di tutelare gli interessi di coloro che con tali operatori vengono a contatto così garantendo, in ultima analisi, il corretto andamento del mercato stesso.

Ciò che ne risulta è una sorta di *connubio tra la creatività dei novelli mercatores – per il tramite dell'autonomia privata, così come utilizzata dal ceto imprenditoriale – e un intervento eteronomo, rivolto, di norma, a porre limiti e rimedi specifici alle distorsioni che naturalmente la formulazione del contenuto, il procedimento di conclusione e l'esecuzione di simili contratti nell'ambito dello svolgimento dell'attività economica*

²⁴ Tali fattori propulsivi sono individuati da V. BUONOCORE, in *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000: 1. Il notevole intensificarsi del fenomeno della legislazione speciale come frutto dell'adeguamento del diritto italiano al diritto comunitario o a convenzioni internazionali di diritto uniforme. 2. La *creatività dei mercatores* sviluppatasi soprattutto grazie all'apertura dei mercati internazionali.

²⁵ Non solo gli imprenditori, intesi come *coloro che esercitano professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi* (art. 2082 c.c.), ma anche i grandi studi legali internazionali che assistono le imprese operanti sul mercato globale elaborando modelli contrattuali e regole di disciplina originali ed efficienti, nonché gli arbitri e le camere arbitrali internazionali, chiamati a decidere le eventuali controversie tra operatori economici facendo applicazione della nuova *lex mercatoria*, uniformandone i contenuti e consolidandone i principi.

²⁶ L'aggettivo "nuova" sta ad evidenziare la differenza rispetto alla formula tradizionalmente usata per designare il complesso delle regole giuridiche elaborate – a partire dal Medioevo e fino alla formazione degli stati nazionali – ad opera dei mercanti e destinate a disciplinare i rapporti economici tra *mercatores* in modo uniforme e indipendente dalle leggi locali vigenti nel luogo dello scambio, secondo la definizione contenuta alla voce <<*lex mercatoria*>>, in *Enciclopedia Treccani*, 2013.

comportano, attraverso una specifica regolazione di diversi aspetti del rapporto contrattuale²⁷.

Esempi di tale *connubio* si rivengono, innanzitutto, nella modificazione, per mezzo della legislazione speciale, dei paradigmi normativi di alcuni tipi di contratto disciplinati nel codice civile del 1942²⁸; in secondo luogo, nella creazione di nuove tipologie contrattuali²⁹ o nuovi raggruppamenti di contratti³⁰, le quali risultano dalla positivizzazione di tipi già socialmente affermati nella prassi commerciale e giurisprudenziale³¹; in terzo luogo, in forme di disciplina generale applicabile a tutti i contratti di cui sia parte un imprenditore e stipulati per l'esercizio dell'attività d'impresa³²; in quarto luogo in quelle normative di settore generale, ricavate sulla falsariga dei mercati di riferimento³³.

²⁷ M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profilo storico-evolutivo)*, Torino, 2011, cit., p. 227.

²⁸ V. BUONOCORE, *I contratti d'impresa*, cit., pag. 37 ss., rileva come *il trasporto di cose, la mediazione, l'agenzia, la compravendita di immobili e la locazione diventino un tipo plurale, variabile a seconda di specifici profili soggettivi e oggettivi idonei a cambiarne sensibilmente i connotati tipici*.

²⁹ Ad esempio il contratto di *franchising*, disciplinato dalle Legge n.129 del 6 maggio 2004.

³⁰ Il riferimento è alla Legge n.192 del 18 giugno 1998, afferente alla *subfornitura nelle attività produttive*.

³¹ Al riguardo rileva M. BIANCHINI, in *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profilo storico-evolutivo)*, Torino, 2011, p. 287, come il vaglio di meritevolezza degli interessi affidato al giudice venga spesso compresso e svilito in relazione a tali tipologie contrattuali. "Compresso" poiché riconducendosi la fattispecie atipica ad un tipo legale si finisce essenzialmente *per risolversi nella tipicità, ad un tempo, il problema tanto della meritevolezza degli interessi dei contraenti, quanto della liceità della liceità della causa in concreto*; "svilito" poiché l'analisi del giudice consisterà semplicemente in una ricognizione della diffusione e/o frequenza del tipo contrattuale nella prassi commerciale del settore in cui tale contratto si sviluppa.

³² A titolo esemplificativo, la disciplina dettata per i ritardi nei pagamenti nell'ambito di transazioni commerciali contenuta nel D.lgs. n. 231 del 9 ottobre 2002 la quale, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera a, definisce le transazioni commerciali a cui la disciplina suddetta si applica come quei *contratti comunque denominati tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo*.

³³ A titolo esemplificativo, il Testo unico bancario (D.lgs. n.385/1993), il Testo unico finanziario (D.lgs. n. 58/1998), il Codice delle assicurazioni private (D.lgs. n. 209/2005).

2 FORMAZIONE ED EFFETTI DEI CONTRATTI DI IMPRESA

2.1 I soggetti: contratti unilateralmente e bilateralmente di impresa

Nel corso dell'ultimo decennio la disciplina del contratto ha subito notevoli cambiamenti, al punto tale da spingere alcuni autori ad interrogarsi sulla valenza dello stesso: se cioè, il contratto possa ancora considerarsi quale punto di riferimento certo per il civilista o meno.³⁴

Il fenomeno non ha riguardato aspetti secondari o particolari ma l'intero paradigma contrattuale, incidendo, e pesantemente, sull'intero procedimento di formazione, sul contenuto, l'interpretazione, l'esecuzione e l'efficacia del contratto.

Tale "erosione modificativa"³⁵ non è stata realizzata per mezzo di corpose novelle riformatrici, bensì attraverso un vero e proprio alluvione di leggi speciali, sotto la pressione del diritto europeo che impone ai legislatori nazionali di adeguare la propria normativa alle direttive comunitarie³⁶.

Le norme speciali in questione trovano giustificazione nell'esigenza di tutela del contraente debole, inteso come colui che non agisce per il conseguimento di un profitto bensì al fine di procurarsi beni diretti al soddisfacimento immediato dei propri bisogni³⁷. Da tale diversità di interessi³⁸ deriva una disparità di potere contrattuale che, in termini economici, si traduce in una causa di inefficienza del mercato.

³⁴ V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori"*, in *Giur. it.*, 1993, IV, p. 57.

³⁵ V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 6.

³⁶ Sul punto V. ZENO- ZENCOVICH, *cit.*, p. 59, precisa come "il mutamento è determinato non da una riforma legislativa votata dal nostro Parlamento, né da una generale revisione del codice civile bensì dalla prepotente pressione del diritto comunitario".

³⁷ Questa è la definizione di contraente debole usata da D. DI SABATO, *Contratti dei consumatori e contratti di impresa*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 665.

³⁸ Il primo ad accorgersi di tale divergenza di interessi fu Ascarelli, il quale già nei primi anni Cinquanta del XX secolo, affermava "un dialogo fondamentale nella disciplina dell'attività imprenditoriale mi sembra quello tra la tutela di un interesse che in via generale potremmo dire dell'astratto consumatore (o se si preferisce della massa dei consumatori) e la tutela di un interesse che potremmo dire privilegiato dell'imprenditore, quale abbiamo visto affermarsi nelle dispute in tema di concorrenza sleale, così come nelle costruzioni sui beni materiali." (T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Proc. civ.*, 1954.

Così che, se preoccupazione immediata di tale normativa è la protezione del contraente debole, in via mediata essa si riflette anche sul mercato, ponendosi quale rimedio all'asimmetria informativa³⁹ che caratterizza i rapporti contrattuali tra imprenditore e consumatore.

Se quindi, all'indomani dell'unificazione dei codici qualsiasi discorso sulle qualità soggettive delle parti contraenti si sarebbe rilevato inutile data l'irrelevanza delle stesse ai fini della determinazione della disciplina applicabile, ciò non corrisponde oggi più al vero.

Sono infatti proprio le leggi speciali⁴⁰ sopra menzionate che inaugurano un nuovo trend: dalla irrilevanza alla rilevanza degli status dei contraenti⁴¹. Il processo che si è avviato è quello di creare regole distinte a seconda che una delle parti rivesta, o meno, la qualità di consumatore, così come definita da legge.

Attenzione però: com'è stato autorevolmente osservato, non si tratta di un semplice ritorno al passato, anzi. Mentre nell'impostazione originaria bastava che uno dei contraenti fosse un commerciante per attirare la disciplina nell'orbita del codice del commercio, ora si verifica l'inverso: la qualità di professionista da un lato, e quella di consumatore dall'altra, comportano l'applicazione della nuova normativa⁴².

³⁹ L'espressione è ripresa dal lessico economico e sta ad indicare quella condizione in cui un'informazione non è condivisa integralmente fra gli individui facenti parte del processo economico sicché una parte degli agenti interessati ha maggiori informazioni rispetto al resto dei partecipanti e può trarre un vantaggio da questa configurazione.

⁴⁰ A ben guardare, come rilevato da D. DI SABATO, in *Contratti dei consumatori e contratti di impresa*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 662, una manifestazione embrionale della disciplina che verrà poi dettata a tutela del consumatore, si rinviene già nel codice civile, ai sensi dell'articolo 2955 n. 5, il quale stabilisce un termine di prescrizione abbreviato per il diritto dei commercianti al pagamento del prezzo delle merci vendute "a chi non ne fa commercio".

⁴¹ Al riguardo, V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Giur. it.*, 1993, IV, par. 11, osserva significativamente che "la categoria dei contratti dei consumatori sembra prospettare un rifiuto del principio di uguaglianza formale perché essa presuppone una disegualianza sostanziale fra le parti". Affermando poi come "è proprio con questo venir meno della reciprocità (solo una parte può essere obbligata ad un certo comportamento; solo ad una parte è attribuita una determinata facoltà) che l'ordinato e simmetrico sistema dei contratti subisce la più incisiva delle alterazioni, perché viene toccato uno dei suoi presupposti più antichi e venerati".

⁴² L'osservazione è di V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Giur. it.*, 1993, IV, par. 9.

Si è quindi evidenziato come proprio l'emergere tumultuoso della tematica dei consumatori abbia fatto risaltare con grande evidenza, in primo luogo, quanto non fosse stato sterile dibattere di contratti o rapporti commerciali che dir si voglia⁴³.

I contratti del consumatore infatti, non costituiscono un "polo antitetico"⁴⁴ rispetto a quello dei contratti commerciali, ma, quasi fossero cerchi concentrici, si pongono in un rapporto di genus a species con questi ultimi.

Si può quindi sostenere come nel nostro ordinamento siano identificabili norme derogatorie rispetto alla disciplina del contratto in generale in considerazione dell'impresa come elemento specializzante e che nell'ambito delle stesse siano poi distinguibili norme che prescrivono altre deroghe, in considerazione della ricorrenza di un ulteriore elemento specializzante, che è dato dalla partecipazione del consumatore al contratto⁴⁵.

Avendo la tutela consumeristica carattere oggettivo, l'applicabilità della disciplina speciale ad essa relativa prescinde dall'effettiva sussistenza di una situazione di debolezza del singolo contraente, bastando a ciò accertare che rientri nella categoria di soggetti in riferimento ai quali la disciplina è dettata.

Può quindi ben capitare che un soggetto, pur di fatto trovandosi in una situazione di notevole debolezza contrattuale, non possedendo tutti i requisiti propri della categoria di destinatari, rimanga escluso dalla relativa disciplina.

Da ciò l'ipotesi dottrinale del c.d. terzo contratto, con cui essenzialmente si propone di estendere la disciplina speciale consumeristica a situazioni che, per identità di ratio, risultano affini. Il riferimento è, più nello specifico, ai rapporti bilateralmente di impresa nel caso in cui un imprenditore si trovi in una situazione di dipendenza economica rispetto all'altro.

⁴³ V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 8.

⁴⁴ Così V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 41 il quale afferma: "piuttosto che un polo antitetico alla contrattazione di impresa, i contratti dei consumatori costituiscono un segmento di fondamentale importanza della stessa".

⁴⁵ Così D. DI SABATO, *Contratti dei consumatori e contratti di impresa*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1995, p.670.

2.1.1 I contratti del consumatore come contratti unilateralmente di impresa: un approccio metodologico innovativo

Con l'espressione "contratto del consumatore" si fa riferimento ai contratti stipulati tra un soggetto professionista e un soggetto consumatore, così come definiti dal codice del consumo, e caratterizzati da una diseguaglianza di potere contrattuale derivante dall'asimmetria informativa che generalmente contraddistingue i rapporti tra le parti.

È proprio in ragione delle peculiari caratteristiche del contraente debole consumatore che la disciplina di tali contratti si distacca vistosamente da quella del contratto di "diritto comune", al punto tale da indurre la dottrina a parlare di un autonomo e organico statuto normativo del "secondo contratto".

Ove si volessero individuare gli aspetti più significativi che segnano tale distacco, questi, schematicamente, sarebbero:

- a. la previsione di diffusi oneri di forma scritta, per lo più prescritti a pena di validità del contratto, il più delle volte collegati all'imposizione di un contenuto minimo del regolamento contrattuale;
- b. Il riconoscimento al consumatore di un diritto di ripensamento (c.d. *jus poenitendi*);
- c. L'imposizione in capo al professionista di pervasivi obblighi comportamentali (di correttezza e trasparenza) nel corso delle trattative precontrattuali, in particolar modo di obblighi informativi;
- d. L'introduzione di un diffuso controllo sul contenuto normativo del regolamento contrattuale;
- e. La configurazione di un sistema rimediale innovativo, sul terreno della conformazione di alcune specie di invalidità, in particolare di nullità, del contratto.

Ebbene, rovesciando il punto di vista verso la prospettiva del soggetto professionista, all'introduzione di ogni previsione normativa in ottica di tutela del consumatore corrispondono altrettante limitazioni dell'autonomia contrattuale d'impresa. Di seguito si

darà conto di alcuni, tra i più vistosi, adempimenti imposti all'impresa professionista nell'ambito della contrattazione consumeristica.

2.1.1.1 L'adempimento degli obblighi informativi

Il teorema di *Coase*⁴⁶ insegna che le parti di un contratto concludono un accordo efficiente quando hanno tutte le informazioni necessarie per scegliere razionalmente. Se, invece, vi sono delle asimmetrie informative, la mancanza di informazioni necessarie determina comportamenti non razionali e, conseguentemente, scambi inefficienti che non conducono al benessere economico generale.

Al fine quindi di prevenire l'inefficienza del mercato, il legislatore comunitario e quello nazionale, nell'implementare la normativa comunitaria, hanno imposto precisi obblighi informativi in capo all'imprenditore professionale il quale intrattiene relazioni contrattuali con il consumatore.

Le disposizioni in questione hanno l'immediato risultato di colmare le lacune informative del consumatore il quale, acquistando beni o servizi per il soddisfacimento di un bisogno primario, non dispone delle conoscenze adeguate affinché possa contrattare alla pari in maniera consapevole e razionale. In via mediata, invece, la stessa normativa si riflette sul mercato, garantendone la trasparenza e l'efficienza.

Se scopo ultimo della normativa è quindi quello di favorire la concorrenzialità del mercato, la posizione del contraente debole merita di essere tutelata con riguardo alla concreta dinamica delle vicende contrattuali, prescindendosi invece da una collocazione entro categorie protette *ex se*: la tematica del contraente debole va riguardata, infatti, non tanto e non solo dall'angolazione di quest'ultimo, ma anche dall'angolazione del contraente forte e cioè dell'imprenditore⁴⁷.

⁴⁶ R. COASE, *The nature of the firm*, in *Economica*, 4, 1937, p. 386 e ss.

⁴⁷ La considerazione è di V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p.40.

È quindi opportuno analizzare più nel dettaglio in cosa consistano gli obblighi gravanti sul professionista che contratti con il consumatore e quali siano le conseguenze sanzionatorie nell'eventualità di una loro violazione.

Innanzitutto bisogna precisare come il professionista non possa limitarsi a porre il consumatore nell'astratta disponibilità di fruire delle informazioni obbligatoriamente prescritte, dovendo invece compiere tutte le attività necessarie al fine di rendere concretamente edotto delle stesse la controparte in modo chiaro e comprensibile⁴⁸.

Gli obblighi informativi sono previsti dal codice del consumo sia in via generale, sia, più nello specifico, con riguardo a determinati settori del mercato⁴⁹, a determinati contratti⁵⁰ o a particolari tecniche di negoziazione e conclusione del contratto⁵¹.

Essi coinvolgono l'intero ciclo contrattuale: innanzitutto, sono previsti durante la fase di sollecitazione all'acquisto, ossia "prima ancora che il contratto diventi un'ipotesi plausibile"⁵², se ne parla poi con riguardo alla fase delle trattative precontrattuali, al momento della stipulazione e nella fase successiva alla conclusione del contratto.

Venendo al contenuto di tali informazioni, il codice del consumo in incipit al titolo II della parte II (a cui è peraltro dedicato l'intera tematica qui in esame), dispone, in via generalissima e con valore programmatico, quale debba essere il contenuto essenziali degli obblighi informativi: la sicurezza, la composizione e la qualità dei prodotti e dei servizi⁵³.

Più nello specifico, i prodotti destinati al consumo devono riportare: la denominazione legale o merceologica del prodotto; il nome o la ragione sociale o marchio e sede del produttore o di un importatore stabilito nell'Unione europea; il paese d'origine se situato fuori dall'Unione europea; l'eventuale presenza di materiali o sostanze che possono arrecare danno all'uomo, alle cose o all'ambiente; i materiali impiegati e i metodi di lavorazione ove questi siano determinanti per la qualità o le caratteristiche merceologiche

⁴⁸ L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p.349 ss.

⁴⁹ Il riferimento è agli obblighi informativi previsti con riguardo al settore finanziario e con riguardo al settore turistico, contenuti nel relativo codice del turismo.

⁵⁰ Ad esempio il contratto di multiproprietà.

⁵¹ Il riferimento è ai contratti ed ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali.

⁵² Così A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p.349 ss.

⁵³ Articolo 5, comma 2, codice del consumo.

del prodotto; le istruzioni, le eventuali precauzioni e la destinazione d'uso, ove utili ai fini della fruizione e della sicurezza del prodotto⁵⁴.

Il legislatore ha poi dedicato particolare attenzione all'obbligo di indicazione del prezzo di vendita⁵⁵, riservandogli una specifica disciplina al fine di agevolare la comparazione merceologica e garantire al consumatore di effettuare una scelta quanto più possibile consapevole.

Venendo alle prescrizioni di forma, le informazioni debbono essere espresse in modo chiaro e comprensibile⁵⁶ (in relazione alla tecnica di comunicazione impiegata, alle modalità di conclusione del contratto e alle caratteristiche del settore) nonché – almeno – in lingua italiana. Debbono inoltre essere documentate per iscritto, in modo chiaramente visibile e leggibile, sulle etichette o sulle confezioni dei beni offerti in vendita, sugli opuscoli informativi, o su altro supporto durevole facilmente accessibile dal consumatore.

Ora, è proprio la forma ivi richiesta che pone in risalto una vistosa deroga al tradizionale paradigma contrattuale in ragione delle qualità soggettive dei soggetti contraenti.

Prima dell'introduzione della normativa a tutela del consumatore infatti, si parlava delle disposizioni prescrittive di vincoli di forma soltanto con riguardo alle tradizionali figure della forma *ad substantiam* (ove il vincolo di forma fosse imposto a pena di nullità del contratto) e della forma *ad probationem* (ove il vincolo di forma fosse imposto ai solo fini probatori).

L'esigenza di tutela del contraente debole posta alla base della *consumer protection* spinge oggi la dottrina a parlare di un nuovo vincolo formale, c.d. forma *ad informationem* o *ad transparentiam* o, ancora, di protezione. In tale ipotesi, peraltro da cogliersi in mancanza di univoci indici letterali sul solo piano dell'interpretazione, la

⁵⁴ Articoli 6 e 7 del codice del consumo.

⁵⁵ All'obbligo di indicazione del prezzo di vendita è dedicata l'intera sezione I del capo III del codice del consumo. L'articolo 14 dispone innanzitutto prevede per i prodotti offerti dai commercianti ai consumatori l'obbligo di indicazione del prezzo di vendita e del prezzo per unità di misura. L'articolo 16 indica nel dettaglio l'esenzioni da tale obbligo: sono esenti i prodotti per i quali l'indicazione del prezzo non risulti utile a facilitare le scelte d'acquisto o sia suscettibile d'ingenerare confusione (ad esempio per i prodotti di fantasia, o per i beni destinati ad essere venduti nella medesima confezione insieme ad altri di natura diversa).

⁵⁶ Si discute se debba al riguardo interpretarsi le espressioni come endiadi o, piuttosto, l'aggettivo "chiaro" attenga alla forma grafica dell'informazione mentre l'aggettivo "comprensibile" si riferisca al significato logico della disposizione.

“*forma funge da semplice vincolo conoscitivo del contenuto del contratto, assurgendo, quindi, a strumento attraverso il quale eliminare il gap informativo tra i contraenti, il quale caratterizza tutti i contratti stipulati tra professionista e consumatore*”⁵⁷. Di conseguenza, la violazione di tale vincolo darebbe semplicemente luogo ad un giudizio di responsabilità in capo all’operatore professionale per non aver adempiuto l’obbligo informativo su di egli gravante.

Da ultimo, bisogna dar conto di quali siano le conseguenze sul piano sanzionatorio nel caso di violazioni dei suddetti obblighi informativi.

La questione è quanto mai complessa e dibattuta. In premessa bisogna infatti dire che manca nel codice del consumo una disciplina generale che determini le conseguenze sul piano contrattuale nel caso di violazione degli obblighi informativi prescritto; ciò ha ovviamente portare ad un proliferare di opinioni dottrinale, solo in parte placate dall’intervento della Corte di Cassazione⁵⁸.

In assenza di una disposizione che regoli l’ipotesi di specie, gran parte della dottrina ricorre all’impostazione tradizionale secondo cui occorre distinguere tra regole di comportamento e regole di validità del contratto. Dalla qualificazione degli obblighi informativi quali regole di comportamento discenderebbe la loro rilevanza sul solo piano della responsabilità precontrattuale⁵⁹. Per cui, in caso di violazione dei suddetti obblighi nella fase precedente alla conclusione del contratto, il consumatore avrà diritto ad agire per il solo risarcimento del danno.

Altra parte della dottrina⁶⁰, invece, più sensibile alle tendenze evolutive prospettate dalla legislazione speciale, ritiene gli obblighi informativi e i vincoli di trasparenza imposti

⁵⁷ Così E. GRAZIUSO, *I nuovi contratti del turismo*, Milano, 2011, p.14

⁵⁸ Il riferimento è a Cass. Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e Cass. Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725.

⁵⁹ Ai sensi dell’articolo 1337 del codice civile.

⁶⁰ Fra tutti, V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, p.84. Tra gli indici positivi di tale dottrina, può citarsi, a titolo esemplificativo, l’articolo 67 *septies decies* del codice del consumo e l’articolo 52, comma 3 del codice del consumo, i quali, rispettivamente in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari e di contratti telefonici, sanciscono la nullità del contratto in caso di violazione degli obblighi informativi precontrattuali l’uno, nel caso in cui non sia inequivocabilmente dichiarata all’inizio della telefonata l’identità del fornitore e lo scopo commerciale della telefonata l’altro.

all'imprenditore idonei ad inficiare la validità del contratto nella convinzione che la violazione degli stessi equivarrebbe a violazione di norma imperativa, secondo quanto previsto dall'articolo 1418, comma 1, del codice civile.

Alla diatriba sopraesposta ha dato risposta la Corte di Cassazione la quale si è pronunciata sulla questione con particolare riferimento alla violazione degli obblighi informativi posti a carico degli intermediari finanziari a tutela del consenso informato dell'investitore.

La Suprema Corte ha dapprima escluso la configurabilità di una ipotesi sia di nullità testuale⁶¹ sia di nullità virtuale⁶², per poi riaffermare, in linea con l'interpretazione tradizionale, la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità.

Le prime, all'interno delle quali gli obblighi di informazioni di cui si discute debbono annoverarsi, danno diritto al risarcimento del danno configurando un ipotesi di responsabilità precontrattuale, se la loro violazione avviene prima della stipulazione del contratto; se la violazione avviene invece successivamente, essa può, laddove ricorrono gli estremi di gravità di cui all'articolo 1455 cod. civ., determinare la risoluzione del contratto per inadempimento giacché tali doveri *“pur essendo di fonte legale, derivano da norme inderogabili e sono quindi destinati a integrare a tutti gli effetti il regolamento negoziale vigente tra le parti”*.

A tali indici, la dottrina contraria risponde che *“senza dubbio il legislatore può isolare specifiche fattispecie comportamentali elevando la relativa proibizione al rango di norma di validità dell'atto, ma si tratta comunque di disposizioni suscettibili nella categoria della nullità testuale, la cui frammentarietà e asistematicità non consente di elevarle a principio generale e di farne applicazione in settori nei quali analoghe previsioni non figurano”* (A. CATRICALA', M.P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013, p.46).

⁶¹ La nullità testuale, ex articolo 1418, comma 3, cod. civ., è esclusa in quanto manca il presupposto di applicabilità della stessa, ossia l'espressa previsione di nullità del contratto. È altresì esclusa l'applicabilità dell'art. 1418, comma 2, cod. civ., relativo alla mancanza di uno degli elementi essenziali del contratto in quanto, anche laddove la mancanza delle informazioni inficiasse il consenso del consumatore, difficilmente potrebbe annientarlo del tutto, potendosi al più parlare di annullabilità del contratto.

⁶² La nullità virtuale, ex articolo 1418, comma 1, cod. civ., è esclusa in quanto la si ritiene applicabile solo qualora le norme violate, pur aventi carattere imperativo, altresì attengano ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale. Al riguardo la Corte di Cassazione afferma invece che *“i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e s'intende, allora, che la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo a nullità del contratto”*.

2.1.1.2 Le garanzie legali e convenzionali cui è soggetto il professionista

Continuando il discorso sull'analisi della tutela consumeristica dal punto di vista dell'imprenditore, con specifico riferimento all'incidenza della stessa sui paradigmi contrattuali delle fattispecie già disciplinate dal codice civile del 1942, non può prescindere dall'esame delle garanzie, legalmente previste e convenzionalmente stipulate tra le parti, nella vendita di beni di consumo.

Prima di analizzare nel dettaglio tale disciplina è però bene dare conto, seppur sommariamente, di quanto previsto dal codice civile in tema di garanzie relative al contratto di vendita, in modo da meglio evidenziare le peculiarità degli obblighi che gravano sugli imprenditori professionali in ragione dell'esigenze di protezione del contraente debole consumatore.

Effetto naturale del contratto di vendita, così come disciplinato dal codice civile, è l'obbligo del venditore di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa⁶³.

Le parti possono, con patto esplicito ed inequivoco, variamente limitare tali garanzie o addirittura rinunziarvi; salva la nullità del patto con cui teso ad escludere la garanzia per evizione derivante da fatto proprio del venditore, e l'inefficacia del patto con cui si limiti o escluda la garanzia per vizi se taciuti in mala fede dall'alienante.

Nel caso in cui l'acquirente subisca l'evizione egli potrà agire, se totale, per la risoluzione del contratto, la restituzione del prezzo e il risarcimento del danno; in caso invece di evizione parziale, egli potrà agire per la sola riduzione del prezzo, oltre al risarcimento del danno, a meno che non debba ritenersi, secondo le circostanze, che non avrebbe concluso il contratto se a conoscenza della limitazione del diritto acquistato, nel qual caso potrà chiedere la risoluzione del contratto.

Nel caso in cui invece il bene acquistato presenti dei vizi tali da rendere la cosa inidonea, in tutto o in parte, all'uso cui è destinata o da diminuirne in modo apprezzabile il valore, l'acquirente potrà agire per la risoluzione del contratto e la riduzione del prezzo, oltreché per il risarcimento del danno.

⁶³ La garanzia per vizi ed evizione ed evizione nel contratto di compravendita è disciplinata dagli articoli 1483 e ss. cod. civ.

La garanzia è tuttavia esclusa per legge se il compratore, al momento della conclusione del contratto, conosceva o avrebbe potuto agevolmente conoscere i vizi della cosa.

Il compratore decade dal diritto alla garanzia se non denuncia i vizi entro otto giorni dalla scoperta, a meno che il venditore abbia riconosciuto, anche tacitamente, o occultato l'esistenza del vizio.

Le relative azioni si prescrivono invece nel termine di un anno (dieci se vi è stato riconoscimento del vizio) decorrente dalla data di consegna della cosa.

Il Codice del consumo, al Capo I del Titolo III della Parte IV, artt. 128 ss., intitolato "Della vendita di beni di consumo", introduce regole peculiari in relazione ai contratti di vendita aventi ad oggetti beni di consumo. Occorre però sin da subito precisare come l'ambito di applicazione sia in realtà ben più ampio, dal momento che vi si ricomprendono, con una formula di chiusura espressiva del carattere trasversale della disciplina, anche *tutti gli altri contratti finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre*⁶⁴, con esclusione dei beni oggetto di vendita forzata e delle c.d. utilities (acqua, gas, energia elettrica). Sicché, il contratto di vendita è equiparato, ai fini che qui interessano, ai contratti di somministrazione, di appalto, d'opera e via dicendo.

La garanzia legale prevista consiste nell'obbligo in capo al venditore di consegnare beni conformi al contratto.

Innanzitutto occorre delimitare l'ambito di applicazione della disciplina in esame: occorre cioè definire cosa si intenda per beni di consumo.

Circa il concetto di conformità, l'opinione prevalente⁶⁵ fa rientrare sotto il *nomen* difetto di conformità tutte le ipotesi di vizio, difetto e di mancanza di qualità. Altra opinione⁶⁶, invece, propende per l'autonomia del concetto di conformità rispetto alle ipotesi di vizio, difetto e mancanza di qualità: la conformità, secondo tale tesi, evocherebbe un giudizio di relazione presupponendo un termine di raffronto.

⁶⁴ Articolo 128 cod. cons.

⁶⁵ A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2015, p. 310; G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, in *I contratti dei consumatori*, II, a cura di E. Gabrielli, E. Minervini, Torino, 2005, p. 993.

⁶⁶ V. BARBA, *L'obbligo di consegnare beni conformi al contratto*, in *Aspetti della vendita di beni di consumo*, a cura di F. Addis, Milano, 2003, p.57 e ss.

Il momento rilevante ai fini dell'accertamento circa la sussistenza o meno della conformità del bene è quello della consegna. Evidente è così la deroga alla regola generale sul trasferimento del rischio espressa dal codice civile: in deroga al principio della *res perit domino*, in base al quale il trasferimento del rischio consegue al trasferimento della proprietà, nel caso di vendita di beni di consumo l'alienante risponde dei difetti sopravvenuti alla conclusione del contratto ma anteriori alla consegna, nonché del perimento del bene fino alla consegna, a prescindere da qualunque valutazione di responsabilità.

Con riguardo ai criteri per accertare la conformità deve farsi in primo luogo riferimento a quelli individuati nel regolamento negoziale adottato dalle parti e, in mancanza, a quelli specificamente⁶⁷ definiti dal legislatore, purché non esista una causa di esclusione della rilevanza del difetto⁶⁸.

Particolarmente interessante appare l'ampio ventaglio di rimedi che l'ordinamento appresta a tutela del consumatore, affiancando alle tradizionali azioni di riduzione del prezzo e risoluzione del contratto quelle di esatto adempimento, ossia le azioni di riparazione e sostituzione del bene.

L'opinione prevalente è quella che, operando un bilanciamento di interessi sulla base dato letterale della norma⁶⁹, pone i suddetti rimedi in un rapporto gerarchico, in forza del quale il consumatore dovrebbe prima agire per la riparazione o la sostituzione e solo successivamente chiedere la riduzione o la risoluzione del contratto, ove i primi risultino

⁶⁷ Ai sensi dell'art. 129, comma 2, cod. cons., il bene si presume conforme se: risulta idoneo all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo; è conforme alla descrizione fatta dal venditore e possiede le qualità del bene presentato come modello o campione; presenta le qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene, e se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche dello stesso fatte dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura; è idoneo all'uso particolare voluto dal consumatore e da questo portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto e che il venditore abbia accettato anche per fatti concludenti.

⁶⁸ Ai sensi dell'articolo 129, comma 3, cod. cons., la responsabilità del venditore è esclusa *se al momento della conclusione del contratto il consumatore era a conoscenza del difetto, o non poteva escluderlo utilizzando l'ordinaria diligenza, o se il difetto derivi da istruzioni o materiali forniti dal consumatore.*

⁶⁹ Articolo 130, cod. cons.

oggettivamente impossibili o eccessivamente onerosi o ancora laddove il professionista non abbia provveduto tempestivamente o, pur tempestivamente intervenendo, l'abbia fatto arrecando notevoli inconvenienti al consumatore.

A completamento della tutela apprestata, è prevista infine la nullità⁷⁰ di ogni patto, anteriore È nullo ogni patto, anteriore alla comunicazione al venditore del difetto di conformità, volto ad escludere o limitare, anche in modo indiretto, i diritti del consumatore.

Esigenze di certezza del diritto impongono che la responsabilità del venditore sia contenuta entro determinati limiti temporali di decadenza e prescrizione⁷¹. Ciò non di meno, la peculiarità della disciplina emerge anche sotto quest'ultimo aspetto, ove si noti la maggiore ampiezza di tali limiti rispetto a quelli previsti dalla disciplina generale in materia di garanzia per vizi nella vendita.

Oltre alle garanzie legali a cui i professionisti sono per legge tenuti, essi possono assumere verso i consumatori ulteriori garanzie, al fine di invogliare il consumatore all'acquisto e attirare così una più numerosa clientela.

Tali forme di garanzie, dette per l'appunto convenzionali in quanto frutto di un libero accordo tra le parti, consistono nell'impegno assunto, da parte del professionista verso il consumatore e senza costi supplementari, di rimborsare il prezzo pagato, sostituire, riparare, o intervenire altrimenti sul bene di consumo, qualora esso non corrisponda alle condizioni enunciate nella dichiarazione di garanzia o nella relativa pubblicità⁷².

⁷⁰ Si tratta di una nullità relativa, azionabile dal solo consumatore o d'ufficio dal giudice ma solo a tutela del consumatore.

⁷¹ Il consumatore decade dai diritti previsti dall'articolo 130, comma 2, cod. cons., se non denuncia al venditore il difetto di conformità entro due mesi dalla data in cui ha scoperto il difetto. La relativa azione diretta a far valere i difetti non dolosamente occultati dal venditore si prescrive nel termine di ventisei mesi dalla consegna del bene. Se i difetti sono dolosamente occultati, il termine di prescrizione inizia a decorrere dal momento in cui il dolo viene scoperto. Infine, con riguardo al termine di durata del rapporto sostanziale, l'articolo 132 cod. cons., afferma che il venditore è responsabile se il difetto di manifesta entro il termine di due anni dalla consegna; se il difetto si manifesta entro sei mesi dalla consegna opera una presunzione relativa a favore del consumatore sarà quindi esonerato dal provare che il difetto esisteva sin da quel momento.

⁷² Articolo 128, comma 2, lettera c, codice del consumo.

Pur essendo la loro stipulazione volontaria, la legge ne subordina l'adozione a determinati oneri di forma e di contenuto che debbono dal professionista essere rispettati.

Riguardo alla forma, essa deve essere redatta in lingua italiana e, a richiesta del consumatore, deve essere disponibile per iscritto o su altro supporto duraturo a lui accessibile⁷³.

Riguardo invece al contenuto, nella garanzia deve essere innanzitutto obbligatoriamente contenuta l'indicazione che la stessa non comporti alcun pregiudizio al consumatore in relazione ai diritti ad egli attribuiti dalla legge⁷⁴, sul presupposto per cui la garanzia in questione costituisce una forma di garanzia ulteriore, che si aggiunge e non sostituisce quella legale.

Deve poi essere obbligatoriamente indicato, in modo chiaro e comprensibile, l'oggetto della garanzia e gli elementi essenziali necessari per farla valere, compresi la durata e l'estensione territoriale della garanzia, nonché il nome o la ditta e il domicilio o la sede di chi la offre⁷⁵, in ottemperanza al quel principio di trasparenza a cui debbono generalmente ispirarsi i rapporti contrattuali tra professionista e consumatore.

Il contenuto legalmente prescritto deve valutarsi non solo alla luce delle dichiarazioni negoziali attraverso cui viene prestata la garanzia, ma anche in riferimento alla relativa pubblicità⁷⁶.

Immediata conseguenza di ciò è, da un lato, che il professionista sarà tenuto a rispettare gli impegni pubblicizzati anche se non riprodotti nella dichiarazione negoziale e, dall'altro, che in caso di divergenza tra il contenuto pubblicitario e il contenuto della dichiarazione negoziale, si dovrebbe ammettere, come autorevolmente sostenuto⁷⁷, il ricorso al criterio ermeneutico di cui all'articolo 1370 cod. civ. (essenzialmente riprodotto all'articolo 35, comma 2, cod. cons.).

Da ciò deriverebbe quindi, dovendosi dare prevalenza all'interpretazione più favorevole al consumatore in caso di dubbio sul senso di una clausola, la possibilità di riconoscere

⁷³ Articolo 133, comma 3 e 4, codice del consumo.

⁷⁴ Articolo 133, comma 2, lettera a, codice del consumo.

⁷⁵ Articolo 133, comma 2, lettera b, codice del consumo.

⁷⁶ L'articolo 133, comma 1, codice del consumo, dispone al riguardo che *“la garanzia convenzionale vincola chi la offre secondo le modalità indicate nella dichiarazione di garanzia medesima o nella relativa pubblicità”*.

⁷⁷ A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2015, p. 352

prevalenza alle dichiarazioni pubblicitarie piuttosto che a quelle negoziali, ogni qual volta le prime risultino in concreto più favorevoli.

Il mancato rispetto dei vincoli formali e contenutistici sopraesposti non esclude la validità della garanzia, potendo in ogni caso il consumatore potersene valere ed esigerne l'applicazione⁷⁸.

Da quanto, pur brevemente, sopra esposto, il divario fra la disciplina in tema di vendita contenuta nel codice civile e quella dettata dal codice del consumo appare essere notevole. Quest'ultima infatti, è di gran lunga più ampia e garantista, attenta alle esigenze del consumatore quale soggetto meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, sul presupposto che una contrattazione rimessa alle mere logiche di mercato si realizzerebbe in pregiudizio sia del consumatore sia del mercato stesso, dato il comportamento tendenzialmente e naturalmente egoistico di coloro che in esso agiscono.

2.1.2 Situazioni di debolezza contrattuale connesse a contratti bilateralmente di impresa: il terzo contratto.

Se, come prima indagato, i contratti unilateralmente d'impresa, ossia quei contratti che vedono quali parti l'impresa e il consumatore, sono stati oggetto di particolare attenzione e perciò stesso ampiamente disciplinati da parte del legislatore comunitario e nazionale, parzialmente in ombra sono invece rimasti i contratti bilateralmente d'impresa, ossia quegli accordi in cui i soggetti della contrattazione sono da ambo i lati imprenditori.

Il paradigma normativo espresso dal codice civile del 1942 in ambito negoziale è quello di un contratto in cui le parti si muovono in una posizione di parità sociale ed economica: irrilevanti sono quindi le caratteristiche soggettive delle parti contraenti.

Ciò, lo abbiamo già notato, è oggi messo in discussione dall'emergere di nuove figure negoziali il cui tratto caratterizzante è la disparità di potere contrattuale. Il riferimento è, da un lato al contraente debole protagonista della *consumer protection* di matrice comunitaria, ossia il consumatore; dall'altro, al c.d. imprenditore debole, protagonista della disciplina ipotizzata dalla dottrina con la formula del terzo contratto.

⁷⁸ Articolo 133, comma 5, codice del consumo.

Nel quadro della tutela del contraente debole, bisogna però sin da subito mettere in evidenza gli elementi differenziali tra la tutela offerta al consumatore e quella offerta all'imprenditore debole.

La *consumer protection* è tutela connessa all'esistenza di uno status: l'appartenenza alla categoria "consumatore" determina automaticamente l'applicazione della disciplina in esame, viceversa, il contraente, pur debole, a cui però manchino le caratteristiche soggettive atte a qualificarlo "consumatore" nella definizione che ne dà la legge, non gode di tale tutela. In definitiva, la protezione del consumatore richiede la sola prova della qualità stessa di consumatore, e non già anche la prova dell'approfittamento del professionista.

Al contrario, l'imprenditore debole non riceve tutela in relazione ad uno status ma soltanto laddove nello specifico rapporto si realizzi, tenuto conto di tutte le circostanze di fatto e le condizioni di mercato, un abuso di dipendenza economica dell'altro contraente. È quest'ultimo quindi che dovrà fornire la prova specifica dell'abuso nella stipulazione del contratto, e la prova non avrà ad oggetto la posizione dominante della controparte, bensì il precipitato regolamentare in cui essa si manifesta, imponendo condizioni ingiustificatamente gravose o un regolamento di interessi che nel suo complesso si rivela eccessivamente squilibrato⁷⁹.

Nel terzo contratto infatti la formula di imprenditore debole non si specifica, così come avviene per quella di consumatore, in relazione ad una strutturale carenza informativa, dal momento che non può in astratto escludersi che tale imprenditore non disponga di informazioni sufficienti a contrattare su un piano paritario con la controparte. Essa si comprende invece in relazione alla concreta alterazione del profilo economico del regolamento contrattuale⁸⁰ determinata dalla mancanza di alternative soddisfacenti sul mercato.

⁷⁹ In tal senso G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p.74; E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, "terzo contratto"*, in *Contr. e impr.*, v. 1, 2009, pag. 138 s.

⁸⁰ Pregnanti al riguardo sono le osservazioni di Franco il quale sottolinea come "*nel fenomeno in questione, l'eventuale abuso del contraente che disponga di (una iniziale o sia riuscito ad acquisire nel corso del rapporto) una posizione di dominanza (relativa) sull'altra parte, è un abuso che tenderà a realizzarsi sul terreno delle condizioni economiche del rapporto, in quanto il contraente cercherà con il proprio comportamento ("opportunistic") di appropriarsi (ai danni dell'altra parte) della maggiore quantità possibile di plus – valore (economico) o quasi-*

Il riconoscimento della figura del “terzo contratto” non può quindi prescindere da una considerazione d’insieme dell’attività di impresa, atteso che non se ne possano esaminare i profili senza esaminare il mercato, nella chiara consapevolezza che il primo è soltanto uno strumento di regolamento del secondo e non può contrapporsi alla legge⁸¹.

Ma vi è di più. A far da sfondo e presupposto alla tutela giuridica del consumatore vi è il rispetto dei diritti fondamentali e inviolabili della persona, ossia dei principi generalissimi e comunemente recepiti.

Al contrario, il quadro di riferimento dell’imprenditore debole consiste in un principio fondamentale di segno opposto alla stessa sua protezione: la libertà di concorrenza.

Come infatti autorevolmente osservato, il legame tra la libertà contrattuale e l’eguaglianza formale tra i contraenti è talmente stretto che l’espandersi dell’una provoca, irrimediabilmente, il comprimersi dell’altra: così come la disuguaglianza sostanziale contraddice l’eguaglianza formale, analogamente la disparità di potere contrattuale contraddice il principio di libertà contrattuale.

Sicché, l’attività interpretativa effettuata sulla normativa posta a fondamento del terzo contratto, dovrà necessariamente tener conto dei principi che reggono il settore e informano di sé la disciplina.

Ciò preliminarmente osservato, occorre ora meglio precisare precisarsi il significato e la portata della dottrina sul “terzo contratto”⁸².

*rents che la relazione commerciale instaurata (a ad instaurarsi) è suscettibile di generare” (R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Cedam, 2010)*

⁸¹ Così, P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in *Diritto privato comunitario*, II, Napoli, 2008, p. 400.

⁸² La locuzione “terzo contratto” viene coniata da Pardolesi il quale la utilizza per la prima in R. PARDOLESI, *Prefazione* a Colangelo, *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, XI ss. L’Autore dapprima rilevava “*l’esistenza di una polarità contrapposta*” nei seguenti termini: “*da un lato, il contratto nobile, quello negoziato in ogni dettaglio da soggetti avvertiti, pienamente consapevoli del fatto di agire in un’arena ruvida, dove gli errori di programmazione si pagano a prezzo carissimo [...] contratto che interviene fra soggetti sofisticati, consapevoli del fatto che, nell’agire contrattuale, quisque faber fortunae suae e pienamente avvertiti dalla necessità di “azzerare il rischio giudice”, di evitare dunque che al loro convergere su un programma sia fatto dire, in sede di contenzioso, qualcosa di diverso da quello che essi intendevano perseguire [...] Al polo opposto, [...] il vasto continente del contratto dei consumatori. Non si può chiedere loro di supplire alla carenza di informazione che ne condiziona l’agire. La razionalità limitata, di cui sono prigionieri e vittime, è tutto quello che è dato pretendere da chi compie scelte di mero consumo: frammentarie, ancorché ripetitive, marginali, frettolose. Di qui la necessità di interventi che ne vendichino le*

Con tale espressione si fa riferimento a quel tentativo di riorganizzare, tramite un procedimento di astrazione concettuale e per principi, entro categorie giuridiche certe, seppur ridimensionate⁸³, quel *magmatico gorgoglio*⁸⁴ di nuove discipline⁸⁵ volte alla protezione del contraente debole, sotto un profilo microeconomico, e alla tutela della concorrenza e del mercato, sotto un profilo macroeconomico.

Analizzando le locuzioni che compongono la suddetta espressione, il riferimento è a quella “terra di mezzo” fra le polarità del primo contratto – ossia concluso tra parti dotate del medesimo potere contrattuale - e del secondo contratto – ossia concluso tra consumatore e professionista. Tale terra di mezzo si intende riferita, nella trattazione che segue, alla contrattazione tra imprese in contesti di asimmetria di potere contrattuale. Più nello specifico, in quest’ottica il sintagma “terzo contratto” ricomprenderebbe in sé i rapporti commerciali tra imprenditori in cui l’uno viene a trovarsi – immediatamente (e, dunque, geneticamente) ovvero in seguito (e, quindi, funzionalmente) al modificarsi dei fattori esterni cui esso si riferisce – in una situazione di dipendenza economica (relativa) nei confronti dell’altro⁸⁶.

ragioni... ”. Per poi profilare il “terzo contratto” come segue: “Sin qui le ovvie polarità. Che, però, non catturano l’universo. C’è, insomma, la “terra di mezzo”. Fuori di metafora, si deve convenire che, fra le situazioni in cui gli operatori corrono rischi consapevoli e quelle in cui lo herd behaviour dei consumatori invoca correttivi nel segno di norme imperative di sostegno, si stende un’ampia fascia di rapporti – B2B fra operatori non sofisticati, C2C e quant’altro – che non lasciano ricondurre ai modelli estremi [...] E’ l’area grigia del “terzo contratto”, quella che, forse più di ogni altra, richiama oggi (o dovrebbe farlo) l’attenzione dello studioso del diritto privato[...].”

⁸³ In questo senso, P.G. MONATERI, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 489. L’autore afferma che l’utilizzo del termine categoria avviene nella consapevolezza della sua riduzione semantica, ossia essa viene adoperata “non già nel senso di una sicura determinazione concettuale che ne individua oggetto e limiti, ma piuttosto nel senso greco pre-filosofico di *katà – agorèuo*, cioè di ciò di cui pubblicamente si discute”.

⁸⁴ Così sono definite da R. FRANCO, *cit.*, p. 5

⁸⁵ Il riferimento è all’articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192 in materia di subfornitura industriale; all’articolo 7 del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 in materia di ritardi nei pagamenti; alla legge 6 maggio 2004, n. 129 sull’affiliazione commerciale.

⁸⁶ R. FRANCO, *cit.*, p. 36.

2.1.2.1 *I referenti normativi*

Come precedentemente chiarito, la seguente trattazione circoscrive l'area del "terzo contratto" alla contrattazione tra imprese in contesti di asimmetria di potere contrattuale. Tale formula, se da un lato è forse meno ampia di quella alla quale originariamente pensava Pardolesi⁸⁷, è in compenso più omogenea e coesa. Essa presenta il vantaggio di offrire una base normativa all'ipotesi circa la configurabilità della categoria in esame. Si tratta dell'area su cui incidono quelle normative che, ora anche in materia di relazioni tra imprese, hanno dato variamente rilevanza a situazioni di debolezza di uno dei contraenti, sanzionando l'abuso dell'altro (contraente), e ricorrendo a tecniche rimediali notevolmente distanti da quelle del modello contrattuale classico⁸⁸.

Gli indici normativi a cui ci si riferisce sono, nello specifico, il D.lgs. del 9 ottobre 2002, n. 231 sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali; la legge del 6 maggio 2004, n. 129 sul contratto di franchising; l'art. 9 della legge del 18 giugno 1998, n. 192 sulla subfornitura industriale.

Nella convinzione che si tratti di una base normativa relativamente esigua, e comunque non paragonabili a quella che da corpo al diritto contrattuale dei consumatori, si segnala la tendenza, anche a livello comunitario, a rivolgere l'attenzione anche al tema dei rapporti contrattuali asimmetrici tra imprese. Il riferimento è alla Risoluzione sul diritto contrattuale europeo del 23 marzo 2006⁸⁹, ove il Parlamento europeo espressamente <<ricorda alla Commissione che il termine "impresa" va ben oltre il concetto di "grandi società", poiché comprende le piccole imprese – che possono essere formate anche da una sola persona – che richiedono spesso contratti "su misura", adatti ai loro bisogni e che tengano conto della loro relativa vulnerabilità quando devono negoziare con le grandi imprese >>. Ed ancora, più recentemente, ci si riferisce alla Risoluzione sul diritto contrattuale europeo del 7 settembre 2006, dove si legge che il Parlamento europeo << sostiene risolutamente un'impostazione mirante ad un più ampio QCR (quadro comune di riferimento) su questioni generali del diritto contrattuale, al di là della tutela dei

⁸⁷ R. PARDOLESI, *Prefazione* a COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, XI ss.

⁸⁸ Così, G. D'AMICO, *Il c.d. "terzo contratto": la formazione*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, I, p. 675.

⁸⁹ *Risoluzione sul diritto contrattuale europeo e la revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*, 23 marzo 2006, in *Gazzetta ufficiale* n. 305 E del 14/12/2006 pag. 0247-0248.

consumatori>>, e che esso invita la Commissione a portare avanti, oltre all'attività di revisione dell'*acquis* in materia dei consumatori, anche <<*i lavori relativi ad un più ampio QCR*>>.

2.1.2.1.1 L'abuso di dipendenza economica

L'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n.192 impone nel nostro ordinamento il divieto di abuso di dipendenza economica, ossia il divieto per una, o più imprese, di trarre indebito vantaggio dallo stato di dipendenza economica in cui si trova un'impresa cliente o fornitrice nei suoi/loro confronti.

La norma è il risultato di un lungo e tormentato *iter* parlamentare che pare utile brevemente ripercorrere, al fine di meglio comprendere la natura stessa dell'istituto; il continuo oscillare di quest'ultimo tra la legge antitrust e la legge sulla subfornitura ne testimonierebbe infatti la natura ibrida, quasi fosse composto di una duplice componente, l'una contrattuale, l'altra concorrenziale.

Ebbene, il legislatore, inserendo il divieto di abuso di dipendenza economica all'interno della disciplina sulla subfornitura nelle attività produttive di cui alla legge 18 giugno 1998, n. 192, piuttosto che nell'ambito della legge antitrust, ha innanzitutto operato una scelta di ordine sistematico che senza ombra di dubbio incide sotto il profilo ermeneutico. Nel fare ciò, scostandosi dagli esempi d'oltralpe degli ordinamenti francesi e tedeschi, egli ritenne di seguire i suggerimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Essa riteneva impropria la collocazione prospettata della figura in esame all'interno della legge antitrust dal momento che “ le norme antitrust sono disposizioni generali dirette a tutelare il processo concorrenziale in relazione all'assetto del mercato”, viceversa, la norma che dispone del divieto di abuso di dipendenza economica “costituisce una regola specifica inerente alla disciplina dei rapporti contrattuali tra le parti, con finalità che possono prescindere dall'impatto di tali rapporti sull'operare dei meccanismi concorrenziali. Inoltre, essa non ha alcun riscontro dell'ordinamento comunitario e affonda invece le radici nella tematica dell'equilibrio contrattuale e più precisamente nella valutazione del rapporto negoziale tra le parti. Le patologie di questo rapporto trovano rimedio nel divieto, e conseguente invalidità, di clausole vessatorie e

nelle garanzie stabilite a favore della parte più debole. La loro disciplina pertanto va inquadrata nell'ambito delle norme civilistiche relative alle obbligazioni e ai contratti"⁹⁰. Tale soluzione non andò esente da critiche. Quasi immediatamente dopo dall'emanazione della legge n. 192/ 1998 infatti, la Commissione Industria, Commercio e Turismo del Senato rilevò come introdurre l'istituto nell'ambito del diritto civile significasse limitare la possibilità di azionare l'istituto su sola iniziativa di parte, frustrandone di fatto la praticabilità da parte delle imprese in posizione di dipendenza economica le quali, difficilmente, avrebbero portato allo scoperto gli eventuali abusi della controparte.

Al fine quindi di garantirne l'attuazione e l'efficacia della disposizione in esame il legislatore intervenne⁹¹ sul testo normativo, attribuendo al giudice ordinario la competenza a conoscere delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica e riconoscendo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il potere di irrogare diffide e sanzioni, anche su segnalazione di terzi, nel caso in cui ravvisi un abuso di dipendenza economica sia rilevante per la tutela della concorrenza e del mercato, delineando così le linee di una doppia tutela, civile e antitrust, e dando, in definitiva, rilevanza sul piano del diritto positivo alla natura ibrida dell'istituto. Da quanto sin qui detto, pare quindi plausibile ritenere che la norma abbia una duplice finalità: protettiva del contraente debole, da un punto di vista prettamente civilistico e garantistica dell'efficienza del mercato, in una prospettiva di tipo concorrenziale.

Terminato così l'*excursus* storico, occorre ora analizzare nel dettaglio la disposizione normativa la quale, data la vaghezza della sua formulazione, non ha mancato di sollevare numerosi problemi nella sua interpretazione.

Circa l'ambito soggettivo di applicazione, i destinatari attivi e passivi del divieto imposto sono individuati dal termine "impresa". Nella prospettiva che qui interessa⁹², la

⁹⁰ Segnalazione AGCM 11 febbraio 1998, AS121, Disciplina della subfornitura nelle attività produttive.

⁹¹ Nello specifico, con l'articolo 11 della legge 5 marzo 2001, n. 57, recante "*disposizioni a tutela dell'apertura dei mercati*" è stato modificato il comma 3 ed è stato aggiunto il comma 3 bis.

⁹² In una diversa prospettiva, ai fini dell'applicazione della disciplina in esame non sarebbe rilevante la natura soggettiva della parte, bensì l'effettiva struttura organizzativa dell'impresa. Da ciò deriverebbe, in particolare, che suddetta disciplina non troverebbe applicazione ogni qual volta l'impresa sia priva di autonomia decisionale e organizzativa, come per esempio accade nei gruppi di società dove legittimamente rientra fra i poteri di direzione e controllo della società

disposizione è stata interpretata come recante una disciplina a tutela dell'imprenditore debole, sicché essa dovrebbe essere rivolta al solo imprenditore persona fisica, ossia a colui che, leggendo la nozione di consumatore in senso opposto, stipuli con imprese contratti compresi nell'attività imprenditoriali o professionale da lui svolta. La nozione di imprenditore debole appare così strettamente connessa a quella di consumatore, di cui a ben guardare ne rappresenta una mera "inversione"⁹³, e ne giustificerebbe l'attribuzione di una disciplina di tutela volta a proteggere la dignità della persona umana⁹⁴.

Circa invece l'ambito oggettivo di applicazione, a fronte di una tesi minoritaria che circoscrive l'ambito di applicazione del divieto in esame ai soli contratti di subfornitura sulla base della sua collocazione sistematica, l'opinione prevalente è nel senso di un'interpretazione estensiva della disposizione. Secondo quest'ultima dottrina, il divieto opererebbe non solo per il contratto di subfornitura bensì per qualsiasi relazione commerciale che realizzi la c.d. integrazione di filiera⁹⁵. A sostegno di tale tesi sono addotti: i precedenti stranieri espressamente richiamati dal legislatore⁹⁶, l'iter legislativo⁹⁷ e, soprattutto, la lettera della legge⁹⁸.

capogruppo nei confronti della società controllata la possibilità di determinare uno squilibrio nei diritti e negli obblighi derivanti da contratto. In tal senso A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratto di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 530.

⁹³ Il consumatore è infatti definito come "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta (Articolo 3, comma 1, lettera c, codice del consumo).

⁹⁴ E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore – persona, abuso di dipendenza economica, "terzo contratto"*, in *Contr. e impr.*, 2009, n. 1, p. 142.

⁹⁵ In tal senso, a titolo esemplificativo: R. CASO, R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?* in *Riv. dir. priv.*, 1998, 4, p. 725; G. VILLA, *Invalità e contratto tra imprenditori*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti, G. Villa, Bologna, 2008; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratto di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 119.

⁹⁶ Il riferimento è all'esperienza giuridica tedesca (§ 20, 2° Abs, GWB) e all'esperienza francese (Code de Commerce) in relazioni alle quali l'abuso di dipendenza economica non ha un'applicazione settoriale ma ricomprende tutti i rapporti tra imprese.

⁹⁷ Già dal breve excursus sull'iter legislativo della disposizione in esame sopra effettuato, si evince che l'intento del legislatore non era quello di inserire l'abuso di dipendenza economica in una disciplina di settore quanto piuttosto nella legge antitrust avente portata ben più generale.

⁹⁸ L'articolo 9 parla generalmente di imprese "clienti" e "fornitrici" e non di "subfornitori" e "committenti" come nelle restanti disposizioni contenute nella legge n. 192/1988.

La giurisprudenza è sul punto non univoca, riscontrandosi sia sentenze aderenti ad un'interpretazione estensiva sia sentenze restrittive dell'ambito di applicazione della disciplina.⁹⁹

Com'è chiaro sottolineare, è proprio la qualificazione della disposizione in esame come fattispecie transtipica a fronte di un'interpretazione quanto più estensiva e generalizzata possibile che permette alla ricostruzione della teoria del terzo contratto e al riconoscimento di una categoria di “imprenditori deboli” meritevoli delle garanzie già predisposte dall'ordinamento a tutela dei consumatori.

L'articolo 9 della legge 192/1998, impone il divieto alle imprese di abusare dell'eventuale situazione di dipendenza economica in cui altre imprese si trovino nei loro confronti. Ciò che viene vietato non è quindi la situazione di dipendenza economica in sé considerata, quanto l'abuso della stessa. Occorre quindi determinare cosa s'intenda con ambo le espressioni.

Con l'espressione “dipendenza economica” il legislatore fa riferimento alla “situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi” ed individua i criteri¹⁰⁰ che

⁹⁹ Per un'applicazione restrittiva dell'articolo 9 legge n. 192/98 ai soli contratti di subfornitura: Trib. Taranto, ord., 22 dicembre 2003, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 262 ss.; Trib. Bari, ord., 2 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3208; Trib. Roma, 16 agosto 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3207; Trib. L'Aquila, 13 dicembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 1275 ss.; Trib. Bari, 11 ottobre 2004, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 651 ss.

Per un'applicazione generalizzata a tutti i contratti tra imprese dell'abuso di dipendenza economica, indipendentemente dalla configurazione di un rapporto di subfornitura, cfr. Trib. Trieste, ord., 20 settembre 2006, in *Corr. Mer.*, 207, 178 ss.; Trib. Catania, ord., 5 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 262 ss.; Trib. Taranto, 17 settembre 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 3440; Trib. Roma, ord., 5 novembre 2004, in *Foro it.*, 2003, I, 3440; Trib. Parma, ord., 15 ottobre 2008, in *Obbl. contr.*, 2009, 77 ss.

Una tesi per così dire “intermedia” è quella espressa dalla sentenza di Trib. Roma, 5 febbraio 2008, in *Giur. It.*, 2009, 108 ss. In essa si afferma che l'abuso di dipendenza economica si applica, oltre alla subfornitura (superando così la formulazione della tesi restrittiva), a tutti i rapporti commerciali e contrattuali che si fondano su un'integrazione verticale nel processo produttivo o distributivo fra più imprese, ma non potrà estendersi in via generale ad altre ipotesi di dipendenza economica che possono determinare uno squilibrio fra le posizioni contrattuali (rifiutando così la tesi più estensiva).

¹⁰⁰ Il rapporto fra i criteri è discusso in dottrina. Una parte, qualifica la mancanza di alternative soddisfacenti sul mercato quale principale criterio legale di accertamento, ritenendo invece trascurabile la valutazione dell'eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi (R. CASO, R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?* in *Riv. dir. priv.*, 1998, 4); altra parte invece, assegna al criterio dell'eccessivo squilibrio una funzione residuale (P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza*

l'interprete deve utilizzare per verificare l'esistenza di una tale situazione nel potere di determinare un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi e nella reale assenza di alternative soddisfacenti. Il riferimento all'eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi, secondo l'opinione maggior diffusa, deve ritenersi legittimare sia un sindacato circa il contenuto normativo sia circa l'equità economica del contratto. Quanto invece alla possibilità di reperire alternative soddisfacenti sul mercato, la sua valutazione presuppone la determinazione del costo concorrenziale dell'alternativa per l'impresa dipendente, dovendo l'alternativa rappresentare una concreta opportunità di raggiungere un risultato utile per la realizzazione dell'interesse dell'imprenditore, reso vano dall'abuso.

Circa il concetto di abuso¹⁰¹, con tale espressione si farebbe riferimento ad una condotta illecita consistente in un *“oggettivo ed ingiustificato pregiudizio all'attività economica, ossia all'equilibrio economico dell'impresa dominata senza apprezzabile vantaggio dell'impresa dominante”*¹⁰².

Se il legislatore manca di dettare una definizione di abuso, d'altro canto egli si premura di fornirne degli esempi, individuando tre casi tipici entro cui l'abuso di dipendenza economica si realizza.

Il primo, consiste *nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare*, da intendersi riferito, secondo l'opinione prevalente¹⁰³, anche agli abusi posti in essere in assenza di precedenti rapporti commerciali tra le imprese considerate, a fronte di una tesi minoritaria che ne circoscrive invece l'applicabilità ai casi in cui fra le parti sia stato posto in essere almeno un rapporto d'affari.

economica, Milano, 2006) o valore semplicemente indiziario (G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009); infine, vi è chi, sulla base del dato letterale, attribuisce egual valore ad ambo i criteri (M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica ed autonomia privata*, Milano, 2003).

¹⁰¹ Altra definizione di abuso, da un punto di vista dell'analisi economica del diritto, è data da L. RENNA, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contratto e impresa*, II, 2013, p. 377 s., il quale afferma che *“l'abuso si concreta in quello che viene definito un hold up (un ricatto, un'estorsione) alla parte che ha effettuato gli investimenti specifici con conseguente appropriazione delle c.d. quasi rendite (quasi – rents). Il valore delle quasi rendite viene individuato nella differenza tra il valore del bene e il suo valore di recupero (salvage value), cioè il valore del suo migliore uso alternativo.”*

¹⁰² M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti, G. Villa, Bologna, 2008, p. 163.

¹⁰³ Ad esempio, D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura*, a cura di De Nova, Milano, 1998, p. 81.

Il secondo, fa riferimento all'*imposizione di condizioni contrattuali ingiustificamente gravose o discriminatorie*, le quali realizzano un ingiusto squilibrio contrattuale. Nella prospettiva che qui interessa¹⁰⁴ si ritiene debba farsi ricorso al criterio della buona fede oggettiva nella valutazione dello squilibrio economico di cui poc'anzi. L'accertamento dell'ingiustizia contrattuale è quindi rimesso alla discrezionalità del giudice il quale, valutando a posteriori il comportamento tenuto dalle parti, è chiamato ad effettuare un giudizio di bilanciamento dei vari interessi contrapposti, segnando la buona fede il limite del corretto esercizio dell'autonomia privata¹⁰⁵.

Terzo e ultimo caso tipico in cui si realizza l'abuso di dipendenza economica consiste nell'*interruzione arbitraria delle relazioni commerciali*. Perché si possa parlare di un comportamento illecito in tale ipotesi occorre, per l'appunto, che l'interruzione sia esercitata arbitrariamente, ossia senza giusta causa. Conformemente ai principi generali del diritto civile in tema di esercizio del diritto di recesso, ciò può accadere, nei contratti a tempo determinato, anche prima della scadenza; nei contratti a tempo indeterminato invece, poiché il recesso costituisce un legittima scelta imprenditoriale, occorre specificamente che l'atto interruttivo sia caratterizzato da un intento abusivo; in caso di mancato rinnovo di un contratto scaduto, laddove una serie di rinnovi abbiano ingenerato il legittimo affidamento nella controparte circa la prosecuzione del rapporto negoziale.¹⁰⁶

Il rimedio predisposto dal legislatore per sanzionare l'abuso di dipendenza economica è quello della nullità del relativo patto con cui essa si realizza. Le sue indicazioni si fermano tuttavia a questo: l'articolo 9, comma 3, dispone "*il patto attraverso il quale si realizza*

¹⁰⁴ In diversa prospettiva, ai fini della valutazione dello squilibrio contrattuale si richiamano i *Principi Unidroit* – ossia i principi dei contratti commerciali internazionali, pubblicati nel 1994 su iniziativa dell'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto privato – secondo cui per eccessivo squilibrio tra le prestazioni delle parti deve intendersi l'ingiustificata attribuzione ad una di esse di un vantaggio eccessivo derivante dallo sfruttamento dello stato di dipendenza, difficoltà economica o da necessità immediate della controparte oppure ancora da sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare. In questo senso F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, III, 1993, p. 654 – 655.

¹⁰⁵ In tal senso, E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, V, 2005, p. 527.

¹⁰⁶ Le tre ipotesi riportate in cui può manifestarsi un'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali sono individuate da R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, p. 141.

l'abuso di dipendenza economica è nullo” senza nulla dire riguardo al regime di questa invalidità, in particolare se essa si estenda o meno all'intero contratto e chi sia legittimato a farla valere.

Sul presupposto che la ratio di tale disciplina sia individuabile nell'esigenza di protezione del contraente debole, per presunta analogia con quanto disposto a tutela del consumatore, si propone di applicare l'articolo 36 cod. cons. in materia di nullità di protezione delle clausole vessatorie nei contratti con il consumatore. Da ciò deriverebbe quindi, per ragioni di coerenza ed unitarietà dell'ordinamento, l'applicazione della relativa disciplina consumeristica la quale consentirebbe di affermare anche in relazione ai contratti di impresa la parziarietà della nullità e la legittimazione relativa a farla valere in giudizio, su istanza dell'imprenditore debole o d'ufficio dal giudice ma a protezione dell'imprenditore debole¹⁰⁷.

2.1.2.1.2 I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali

Il secondo referente normativo per la teorica del “terzo contratto” è contenuto nel D.lgs. n. 231/2002 in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Secondo diversa impostazione, dovrebbe ricorrersi invece al regime dell'annullabilità, in quanto il suo regime (legittimazione relativa, non rilevabilità d'ufficio, possibilità di convalida e prescrittibilità dal momento in cui cessa il vizio) sarebbero coerenti con la ratio della disciplina sull'abuso di dipendenza economica (in tal senso, Ph. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, p. 488). Altra dottrina ancora, ritiene debbano applicarsi i rimedi di tipo rescissorio, sul presupposto per cui cos' come con la rescissione, relativamente allo stato di bisogno, il legislatore avrebbe in questo caso inteso tutelare una situazione di sproporzione tra le prestazioni contrattuali derivante dallo stato di dipendenza economica (in tale senso, E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore – persona, abuso di dipendenza economica, <<terzo contratto>>*, in *Contr. e impr.*, 2009, n. 1, p. 145).

¹⁰⁸ E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore – persona, abuso di dipendenza economica, <<terzo contratto>>*, in *Contr. e impr.*, 2009, n. 1, p. 126 s., avanza dei dubbi circa la possibilità di annoverare il D.lgs. n. 231 del 2002 fra le basi normative per la ricostruzione di una teoria del “terzo contratto”. Egli rileva come sia l'ambito soggettivo di applicazione sia l'oggetto specifico della normativa siano di ostacolo alla formulazione di argomentazioni persuasive a favore della costruzione della figura dell'imprenditore debole. Con riferimento al primo, sul presupposto per cui il ritardo dei pagamenti costituisce un ostacolo di sempre maggior rilevanza nell'ambito del mercato comunitario e delle operazioni economiche transfrontaliere, la relativa normativa si dirige anche verso le grandi imprese, gli esercenti libere professioni, e, soprattutto, verso la pubblica amministrazione, tradizionalmente considerata per ragioni di tipo burocratico come cattivo pagatore. In relazione invece all'oggetto della normativa di cui si discute, quest'ultima non prende in considerazione il contenuto complessivo del contratto ma soltanto l'obbligazione pecuniaria di pagamento, sicché il potere di controllo del giudice potrebbe essere esercitato solo

Il soprarichiamato decreto legislativo è stato emanato dal legislatore italiano in attuazione della direttiva 2000/35/CE, tramite la quale il Parlamento ed il Consiglio Europeo intendevano introdurre, in tutti gli Stati Membri, strumenti giuridici efficacemente dissuasivi avverso i ritardi nei pagamenti dei crediti di carattere commerciali.

L'intento era principalmente quello di tutelare le piccole e medie imprese, gli artigiani e i lavoratori autonomi, quali soggetti che tradizionalmente operano nel mercato in una posizione di svantaggio economico, dai rischi connessi a termini di contratto eccessivamente lunghi. Ad una tale considerazione dell'esigenze di impresa, constatato l'eccessivo divario tra gli Stati membri sui termini contrattuali di pagamento, si affiancava, nell'intento comunitario, la necessità di un intervento garantivo del corretto funzionamento del mercato e risolutivo dei problemi conseguenzialmente legati alle distorsioni della concorrenza¹⁰⁹.

Si trattava di una normativa che muoveva da un capovolgimento di prospettiva rispetto all'impostazione tradizionale. Questa poneva al centro della protezione giuridica la figura del debitore, mentre il creditore veniva considerato come il soggetto "forte" del rapporto obbligatorio.

Una valutazione economica moderna ha invece rilevato che bisognosa di protezione giuridica è la figura del creditore, che presta la propria attività e non può ricevere il corrispettivo in denaro in ritardo, e comunque oltre un certo termine.

Il ritardo nel pagamento incide sulle ragioni dell'economia, provocando difficoltà nel bilancio complessivo soprattutto, seppur non esclusivamente, nelle medie e piccole imprese¹¹⁰.

riguardo alla determinazione temporale, sostituendo a quanto dalle parti convenuto i termini legali di pagamento o altri che, secondo una valutazione equitativa, ritenga congrui.

¹⁰⁹ Per un approfondimento, C. CHESSA, *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2006, p.439. Nello specifico, l'Autore puntualizza che, nonostante la dichiarata finalità della lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, nell'analisi dei considerando (soprattutto dal 7 al 10) della direttiva, si desume che l'obiettivo principale della disciplina comunitaria coincide in realtà con l'intento di ridurre la lunghezza eccessiva dei tempi di pagamento presenti in alcuni Paesi membri (riconducibili all'area mediterranea) la cui prassi imprenditoriale ostacola il buon funzionamento del mercato comune e diverge nettamente dai termini medi di adempimento praticati, di regola, nei Paesi scandinavi, germanici e anglosassoni.

¹¹⁰ Sul punto vedi E. RUSSO, *cit.*, p.120.

Nel nostro ordinamento, quindi, la disciplina del ritardo dei pagamenti è stata localizzata alle transazioni commerciali, e cioè ai contratti di qualsiasi tipo intercorrenti tra imprese fra di loro, o tra imprese e pubblica amministrazione. Tale disciplina non prende però in considerazione il contenuto complessivo del contratto, ma soltanto un'obbligazione pecuniaria e, precisamente, dell'obbligazione di pagamento costitutiva del corrispettivo della consegna di beni o della prestazione di servizi. Così che, il potere di controllo del giudice può essere esercitato solamente con riferimento alla determinazione temporale, sostituendo all'accordo privato i termini legali di pagamento o quelli che ritieni comunque congrui a seguito di una valutazione di tipo equitativo.

La direttiva 2000/35/CE è poi stata abrogata con efficacia decorrente dal 16 marzo 2013, e sostituita con la direttiva 2011/77UE del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (rifusione).

La portata innovativa di tale direttiva si comprende appieno, con particolare riferimento alla tutela dell'imprenditore debole, alla luce di quanto indicato nei considerando numero 6, 12 e 28.

Nel considerando numero 6, nel contesto di una comunicazione della Commissione indirizzata al Parlamento Europeo¹¹¹, la Commissione Europea stessa sottolinea la necessità di agevolare l'accesso al credito per le piccole e medie imprese e di creare un contesto giuridico ed economico che possa favorire la puntualità dei pagamenti nelle transazioni commerciali, sottolineando la particolare responsabilità che in quest'ambito grava sulle pubbliche amministrazioni.

Il considerando numero 12 specifica invece che *“i ritardi di pagamento costituiscono una violazione contrattuale resa finanziariamente attraente per i debitori nella maggior parte degli Stati Membri dai bassi livelli degli interessi di mora applicati o dalla loro assenza e/o dalla lentezza delle procedure di recupero”*. Su tale premessa, la direttiva si propone quindi di divulgare una “cultura” dei pagamenti rapidi, elevando a clausola o prassi contrattuale gravemente iniqua il divieto di applicare interessi moratori: solo adoperandosi in tale direzione, introducendo ossia specifiche disposizioni sui periodi di

¹¹¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 25 giugno 2008, dal titolo “Una corsia preferenziale per la piccola impresa. Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola impresa (uno “*Small Business Act*” per l'Europa) [COM (2008) 394 def.]

pagamento e sul risarcimento dei creditori per le spese sostenute, si riesce nell'intento di disincentivare i ritardi nei pagamenti.

Da ultimo, e di fondamentale importanza, il considerando numero 28 sancisce il principio secondo cui *“la presente direttiva dovrebbe proibire l'abuso della libertà contrattuale a danno del creditore”*. Nello specifico, si parla di abuso ogniqualvolta una clausola contrattuale o una prassi relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso di interesse di mora o al risarcimento dei costi di recupero, non possa trovare giustificazione sulla base delle condizioni concesse al debitore, o si ponga quale principale obiettivo quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore. Conseguenzialmente, qualsiasi prassi o clausola contrattuale che fortemente si discosti dalla prassi commerciale o risulti contraria al principio di correttezza e buona fede deve considerarsi iniqua nei confronti del creditore.

L'Italia ha recepito la presente direttiva con il D.lgs. n. 192/2012, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 267 del 15 novembre 2012, che modifica ed integra il decreto legislativo n.231/2002 il quale aveva a sua volta recepito la direttiva 2000/35/CE. Il decreto è entrato in vigore il 30 novembre 2012 e si applica alle transazioni commerciali concluse a decorrere dal 1 gennaio 2013.

Più specificamente, esso trova applicazione ai *“contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva e prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo”*, con esclusione dall'ambito di applicazione dei contratti dei consumatori.

Conformemente a quanto dalla direttiva disposto, le clausole contrattuali che prevedono termini di pagamento, saggio degli interessi moratori e risarcimento dei costi di recupero, differenti rispetto alla disciplina legale di cui al D.lgs. n. 192/2012 sono nulle, ove gravemente inique. Sono quindi indicati nel decreto alcuni criteri guida per il giudice nella valutazione dell'iniquità o meno a danno del creditore di una clausola contrattuale di deroga.

2.1.2.1.3 La legge sul contratto di franchising

In Italia l'ufficializzazione, tramite l'espresso riconoscimento normativo della fattispecie, del franchising – o affiliazione commerciale – si è compiuta per mezzo della legge n. 129

del 6 maggio 2004. Quest'ultima riconosce sul piano del diritto positivo un tipo contrattuale in realtà già largamente diffuso nella prassi dei rapporti commerciali internazionali¹¹² e ritenuto dalla giurisprudenza¹¹³ idoneo a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

¹¹² Tra le definizioni invalse nella prassi internazionale quella che, a mio avviso, meglio descrive la fattispecie del *franchising*, lo descrive nei seguenti termini: "Franchising is a method of doing business. It is a method of marketing a product and/or service which has been adopted and used in a wide variety of industries and businesses. The word "franchise" literally means to be free. In this sense, franchising offers people the freedom to own, manage and direct their own business. However, as with any freedom, there are responsibilities. In franchising, these responsibilities have to do with the franchisee's commitments and obligations usually spelled out in a franchise agreement or contract to the franchiser. The franchiser is the one who owns the right to the name or trademark of the business. The franchisee is the one who purchases the right to use the trademark and system of business. There are two different types of franchise arrangements: product distribution arrangements in which the dealer is to some degree, but not entirely, identified with the manufacturer/supplier; and business format franchises in which there is complete identification of the dealer with the buyer. Business format franchises offer the franchisee not only a trademark and logo but a complete system of doing business. Indeed, the word "system" is the key concept to franchising. A franchisee receives assistance with the selection of the business, personnel training, business set-up, advertising, and product supply. For these services the franchisee pays an up-front franchise fee and on-going royalty which enables the franchiser to provide training, research and development and support for the entire business. It is a nutshell, the franchisee purchases someone else's expertise, experience and method of doing business".

In ogni caso, comunque lo si voglia descrivere, dal raffronto fra le varie definizioni di franchising offerte dalla dottrina anglosassone emergono cinque caratteristiche di base comuni:

1. a branding in one form or another;
2. a business system;
3. a license to use the branding and system;
4. the payment of some form of direct or indirect consideration by the franchisee to the franchisor;
5. the investment in, and ownership of, the assets of the franchised business by the franchisee.

¹¹³ Nell'ambito della giurisprudenza di merito si segnala la sentenza del *Tribunale di Milano* del 28 febbraio 2002, in *Giurisprudenza milanese*, 2002, 273. La massima recita "Il contratto di franchising, ormai affermatosi nella prassi negoziale, risulta meritevole di tutela giacché le reciproche prestazioni di servizi permettono all'affiliante di aumentare le proprie capacità di penetrazione sul mercato e, in pari modo, permettono all'affiliato di giovare della posizione di affidabilità e di prestigio acquisita dall'affiliante e di inserirsi quindi nel mercato sfruttando la conoscenza da parte dei consumatori del nome dell'impresa primaria e mantenendo una facciata di imprenditorialità. Di regola, gli obblighi del "franchisor" sono individuati nell'impiego di aggiornare ed esplicitare il c.d. "know how" al "franchisee" per permettergli di mettere a disposizione degli utenti i servizi realizzati secondo le istruzioni trasmesse dal "franchisor". In tale contesto contrattuale, ove ciascuna parte agisce con i propri rischi imprenditoriali, il funzionamento del servizio offerto all'affiliato rappresenta una condizione essenziale per il raggiungimento dello scopo contrattuale, affinché l'affiliato sia messo in grado di offrire ai propri utenti il medesimo servizio predisposto ed organizzato dall'affiliante".

Nell'ambito della giurisprudenza di legittimità si segnala, invece, la sentenza della I sezione della *Corte di Cassazione*, n. 8378, del 20 giugno 2000, in *Giustizia civile*, 2001, I, 1327, secondo cui

Il contesto sociale ed economico che fa da sfondo al fenomeno del franchising è costituito dall'incessante evoluzione delle necessità dei consumatori e, in conseguenza, delle loro scelte e modalità di consumo. In quest'ottica, il contratto franchising rappresenta uno dei principali strumenti di strategia economica per la modificazione dell'organizzazione produttiva di impresa, nell'intento di perseguire una redditizia politica di "globalizzazione delle formule commerciali", contestualmente caratterizzata dall'avviamento di processi di decentramento produttivo su scala internazionale nonché dalla tendenza alla standardizzazione dei rapporti contrattuali e all'omologazione dei beni, dei servizi e delle relative offerte. Nel novero dei contratti che regola la distribuzione dei prodotti, il franchising fra tutti, si è dimostrato essere la figura che meglio di altre ha dato voce all'esigenza di creare un rapporto diretto tra produttore e venditore al dettaglio così da limitare sin quasi a far scomparire i margini di autonomi di quest'ultimi, facendo venir meno quella catena di intermediazioni che per lungo tempo ha connotato il percorso dei beni dal produttore al consumatore finale¹¹⁴.

Ciò che preme qui evidenziare è la collocazione del contratto di franchising nel panorama dei contratti di impresa, ragionando in particolar modo sulle ragioni che hanno indotto la dottrina a ricomprenderlo tra i referenti normativi della teorica del terzo contratto. Non è questa quindi la sede per un'analisi compiuta, strutturale e funzionale, dell'istituto.

Ebbene, si rileva innanzitutto come esso sia previsto dal legislatore italiano quale contratto bilaterale, stipulato tra due "soggetti giuridici"¹¹⁵, rispettivamente denominati franchisor (o affiliante) e franchisee (o affiliato).

"il contratto di franchising o di affiliazione commerciale tra due società costituisce espressione del principio di libertà di iniziativa economica privata garantito dall'articolo 1322 del codice civile e ancor prima dall'articolo 41 della Costituzione, il quale consente e tutela l'aggregazione e l'affiliazione e comunque la collaborazione di imprese".

¹¹⁴ In tal senso, V. FARINA, *Il franchising: profili rimediali*, in *Rass. dir. civ.*, II, 2011, p. 433.

¹¹⁵ È questa la locuzione utilizzata all'articolo 1, l. 192/2004. In merito, A. FICI, *Il contratto di franchising*, Napoli, 2012, si domanda se tale locuzione si riferisca ai soli imprenditori o ricomprenda invece anche i consumatori ponendosi poi la questione circa la possibilità di qualificare il contratto in esame come contratto tra imprese. Al riguardo egli rileva come la questione sia priva di rilievo, sia ai fini dell'applicazione della disciplina sul franchising, poiché la legge relativa non include tra i requisiti soggettivi di qualificazione della fattispecie la natura imprenditoriale dei contraenti, sia ai fini dell'eventuale applicazione della legislazione in materia di contratti tra imprese con asimmetria di potere contrattuale. Per quanto concerne quest'ultimo profilo, infatti, va rilevato che l'applicazione di tale disciplina presuppone non già l'astratta e

La funzione del *franchising* consiste nel predisporre una particolare forma di aggregazione di impresa nel cui ambito risulta essenziale la dimensione della rete, la formalità delle relazioni, l'assetto dei rapporti tra le imprese componenti la rete e la capillare distribuzione del potere all'interno della stessa, così derivandone la qualificazione del contratto entro il più ampio orizzonte dei contratti di distribuzione¹¹⁶.

Nell'ottica che qui interessa, risulta facile comprendere le ragioni che hanno spinto la dottrina italiana a ricomprendere la legislazione sul franchising entro l'alveo del dibattito intorno alla rintracciabilità nell'ordinamento di una disciplina di protezione dell'imprenditore debole ove si noti la particolare attenzione che il legislatore, sulla scorta della disciplina europea di riferimento¹¹⁷, ha posto nel tentativo di risolvere alcune

preventiva qualificazione del contratto come "contratto tra imprese", eventualmente in ragione della natura imprenditoriale delle parti al momento della sua conclusione, bensì l'esistenza di un rapporto tra imprenditori, o commerciale, allorché uno di essi invoca la tutela da questi predisposta.

¹¹⁶ Non vi è concordia sul punto della dottrina. Parte di essa qualifica come contratti di distribuzione i soli contratti di franchising c.d. di distribuzione, escludendone invece i contratti di franchising c.d. di produzione e di servizi, sul rilievo per cui essi non attuerebbero una funzione distributiva in senso stretto, non dando luogo ad alcuna vicenda circolatoria di beni tra i contraenti. A sostegno di tale tesi, F. DI CIOMMO, *Il franchising e gli altri contratti di distribuzione*, in V. Cuffaro (a cura di), *L'affiliazione commerciale*, Torino, 2005; A. FICI, *La qualificazione del contratto di franchising*, in *Riv. dir. priv.*, I, 2009, 75.

¹¹⁷ La normativa comunitaria sul contratto di franchising, in epoca antecedente all'entrata in vigore della legge italiana n.129/2004, era rappresentata dal Regolamento (non reiterato) n. 4087/88/CE, del 30 novembre 1988, concernente l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi di franchising. Nello specifico, da un lato, si precisava che gli accordi di franchising possono ricadere nell'alveo di quegli accordi tra imprese vietati ex art. 85, TCE, paragrafo 1 (ora, articolo 101 TFUE) qualora influiscano sul commercio intracomunitario in quanto stipulati tra imprese di differenti Stati membri oppure costituiscono la base di una rete che si estende al di là dei confini di un singolo Stato membro; dall'altro, che detti accordi migliorano la distribuzione di merci e/o la prestazione di servizi in quanto danno ai concedenti la possibilità di porre in essere una rete uniforme avente investimenti modesti, fenomeno che può favorire l'ingresso sul mercato di nuovi concorrenti, specie piccole e medie imprese, accrescendo così la concorrenza fra marchi e che grazie a tali accordi i consumatori e altri utilizzatori finali fruiscono altresì di una congrua parte dei risultati per effetto del duplice vantaggio rappresentato da una rete uniforme e dalla presenza di operatori commerciali personalmente interessati all'efficiente funzionamento della loro impresa. Nell'ottica di tutela del mercato e della concorrenza, la normativa in parola aveva esclusivo valore ai fini dell'esenzione di quegli accordi di franchising che, pur ricadendo sotto il disposto dell'articolo 101 TFUE, paragrafo 1, potevano in linea di massima essere considerati conformi alle condizioni di cui al paragrafo 3 della stessa disposizione. Le norme di equilibrio contrattuale che ivi si ritrovavano servivano al legislatore comunitario per rafforzare la posizione del franchisee nel mercato per cui, quando ivi si parlava di durata minima del contratto per ammortizzare gli investimenti, si riequilibrava il contratto non ai fini di tutela dell'impresa debole, bensì in funzione dell'esigenza di garantire la concorrenzialità

criticità che la prassi commerciale aveva sollevato intorno alla posizione degli affiliati, tra cui, principalmente, la mancanza delle informazioni necessarie ai fini di una preventiva valutazione dell'utilità dell'affiliazione; il rischio di perdere gli investimenti specifici compiuti in esecuzione del contratto per comportamenti opportunistici dell'affiliante; il timore della cessazione del rapporto prima del completo ammortamento degli investimenti stessi.

Il legislatore italiano quindi, nel tentativo di contemperare alle opposte esigenze di disciplinare il contenuto degli obblighi contrattuali senza minare l'agilità e la duttilità del contratto di franchising, ha optato per una minuziosa ed ampia regolamentazione del profilo della formazione del contratto, in ottemperanza ai principi di trasparenza e corretta informazione e nella consapevolezza della debolezza del franchisee il quale non dispone normalmente delle medesime informazioni del franchisor ed è tenuto a sopportare costi iniziali di investimento ingenti che lo espongono poi al rischio di abusi della controparte. E così, con l'evidente finalità di garantire una maggiore trasparenza del rapporto e di tutela specie dell'affiliato, vengano innanzitutto specificamente indicati i contenuti da doversi inserire nel documento contrattuale¹¹⁸ quali, ad esempio, l'ammontare degli investimenti e delle eventuali spese d'ingresso che l'affiliato deve sostenere prima dell'inizio dell'attività.

Risponde altresì ad un'esigenza di tutela dell'affiliato, ai fini della valutazione da parte di questi della reale convenienza economica dell'instaurazione del rapporto di affiliazione commerciale, la condizione che, per poter costituire una rete di *franchising*, l'affiliante deve prima aver sperimentato sul mercato la propria formula commerciale (o piano di mercato).

del mercato: il regolamento non tutelava una debolezza strutturale del franchisee, ma una debolezza competitiva. Ciò posto, non può però negarsi che, pur in un'ottica differente, in ambito comunitario si ha ben presente, allorché si parla di concorrenza, che un distributore è generalmente un imprenditore debole e poco indipendente.

¹¹⁸ L'articolo 3, comma 4, l. 129/2004, nello specifico dispone che "il contratto deve espressamente indicare: l'ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso che l'affiliato deve sostenere prima dell'inizio dell'attività; le modalità di calcolo e di pagamento delle *royalties*, e l'eventuale indicazione di un incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato; l'ambito di eventuale esclusiva territoriale sia in relazione ad altri affiliati, sia in relazione a canali ed unità di vendita direttamente gestiti dall'affiliante; la specifica del *know-how* fornito dall'affiliante all'affiliato; le eventuali modalità di riconoscimento dell'apporto di *know-how* da parte dell'affiliato; le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione; le condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione del contratto stesso.

Pari finalità sono poi sottese all'analitica disciplina di cui all'articolo 4 della legge che regolamenta in maniera dettagliata gli adempimenti in obbligo all'affiliante nella fase antecedente alla stipulazione del contratto¹¹⁹.

Punto debole della normativa in questione è però rappresentato nella carenza di un'espressa sanzione per l'inadempimento degli obblighi di cui sopra da parte del *franchisor*¹²⁰.

Con riferimento infine al tema della rinegoziazione del contratto, ossia circa la necessità di una modificazione dei termini contrattuali a seguito del maturare di sopravvenienze non previste o non sufficientemente regolamentate in sede di conclusione del contratto, la disciplina del franchising appare piuttosto lacunosa, eccezion fatta per la previsione della durata minima del contratto di franchising la quale si afferma debba essere sufficiente ad ammortizzare l'investimento e, comunque, non inferiore a tre anni. Autorevole dottrina però, muovendo dalla lettura della disposizione in esame alla luce dell'articolo 9, l. n. 192/1998 in tema di divieto di abuso di dipendenza economica, con particolare riferimento all'obbligo di non interrompere arbitrariamente le relazioni

¹¹⁹ L'articolo 4, l. 129/2004, prevede nello specifico che "Almeno trenta giorni prima della sottoscrizione di un contratto di affiliazione commerciale l'affiliante deve consegnare all'aspirante affiliato copia completa del contratto da sottoscrivere, corredato dei seguenti allegati, ad eccezione di quelli per i quali sussistano obiettive e specifiche esigenze di riservatezza, che comunque dovranno essere citati nel contratto: principali dati relativi all'affiliante, tra cui ragione e capitale sociale e, previa richiesta dell'aspirante affiliato, copia del suo bilancio degli ultimi tre anni o dalla data di inizio della sua attività, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni; l'indicazione dei marchi utilizzati nel sistema, con gli estremi della relativa registrazione o del deposito, o della licenza concessa all'affiliante dal terzo, che abbia eventualmente la proprietà degli stessi, o la documentazione comprovante l'uso concreto del marchio; una sintetica illustrazione degli elementi caratterizzanti l'attività oggetto dell'affiliazione commerciale; una lista degli affiliati al momento operanti nel sistema e dei punti vendita diretti dell'affiliante; l'indicazione della variazione, anno per anno, del numero degli affiliati con relativa ubicazione negli ultimi tre anni o dalla data di inizio dell'attività dell'affiliante, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni; la descrizione sintetica degli eventuali procedimenti giudiziari o arbitrali, promossi nei confronti dell'affiliante e che si siano conclusi negli ultimi tre anni, relativamente al sistema di affiliazione commerciale in esame, sia da affiliati sia da terzi privati o da pubbliche autorità, nel rispetto delle vigenti norme sulla *privacy*."

¹²⁰ L'art. 8, l. 129/2004, si limita a prevedere una sanzione nell'ipotesi in cui siano fornite false informazioni, non disciplinando invece il caso in cui le informazioni non siano fornite affatto, siano incomplete, o l'evenienza in cui il contratto e/o allegati non contengano le informazioni di cui all'art. 4. Al riguardo la giurisprudenza di legittimità, pur in epoca precedente all'entrata in vigore della legge in questione, ha affermato che l'omessa indicazione nel contratto di uno degli elementi essenziali del franchising ha come conseguenza la nullità dell'accordo stesso. (Cass. 24 aprile 2003 n. 6516, in. Giur. it., 2004, 515.)

commerciali, fa derivare l'obbligo di rinegoziazione per le parti in caso di sopravvenienze, autorizzando, nel caso in cui una di queste si rifiuti, l'intervento integrativo del giudice in chiave di riequilibrio del rapporto contrattuale. Del resto, si rileva, *“risulterebbe paradossale ritenere che il legislatore si occupi da un lato di garantire la stabilità del rapporto - prevedendone un termine minimo di durata – mentre d'altro lato non si preoccupi di assicurare alla parte più debole del rapporto la conservazione del contratto a condizione eque”*.¹²¹

2.1.2.2 La posizione della dottrina. Sull'esistenza del terzo contratto e del contratto asimmetrico.

Al termine del nostro discorso sul tema del terzo contratto il quesito conclusivo a cui bisogna cercare di dare risposta è il seguente: è possibile, alla luce anche degli indici normativi poc'anzi analizzati, dare una identità al “terzo contratto”?

Ebbene, nel tentativo di dare una risposta (sia essa affermativa o negativa) al quesito iniziale, la dottrina si è trovata a confrontarsi con tutta un'altra serie di domande ad esso consequenziali. Così facendo, anche quanti negano che la categoria del terzo contratto sia idonea ad individuare, allo stato attuale, un organico ed autonomo statuto (o paradigma) normativo dotato di sufficiente autonomia rispetto a quelli convenzionalmente definiti come primo e secondo contratto, concludendo per il valore meramente descrittivo ed evocativo della formula, non arrivano a rifiutare l'utilità e l'importanza del ragionamento sulla figura. In questa prospettiva, l'espressione “terzo contratto” viene quindi intesa come formula intorno alla quale “agglutinare” la discussione su questioni di rilevante importanza sollevate dal “nuovo diritto dei contratti”, quali quella circa le nuove tecniche rimediali, il problema dell'intervento giudiziario sul regolamento contrattuale, della c.d. “giustizia contrattuale” e così via dicendo.

¹²¹ Così, V. FARINA, *Il Franchising: profili rimediali e rinegoziazione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, II, 2011, 453.

Parte della dottrina, ritiene che le peculiarità di disciplina del terzo contratto permettano di assimilarlo al modello del contratto con i consumatori, legittimando così l'unificazione delle due ipotesi entro il più generale paradigma del contratto con asimmetria di potere contrattuale¹²².

A tale dottrina si obietta come le peculiarità normative che il legislatore riserva alla figura del terzo contratto siano solo apparentemente, e comunque in parte, analoghe a quelle che si riscontrano nella contrattazione con i consumatori. In particolare, la diversità attiene al fatto che, mentre i contratti dei consumatori individuano uno statuto ordinario e omogeneo di rapporti contrattuali, definiti per mezzo dei soggetti contraenti, al contrario il regime normativo del terzo contratto attiene a situazioni particolari, con riferimento alla dipendenza economica dell'impresa; alla peculiarità dei rapporti di integrazione che si stabiliscono tra determinate imprese, con riferimento al caso del franchising e degli altri rapporti a cui la l. 109/2004 può applicarsi; ad aspetti "secondari" della disciplina, con riguardo al profilo dei ritardi nei pagamenti di cui al d.lgs. 231/2002. Non vi sarebbe cioè, a differenza di ciò che avviene nell'area della contrattazione con i consumatori, una situazione di debolezza dell'impresa che assurga a presupposto generale della normativa cui ricollegare una disciplina normativa del rapporto contrattuale differente da quella di diritto comune.¹²³

Il paradigma del contratto asimmetrico, nell'impostazione di chi lo propone¹²⁴, viene costruito ricalcando quello del contratto del consumatore, attribuendo però ai caratteri

¹²² Il riferimento è a V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in AA. VV., *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* (a cura di) S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 639 ss.

¹²³ Così, G. D'AMICO, *Il c.d. "terzo contratto": la formazione*, in AA. VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari* (a cura di) V. Cuffaro, 2008, p. 678 ss.

¹²⁴ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in AA. VV., *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* (a cura di) S. Mazzamuto, Torino, 2002, p.16 ss., descrive i caratteri contraddistintivi del nuovo paradigma contrattuale in esame nei seguenti termini: "un contratto la cui "forza di legge" risulta notevolmente attenuata (per l'ampia somministrazione di recessi di pentimento, e per il dilagare delle invalidità discendenti dal moltiplicarsi dei vincoli di forma, di contenuto, di trasparenza/completezza); un contratto in cui la più diffusa impugnabilità è bilanciata da un contenimento forzoso delle conseguenze distruttive dell'impugnazione (nullità relative, nullità solo parziali); un contratto sempre più largamente assoggettato a controlli sull'equilibrio delle prestazioni, in senso non solo normativo ma anche schiettamente economico, ben al di là dei casi limitati in cui la tradizione lo ammetteva; un

contraddistintivi di quest'ultimo una forza espansiva tale da proiettarli entro l'area dei rapporti contrattuali tra imprese, nell'ipotesi in cui essi si instaurino tra soggetti dotati di diverso potere contrattuale.

Ora, proprio tale presunta forza espansiva dei caratteri del secondo contratto rispetto al paradigma del terzo ad essere da altra parte della dottrina criticata.

La differenza fondamentale risiederebbe nel diverso modello di contrattazione. I contratti del consumatore attengono, infatti, ad una contrattazione tendenzialmente "di massa", standardizzata e uniforme, svolta per lo più nei mercati finali nel cui contesto, data la loro concorrenzialità, piuttosto che un problema di equilibrio economico delle prestazioni, si porrebbe un problema di controllo sulla parte normativa del contratto. Viceversa, la contrattazione tra imprese risponde ad un modello di contrattazione "individuale" e si realizza nei mercati intermedi, nel cui ambito l'eventuale "abuso" dell'impresa in posizione dominante tende a realizzarsi sul terreno delle condizioni economiche del rapporto, traducendosi nell'imposizioni di condizioni gravose sulla controparte.

Nello specifico, con riferimento alle presunte analogie circa le tecniche rimediali utilizzate dal legislatore nel secondo e terzo contratto, si rileva come queste appaiano tali sono ad una lettura superficiale delle norme, mostrando invece la diversità della natura ad un'analisi più approfondita.

E così, ad esempio, si rileva in relazione al meccanismo dello *jus poenitendi*. Esso costituisce, nei contratti del consumatore, il diritto riconosciuto al consumatore di recedere unilateralmente dal contratto, già concluso, senza alcun obbligo motivazionale, in ragione vuoi delle modalità di conclusione del contratto particolarmente aggressive o invasive (in riferimento ai contratti conclusi a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali), vuoi in relazione alla mancanza di un trattativa effettiva, derivante dalla standardizzazione della contrattazione tra impresa e consumatore (in riferimento, ad esempio, ai pacchetti turistici). L'articolo 4 della l. n.129/2004, in materia di *franchising*, stabilisce che almeno trenta giorni prima della stipulazione del contratto di affiliazione l'affiliante deve consegnare all'affiliato copia completa del contratto da sottoscrivere, attribuendo così al *franchisee* la possibilità di verificare in via definitiva la volontà di

contratto il cui regime subisce la crescente commistione fra ordini di regole tradizionalmente separati, come le regole di validità e le regole di comportamento/responsabilità".

Seppur si sia indotti impulsivamente a istituire un'analogia con il diritto di ripensamento attribuito al consumatore, tale analogia si rileva essere solo apparente. Infatti, nei contratti dei consumatori ci si trova di fronte ad accordi che non si accompagnano di norma ad alcuna trattativa, la quale risulta (a seconda dei casi) impossibile e/o comunque inutile, in relazione al tipo di operazione economica che prende forma attraverso il contratto¹²⁵. Così che in essi il periodo di riflessione è posto "a valle" della stipulazione del contratto, onde rendere "inoperante" un consenso che in realtà non si è mai formato. Al contrario, nel contratto di *franchising* tale periodo di riflessione precede la conclusione del contratto, rispondendo all'esigenza di evitare spese di investimento poi difficilmente recuperabili, oltre tutto gravato dall'obbligo motivazionale a pena di responsabilità ex art. 1337 c.c.

Ed ancora, con riguardo al c. d. formalismo negoziale, esso viene individuato, nei mercati finali, quale mezzo strumentale alla riduzione dell'asimmetria informativa; diversamente, nei mercati intermedi, esso è finalizzato a richiamare l'attenzione del contraente sul contenuto del regolamento contrattuale in fase di approvazione ovvero a facilitare gli eventuali futuri oneri probatori.¹²⁶

Infine, appare esse profondamente diverso anche il rapporto con cui tali normative si pongono verso il principio dell'autonomia privata. Nei contratti del consumatore, infatti, gli interventi legislativi¹²⁷ incidono profondamente sugli spazi dell'autonomia privata, restringendoli considerevolmente. Nei contratti di impresa, invece, gli interventi normativi, pur ponendo anch'essi limiti all'autonomia privata delle parti, il senso complessivo degli interventi è ben diverso: precisamente, quello di difendere le determinazioni autonome adottate da entrambi i contraenti in sede di instaurazione delle

¹²⁵ G. D'AMICO, *Il procedimento di formazione del contratto di franchising secondo l'art. 4 della l. n. 129/2004*, in *Riv. dir. priv.*, n. 4, 2005, p. 15.

¹²⁶ Al riguardo, significativamente l'art. 2, l. 192/1998 in tema di subfornitura, da un lato "depotenzia" la prescrizione di forma disposta a pena di nullità al 1 comma, per poi, al 2 comma, ritenerla rispettata anche ove non vi sia stata accettazione scritta della proposta ma solo un comportamento materiale di inizio esecuzione del contratto e in ogni caso facendo salva l'applicazione dell'articolo 1341 c.c.

¹²⁷ In particolare, il riferimento è alla disciplina delle clausole vessatorie di cui agli articoli 33 ss., cod. cons., definite come quelle clausole che, nei contratti tra professionista e consumatore, determinano, malgrado la buona fede, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

relazioni contrattuali contro i tentativi di “estorsione post contrattuale” posti in essere da uno di essi¹²⁸.

Sulla base dei rilievi sopra citati, si conclude quindi per l’irriducibilità delle logiche sottese al “terzo contratto” a quelle maturate nel diverso contesto della contrattazione in ambito consumeristico. L’impossibilità di ricondurre entro un paradigma unitario le normative riconducibili alle figure del secondo e del terzo contratto, non potendosi esse accomunare sulla base di una generica situazione di debolezza (o asimmetria) contrattuale.

In ragione di questa diversità, che non consente di individuare rationes comuni e tecniche di tutela omogenee tra le aree del terzo e del secondo contratto, si esclude, infine, anche l’ipotizzabilità di una generalizzazione delle soluzioni affermatesi in materia consumeristica nell’area della contrattazione diseguale tra imprese a livello di contratto tout court. Se, infatti, la ricostruzione di regoli e principi è già di per sé problematica con riferimento alle singole aree corrispondenti ai fenomeni del secondo e terzo contratto, a maggior ragione si ritiene impossibile, e comunque ancor più problematico, il tentativo di estendere tali regole e principi all’area del primo contratto.

2.2 Il regolamento di interessi nei contratti di impresa tra contratto isolato e contratti in serie

Il codice civile del 1942 tradizionalmente rimette la determinazione del regolamento contrattuale alle parti, quale espressione dell’autonomia negoziale dei privati di cui all’articolo 1322 c.c. Tuttavia, in un contesto socio-economico nel quale la rivoluzione industriale e il conseguente sviluppo dell’economia determinarono l’affermarsi di un mercato di massa e la standardizzazione dei beni e servizi offerti, inevitabile è stata la proliferazione dei contratti per adesione (anche detti di serie o di massa), il contenuto dei quali non si forma nel dialogo tra le parti ma attraverso la predisposizione unilaterale da parte dell’imprenditore di condizioni generali di contratto che consentano di regolare in modo uniforme i rapporti giuridici con l’intera clientela. Il contratto in serie segna il declino della trattativa individuale: la scelta è tra aderire incondizionatamente al contratto

¹²⁸ Così, G. D’AMICO, *Il c.d. “terzo contratto”: la formazione*, in AA. VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari* (a cura di) V. Cuffaro, Milano, 2008, p. 720.

o rinunciare alla sua conclusione. Come autorevolmente rilevato, la parte che adotta moduli e formulari, rifiuta e nega il dialogo: non fa e non riceve domande e attende un'unica risposta. Il contratto per adesione, si dice, inaugura il declino dell'*homo loquens*, e dissolve il dialogo nella solitudine di due decisioni individuali¹²⁹.

Se, da un lato, la mancanza di trattative comporta l'uniformità degli scambi e, conseguentemente, la riduzione dei costi di conduzione di questi nonché la notevole accelerazione delle dinamiche contrattuali; dall'altro lato, determina per l'aderente un notevole sacrificio della sua autonomia negoziale, intesa come libertà di concorrere a determinare in concreto il contenuto del contratto, ulteriormente frustata ove, per la natura del bene o del servizio (si pensi a beni che soddisfano interessi primari della collettività) o per la posizione di monopolio dell'impresa sul mercato, l'alternativa tra prendere o lasciare si traduce, di fatto, nella necessità di sottoscrivere il testo standard.

Non poche perplessità sono sorte in un primo tempo circa la legittimità di un simile procedimento di formazione contrattuale, vedendosi in un simile modo di negoziare una forma di imposizione che il contraente più forte (l'impresa) eserciterebbe ai danni del contraente più debole (la clientela). Tali perplessità sono però nel tempo state superate, preferendosi porre l'accento su quegli aspetti di convenienza economica e giustizia che fungono da controbilancia agli eventuali inconvenienti che possano derivare da un simile regime di contrattazione. Negare la possibilità alle imprese di formulare offerte sulla base di un complesso di clausole studiate e congegnate con specifico riferimento alla propria organizzazione, alle proprie risorse e possibilità, finirebbe per arrecare un pregiudizio ben maggiore al principio di libertà contrattuale di quanto altrimenti non accada riconoscendo la legittimità del "prendere o lasciare" imposto al cliente. Si pensi, infatti, alle difficoltà e complicazioni a cui le grandi imprese andrebbero incontro se ciascuno degli innumerevoli rapporti con la clientela dovesse avere un regime a sé: ciò comporterebbe

¹²⁹ L'osservazione è di N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 s., secondo cui il contratto nella rappresentazione sottesa alla disciplina del codice civile presuppone il dialogo, sicché molti degli scambi dei tempi moderni, ossia gli scambi di massa dei beni prodotti in serie, non sarebbero sorretti dall'accordo ma si tradurrebbero nella congiunzione di due atti unilaterali autonomi. A tale ipotesi ha replicato G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?* in *Riv. dir. civ.*, I, 1998, p. 525 s., sollecitando così la controreplica di N. IRTI, "È vero, ma..." (replica a Giorgio Oppo), in *Riv. dir. civ.*, I, 1999, p. 273 s. Nel dibattito si è inserito anche C.M. BIANCA, *Diritto civile.3. Il contratto*, Milano, 2000, p. 43 s., al quale con tono sarcastico risponde N. IRTI, *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 s., stimolando così a sua volta la risposta di C.M. BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa?* in *Vita not.*, 2001, p. 1120 s.

la necessità di maggior personale per la risoluzione delle singole questioni nonché, probabilmente, un sensibile aumento delle controversie, il quale si rifletterebbe sul costo del bene o del servizio offerto, finendo così i clienti per pagare l'illusorio vantaggio di una maggiore libertà di contrattazione con la maggiorazione dei prezzi. Ma vi è di più. Gli eventuali inconvenienti che potrebbero derivare al contraente debole dalla contrattazione di massa, trovano un limite naturale nell'interesse dell'impresa a fare affari. Ove, infatti, la scelta sia tra prendere o lasciare, è ovvio che l'impresa si organizzerà, anche dal punto di vista della struttura dei suoi contratti, di modo da indurre la propria clientela a prendere. Da ultimo, non mancano a legittimare tale procedimento di formazione del contratto ragioni di giustizia sociale. Per mezzo dei contratti standard si procede infatti, a regolamentare in modo uniforme l'intera clientela, evitando un'ingiusta discriminazione a favore di clienti più esigenti e costosi che finirebbe per riflettersi su quelli più remissivi¹³⁰.

Il contenuto del contratto può quindi venire a formarsi nell'ambito di un rapporto dialogico, quale frutto di una negoziazione ad armi pari tra le parti; in tal caso nulla quaestio. Può tuttavia accadere, e ciò è la regola qualora almeno uno dei contraenti sia un'impresa, che il regolamento contrattuale venga unilateralmente predisposto da uno dei contraenti (l'impresa), rimanendo all'altro la facoltà di accettarlo o meno ma non di modificarne il contenuto, ed allora occorre garantire l'altro contraente dai possibili abusi del predisponente. È questa la tradizionale distinzione tra contratto in isolato, frutto delle trattative intercorse fra le parti contraenti, nel corso delle quali esse discutono ciascuna delle condizioni che formeranno il contenuto del futuro contratto, e contratto in serie, il cui contenuto è integralmente predeterminato da una delle parti eliminando i margini di trattativa dell'altra. Data la rilevanza della contrattazione standardizzata, o di massa, nel contesto dell'economia di impresa, nei paragrafi che seguono se ne darà conto in relazione al profilo della rilevanza delle trattative precontrattuali e degli strumenti di contratto di cui le imprese si servono per garantire l'uniformità di disciplina dei singoli rapporti contrattuali.

¹³⁰ Per un approfondimento, A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962, p. 171 ss.

2.2.1 Le trattative precontrattuali. La rilevanza del contratto normativo

Si utilizza l'espressione "trattativa precontrattuale" per indicare la fase antecedente alla conclusione del contratto, caratterizzata dalla circostanza per cui i contatti in essa ricompresi non sono ancora finalizzati alla perfezione dell'accordo, bensì all'accertamento della idoneità dello stesso a soddisfare le esigenze di ciascun contraente sulla base di valutazioni di opportunità e convenienza.

Ebbene, con riferimento alla fase delle trattative precontrattuali nei contratti d'impresa, non può sfuggire come, rispetto al modello che il codice civile detta per la generalità dei contratti, il legislatore speciale del dopo codice abbia predisposto una normazione di gran lunga più efficiente ed articolata, nell'ottica di garantire "l'altro contraente". Il riferimento è a quei provvedimenti diretti alla protezione del consumatore, ossia del cittadino che contratta con l'imprenditore per la fruizione di beni o servizi, a tale fine potendosi distinguere una protezione indistintamente rivolta a tutti i potenziali consumatori, c.d. fase precontrattuale generica, da una protezione rivolta a quei consumatori che sono già entrati in contatto con un determinato imprenditore, c.d. fase precontrattuale specifica¹³¹.

Rispondono quindi ad una funzione di tutela mediata, o indiretta, quei provvedimenti ascrivibili a ragioni di garanzia indistintamente di tutti i possibili contraenti dell'impresa nella fase precontrattuale generica. A titolo esemplificativo¹³², tra tali provvedimenti può richiamarsi la legge n.287 del 1990 in materia di "tutela della concorrenza e del mercato". A primo impatto, potrebbe sembrare che essa sia riservata esclusivamente o

¹³¹¹³¹ La distinzione tra fase precontrattuale specifica e fase contrattuale generica è ripresa da V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 137 ss.

¹³² Al rispetto del principio della verità delle informazioni nei confronti del potenziale contraente, sono ispirati anche: il d.lgs. 25 gennaio 1992 n. 74 in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita, che, per espressa previsione dell'articolo 1 si applica allo "altro contraente", individuando come destinatari della tutela non solo il consumatore, ma anche "i soggetti che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale" e "in genere, gli interessi del pubblico nella fruizione di messaggi pubblicitari"; la l. 10 aprile 1991, n. 126, recante norma per l'informazione del consumatore, che all'art. 1 elenca quali indicazioni debbano riportare "i prodotti e le confezioni dei prodotti destinati al consumatore commercializzati nel territorio nazionale"; il d.lgs. n. 73 del 25 gennaio 1992, relativo ai prodotti che, avendo un aspetto diverso da quello che sono in realtà, compromettono la salute o la sicurezza dei consumatori; il d.lgs. 17 marzo 1995 n. 115, relativo alla sicurezza generale dei prodotti; gli artt. 116 e 123 del d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (T.U.B.), contenuti nel Titolo VI rubricato "Trasparenza delle condizioni contrattuali".

prevalentemente a regolare a vita delle imprese, tuttavia, ad un'analisi più approfondita, è intuitivo rilevare che la mancata regolamentazione del settore, favorendo la nascita di posizioni monopolistiche o comunque dominanti sul mercato che permettano ad intese, concentrazioni e monopoli di fatto di determinare indisturbatamente i prezzi dei prodotti e dei servizi e la qualità degli stessi, sarebbe pregiudizievole per tutti i cittadini, non solo quali consumatori, ma quali potenziali contraenti.

Accanto alla fase precontrattuale c.d. generica, si colloca la fase precontrattuale definita come specifica, per tale intendendosi la fase che si apre con la diretta ed effettiva presa di contatto fra le potenziali parti contraenti. L'attenzione del legislatore è qui posta a soddisfare quella che, con espressione riassuntiva, è stata definita "esigenza di trasparenza" e che ha ad oggetto: l'obbligo di fornire informazioni precisamente individuate in relazione al tipo di contratto, da cui deriva la predeterminazione minuta del contenuto del contratto; l'apprestamento di strumenti volti a rendere trasparente l'agire imprenditoriale; la predisposizione di mezzi volti ad assicurare l'effettiva parità di trattamento o, comunque, a rendere il più possibile evidente la disuguaglianza, al fine di predisporre idonee misure protettive. Limitando l'indagine alle prescrizioni che fanno riferimento agli obblighi di trasparenza e di informazione, emblematici sono gli artt. 3 e 4 del d.lgs. 22 maggio 1999 n. 185¹³³. Essi recano il blocco della disciplina delle regole informative imposte all'imprenditore il quale, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza è tenuto a fornire ben quattordici tipi di informazione al consumatore¹³⁴, a pena di non vincolatività del contratto, riguardanti sia le modalità di conclusione del contratto sia le caratteristiche del bene o del servizio oggetto dello stesso.

¹³³ Altri riferimenti normativi attinenti alla fase precontrattuale specifica, possono rinvenirsi nell'art.8 del d.lgs. 17 marzo 1995 n.111, in cui si preveda che "*nel corso delle trattative e comunque prima della conclusione del contratto, il venditore o l'organizzatore forniscono per iscritto informazioni di carattere generale [...]*"; nell'art. 21, comma 1, lettera b del d.lgs. n. 58 del 1999 secondo cui "*nella prestazione dei servizi di investimento e accessori i soggetti abilitati devono [...] operare in modo*" che i clienti "*siano sempre adeguatamente informati*"; nell'art.2 del d.lgs. 9 novembre 1998, n. 427, il cui primo comma stabilisce che "*il venditore è tenuto a consegnare ad ogni persona che richiede informazioni sul bene immobile un documento informativo in cui sono indicati con precisione i seguenti elementi [...]*".

¹³⁴ Nello specifico, l'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 185/1999, dispone che: "*In tempo utile, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, il consumatore deve ricevere le seguenti informazioni: a. identità del fornitore e, in caso di contratti che prevedono il pagamento anticipato, l'indirizzo del fornitore; b. caratteristiche essenziali del bene o del servizio; c. presso del bene o del servizio, comprese tutte le tasse o le imposte; d. spese di consegna; e. modalità del pagamento, della consegna del bene o della prestazione del servizio e di ogni altra forma di esecuzione del contratto; f. esistenza del diritto di recesso o di esclusione dello stesso; g. modalità*

Venendo ora alla concreta determinazione del regolamento contrattuale che le parti dispongono nel corso delle trattative precontrattuali, nell'ambito dei rapporti negoziali d'impresa, non può non rilevarsi l'incidenza del c.d. contratto normativo¹³⁵.

La produzione industriale in massa comporta, quale naturale conseguenza del suo sviluppo, una standardizzazione non soltanto dei beni prodotti, ma anche del contenuto dei rapporti negoziali. Per far fronte a quest'esigenza, di regola, l'impresa ricorre agli strumenti giuridici dei moduli o formulari e alle condizioni generali di contratto, frutto di una predisposizione unilaterale. Può tuttavia accadere che l'esigenza di standardizzare il contenuto di future pattuizioni sia avvertita non da un solo soggetto, ma da una pluralità: in tal caso si parla di contratti normativi, intesi, per l'appunto, come strumenti giuridici che permettono alla regolazione uniforme di rapporti futuri di comune accordo tra le

e tempi di restituzione o di ritiro del bene in caso di esercizio del diritto di recesso; h. costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quando è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base; i. durata della validità dell'offerta e del prezzo; l. durata minima del contratto in caso di contratti per la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ad esecuzione continuata o periodica". L'art. 4, comma 1, dispone poi: "Il consumatore deve ricevere conferma per iscritto o, a sua scelta, su altro supporto duraturo a sua disposizione ed a lui accessibile le informazioni previste dall'art. 3, comma 1, prima od al momento dell'esecuzione del contratto. Entro tale momento e nelle stesse forme devono comunque essere fornite al consumatore anche le seguenti informazioni: a. un'informazione sulle condizioni e le modalità di esercizio del diritto di recesso; b. l'indirizzo geografico della sede del fornitore a cui il consumatore può presentare reclami; c. le informazioni sui servizi di assistenza e sulle garanzie commerciali esistenti; d. le condizioni di recesso dal contratto in caso di durata indeterminata o superiore ad un anno".

¹³⁵ In una prospettiva storica, la nascita della figura può, in via approssimativa, ricondursi alla seconda metà del XIX, in concomitanza con la nascita e la proliferazione delle condizioni generali di contratto e l'insorgere dei primi contratti collettivi di lavoro. È proprio nell'ambito della contrattazione collettiva tra lavoratori e datori di lavoro che il fenomeno dei contratti normativi muove i primi passi. Attraverso i contratti collettivi di lavoro, infatti, i lavoratori, riuniti in associazioni, cercavano di ottenere condizioni più favorevoli dal datore di lavoro da applicarsi poi a ciascun contratto individuale. Con riferimento, invece, all'elaborazione dottrinale del fenomeno, la definizione di contratto normativo si deve alla dottrina tedesca, e nello specifico a L. SINZHEIMER, *Der korporative Arbeitsnormenvertrag*, vol. I, Lipsia, 1907, p. 107. Nell'ambito della dottrina italiana invece, i primi cenni dell'istituto si rinvengono in L. COVIELLO, voce <<Contratto preliminare>>, in *Enc. giur. it.*, v. III, parte III, sez. II, Milano, 1902, p. 73, sebbene la prima trattazione monografica specificamente dedicata ai contratti normativi è di G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969. In ambito giurisprudenziale, un tentativo di definire il contratto normativo si trova nella sentenza 6 febbraio 1960 del Tribunale di Roma, in *Temi rom.*, 1960, 545, dove con tale espressione si intende "l'accordo fra due parti, diretto non ad obbligare alla stipula di futuri contratti, ma a stabilire norme reciprocamente impegnative circa le modalità di conclusione di futuri contratti di compravendita".

parti¹³⁶. La predisposizione di contratti normativi può rispondere a due diverse esigenze le quali possono, o meno, concorrere, assumendo a seconda dei casi interesse prevalente o subordinato. Nello specifico, accanto all'esigenza di disciplinare in modo uniforme il contenuto di una pluralità di rapporti, le parti ricorrono allo strumento in esame al fine di vincolarsi reciprocamente alla disciplina tra loro concordata, ogni qualvolta stipulino i negozi particolari. Attraverso tale accordo, quindi, nessuna delle parti vuole obbligarsi a concludere uno o più contratti particolari, ma intende soltanto conoscere in anticipo a quali condizioni egli potrà eventualmente stipularne, se e quando, deciderà in tal senso. Nonostante la terminologia impiegata, l'aggettivo normativo è fuorviante ove si consideri che l'istituto in esame non produce norme giuridiche, almeno non nel senso comune delle stesse, ossia di comandi imposto dallo Stato o da un ente che derivi dallo Stato il potere di porre norme: il contratto normativo non costituisce una fonte di produzione di norme giuridiche da porsi accanto a leggi, regolamenti e usi¹³⁷. Il contratto c.d. normativo ha invece natura di atto di autonomia privata: è stato detto che con esso le parti dettano norme a sé stesse¹³⁸, ove il termine norme, però, non va inteso nel senso di comandi, bensì nel senso di "clausole", "regole", pattuite nel contratto normativo e destinate a valere solo tra coloro che le hanno concluse.

A seconda che le parti di un contratto normativo decidano di applicare le regole pattuite nell'ambito dei loro reciproci rapporti o nell'ambito dei rapporti tra esse e altri soggetti, (determinati o indeterminati nella loro individualità e nel numero) i quali, non avendo stipulato il contratto normativo, si qualificano come terzi, si parla rispettivamente di contratti normativi bilaterali e contratti normativi unilaterali, o, secondo altra terminologia equivalente, di contratti normativi interni ed esterni. Tale distinzione rileva ai fini della funzione dello strumento in esame¹³⁹. Infatti, lo scopo perseguito dalle parti

¹³⁶ L'espressione contratto normativo è in questa trattazione da intendersi come contratto normativo individuale, ossia come accordo in cui nessuna delle parti sia un'associazione, altrimenti in quel caso dovendosi parlare di contratto normativo collettivo.

¹³⁷ Pur respingendola, fa riferimento alla tesi del contratto normativo quale fonte di produzione giuridica di norme, F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, Milano, 1961 p. 255.

¹³⁸ L'espressione è di C. SCONAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 108.

¹³⁹ Secondo altro orientamento, ulteriore carattere differenziale tra contratti normativi bilaterali e unilaterali risiede nel fatto che, mentre nei secondi le regole del contratto normativo disciplinerebbero soltanto le condizioni minime a favore degli stipulanti, con l'obbligo conseguente di non concludere contratti particolari a condizioni più sfavorevoli di quelle previste nel contratto normativo, nei primi, ciascuna parte ciascuna parte ha interesse che le regole

che stipulino un contratto normativo bilaterale è solo quello di creare uno strumento volto ad accelerare e semplificare, se non addirittura eliminare, le trattative dei singoli negozi particolari; esula, invece, dallo scopo delle parti sia l'obiettivo di assicurarsi che altri negozi siano stipulati, dal momento che le parti hanno voluto rinviare la scelta di procedervi o no in momenti successivi, sia l'obiettivo di vincolare alle clausole concordate il contenuto dei negozi futuri nell'ipotesi in cui questi vengano stipulati. Al contrario, la funzione dei contratti normativi unilaterali, può essere ricondotta alla volontà delle parti di impedire reciprocamente che negli eventuali contratti particolari (conclusi con terzi) non si osservino le regole tra loro concordate.

Circa la natura giuridica dell'istituto, il discorso varia a seconda del tipo di contratto posto in essere.

Con riferimento al contratto normativo bilaterale, la tesi prevalente¹⁴⁰ è quella secondo la quale dalla stipulazione di quest'ultimo non sorga obbligazione alcuna. Le parti infatti, concludendo un siffatto accordo non intendono affatto obbligarsi a concludere i negozi particolari rimettendo la conclusione di quest'ultimi ad una futura manifestazione di volontà in tal senso. Sicché, pur non potendosi negare che la stipulazione di un contratto normativo bilaterale sia di per sé sufficiente a creare tra le parti un vincolo di natura psicologica, perché non ci si astiene in assenza di ragionevoli motivazioni dal contrarre con un soggetto con il quale si sono in precedenza pattuite clausole da far valere per una

concordate non diventino più svantaggiose nei contratti particolari e che le condizioni per lei minime, siano massime per la controparte. In tal senso, D. BARBERO, *Il contratto tipo nel diritto italiano*, Milano, 1935, p.172. A tale dottrina, si obietta, che, pur essendo quella poc'anzi riportata la regola, può ben accadere che le parti di un contratto normativo unilaterale non si limitino a fissare delle condizioni minime, rilevando inoltre la sostanziale irrilevanza della distinzione ai fini delle conseguenze da questa derivanti. In tal senso, G. GUGLIELMETTI, *cit.*, p.55.

¹⁴⁰ Diversa opinione è espressa dal Barbero, il quale afferma che da ogni contratto normativo (sia esso bilaterale o unilaterale) discenda una duplice obbligazione: una positiva, in forza della quale ciascuna parte si obbliga ad inserire le regole pattuite con il contratto normativo nei negozi particolari; ed una negativa, in base alla quale ciascuna parte si obbliga a non concludere tali negozi particolari con clausole contrastanti con le regole pattuite nel contratto normativo (D. BARBERO, *Il contratto tipo nel diritto italiano*, Milano, 1935, p. 70- 71). A ciò si obietta che il fatto per cui dalla stipulazione del contratto normativo bilaterale non sorgano obbligazioni emerge dal rilievo che, in caso contrario, ciascuna parte potrebbe pretendere dall'altra l'adempimento delle clausole concordate prima ancora della conclusione del negozio particolare, il che è assurdo. Per un approfondimento si rimanda a G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, p. 78 ss.

pluralità eventuale di negozi, si esclude che a tale vincolo sia possibile attribuire rilevanza giuridica.

Il discorso invece cambia qualora le parti concludano un contratto normativo individuale. Sin dalla sua stipulazione, infatti, nasce a carico di ciascuna parte un'obbligazione: quella di non allontanarsi dalla disciplina pattuita, cioè di non concludere contratti con terzi contenenti clausole contrastanti o che comunque violino le clausole concordate. Tale obbligazione, tuttavia, non è attuale, dal momento che la sua efficacia è subordinata alla eventuale conclusione di contratti particolari, da intendersi quindi come condizione sospensiva potestativa. In definitiva, tra coloro che concludono un contratto normativo unilaterale, nascono veri e propri rapporti giuridici che danno luogo all'insorgere di diritti ed obblighi reciproci: ciascun contraente può pretendere l'osservanza delle regole concordate e agire in giudizio contro colui che in un negozio particolare con il terzo si sia reso inadempiente avendo pattuito clausole contrastanti con le regole concordate¹⁴¹.

Concludendo, può quindi affermarsi che il contratto normativo si pone, nel contesto dell'agire di impresa, quale utile strumento a disposizione delle parti al fine di garantire una celere ed uniforme regolamentazione dei reciproci rapporti contrattuali, avendo il pregio di attenuare la disparità di potere che generalmente caratterizza la contrattazione tra imprenditore professionista e consumatore, dal momento che, a differenza dei moduli o formulari o delle condizioni generali di contratti, la determinazione del contenuto contrattuale è rimessa alla comune volontà di ambo le parti.

2.2.2 I contratti stipulati mediante moduli o formulari

È il 1940, quando Giuseppe Ferri, componente della commissione incaricata della redazione del nuovo codice di commercio, rileva la necessità di “apprestare una tutela al consumatore di fronte al potere dell'impresa. È noto infatti che la formazione di organismi economici sempre più vasti, le coalizioni fra imprenditori portano all'adozione di formulari, di contratti tipo e alla sempre maggiore diffusione del fenomeno dei contratti di adesione, in cui il consumatore si trova di fronte ad una disciplina minuziosa già

¹⁴¹ Le parti del contratto normativo non potranno tuttavia agire per la risoluzione del contratto particolare né per la modifica delle clausole in esso contrastanti poiché ciò comporterebbe un'interferenza con un contratto rispetto al quale sono terzi. Si ammette invece l'azione per il risarcimento del danno nei confronti di colui il quale si è reso inadempiente al contratto normativo. G. GUGLIELMETTI, *cit.*, p. 199 ss.

predisposta dall'imprenditore della cui portata spesso non si rende conto e alla quale, anche se la conosca, deve in definitiva sottostare"¹⁴².

Constatato che, i contratti predisposti dall'imprenditore e rivolti ad un numero indistinto di destinatari, al fine di assicurare l'uniformità del contenuto contrattuale e così semplificare l'attività negoziale dell'impresa, consentono all'impresa, sia una precisa determinazione dell'alea, sia di evitare la trattativa con i clienti e concludere così i contratti con rapidità, attraverso agenti e produttori privi di legittimazione a contrarre e quindi di modificare le condizioni predisposte, garantendo, in *limen*, la parità di trattamento tra i contraenti, si è andata nel tempo affermando la necessità di apprestare strumenti di tutela effettiva per gli aderenti a tali contratti¹⁴³.

Si è efficacemente scritto che "il fatto stesso che l'attività contrattuale d'impresa sia, sempre più, uno strumento di affermazione della vitalità e, perciò, della vita stessa dell'impresa, ha richiesto e determinato un particolare impegno degli operatori professionali d'impresa, nella predisposizione ed elaborazione del regolamento contrattuale, cioè del complesso di norme cui le parti dovranno uniformare il loro comportamento"¹⁴⁴. E se la standardizzazione dei contratti, la predisposizione di moduli e formulari nonché le condizioni generali di contratto sono fenomeno ben presenti e disciplinati dal codice civile del 1942, non può negarsi lo sviluppo di questo settore, non solo da un punto di vista disciplinare ma anche, e forse soprattutto, dal punto di vista della tutela del consumatore e, più precisamente, riguardo al controllo di tali condizioni e all'ampliamento delle forme di tutela del consumatore e del contraente debole in generale.

¹⁴² G. FERRI, *L'impresa nel sistema del progetto del codice di commercio*, in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990, 14.

¹⁴³ Significativa al riguardo, la *Relazione del Guardasigilli* al Progetto ministeriali del Libro delle obbligazioni del 1941, ove si legge: "Mi sono domandato dapprima se fosse opportuno riconoscere questo meccanismo di formazione del contratto, che non ammette di fatto la determinazione bilaterale del contenuto del vincolo, e lo fa dettare anziché contrattare. Ho creduto di dichiararne la legittimità (del resto ormai affermata sia nella pratica che nella dottrina) perché esso consente uniformità fra le operazioni dello stesso tipo, e così risponde ai bisogni di una ordinata organizzazione tecnica e finanziaria, rende possibili le previsioni dei rischi, la riduzione dei medesimi e una disciplinata formazione dei prezzi. Data, poi, la rapidità che oggi richiede la conclusione di affari di massa non riuscirebbe sicuro l'apprezzamento dell'utilità di ciascuno se dovesse sempre imporsi la discussione del contratto. Si sono elevate delle voci contro un sistema del genere perché si è denunciato il pericolo di sopraffazione o di oppressione dei legittimi interessi dell'aderente; ed è vero che, in alcuni casi, il sistema dell'adesione ha dato luogo a gravissimi inconvenienti. Da ciò la necessità di considerare cautele specifiche per evitare abusi".

¹⁴⁴ Così, A. DALMARTELLO, voce <<*Contratti d'impresa*>>, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1988.

Prima però, di porre l'attenzione sulla disciplina specifica, occorre dar conto del fenomeno della *contrattazione di massa*, nel cui più ampio quadro tale disciplina si inserisce.

Il contratto di massa costituisce il risvolto giuridico della produzione industriale e del commercio di su larga scala: così come i beni e i servizi vengono prodotti e distribuiti in base a procedimenti uniformi, in maniera egualmente uniforme vengono regolati i rapporti contrattuali con i soggetti che tali beni o servizi fruiscono, siano essi consumatori, utenti, distributori, agenti o concessionari¹⁴⁵. Tale regolamentazione si ottiene mediante la predisposizione di condizioni generali di contratto, il più delle volte contenute in appositi moduli o formulari predefiniti, allo scopo, per l'appunto, di disciplinare uniformemente i rapporti correnti tra il predisponente e tutti i potenziali aderenti. In sintesi, potrebbe affermarsi che ad una produzione standardizzata corrisponde una contrattazione standardizzata, caratterizzata dalla preventiva ed unilaterale formazione di uno schema contrattuale destinato ad essere utilizzato per la costituzione di una generalità di rapporti tra l'imprenditore predisponente ed i terzi, mentre ad una produzione non in serie corrisponde una contrattazione individualistica, frutto di apposita trattativa. La differenza quindi tra contratto in serie, predisposto da una parte ed eguale nel contenuto per una serie indistinta di destinatari, e il contratto isolato, frutto di apposita trattativa individuale, dipendano non già dalla dimensione dell'affare, quanto piuttosto dalla natura dell'affare medesimo¹⁴⁶.

Ma vi è di più. Considerando l'evoluzione degli strumenti contrattuali utilizzati dalle imprese sul mercato non può non rilevarsi come il contenuto contrattuale stesso sia diventato strumento di concorrenza¹⁴⁷. Per lungo tempo, le tecniche di formazione, redazione, esecuzione del contratto, che si fondavano sui moduli o formulari predisposti dall'impresa, erano uniformi verso i consumatori non solo con riguardo alla singola impresa, ma con riguardo ad interi settori di mercato. L'uniformità negoziale assolveva così sia il compito di realizzare una sostanziale parità di trattamento nei confronti degli aderenti, sia il compito di porre le imprese, nella prospettiva negoziale, sullo stesso piano

¹⁴⁵ In questo senso, E. GUERINONI, *I contratti del consumatore*, Torino, 2011, p. 3 ss.

¹⁴⁶ V. NUZZO, *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, vol. III, Napoli, 1982, p.564.

¹⁴⁷ L'affermazione è di G. Alpa. Per un approfondimento circa l'utilizzo del contenuto contrattuale come strumento concorrenziale, si rimanda a G. ALPA, voce <<*Contratti di massa (profili generali)*>>, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1997, p. 408 ss.

non concorrenziale. La redazione di moduli o formulari serve, in definitiva, all'impresa per semplificare, unificare ed imporre le proprie condizioni ad una massa di clienti: professionisti o consumatori. Il consumatore è un contraente distratto, disinteressato al modo di acquisto dei beni o servizi e sostanzialmente impreparato a leggere, capire e controllare il contenuto del contratto, giustificando così l'impresa a non considerare il contenuto contrattuale come strumento di concorrenza quanto piuttosto come strumento di rafforzamento della propria posizione sul mercato, mediante la riduzione dei costi e l'esclusione dei rischi. Questo atteggiamento di indifferenza del consumatore è tuttavia oggi ribaltato. Da un lato, l'autorità Antitrust ha avviato diverse indagini rivolte a garantire la concorrenzialità delle imprese anche nel campo delle condizioni contrattuali, dall'altro il legislatore italiano, sulla spinta delle direttive comunitarie, ha introdotto discipline di settore che pongono in risalto principi di chiarezza e comprensibilità del testo contrattuale, nonché di correttezza delle informazioni fornite al cliente.

Questa particolare funzione assunta dal contratto, come prima accennato, ha fatto sorgere e diventare via via più pressante l'esigenza di procedere ad una regolamentazione del settore, apprestando forme di tutela effettive del contraente debole, identificato, nell'ottica che qui interessa, nell'aderente.

Ebbene, per i contratti per adesione, anche detti di serie o di massa, per quelli che si concludono mediante sottoscrizione di moduli o formulari o con il semplice rinvio a condizioni generali di contratto, il codice civile detta una particolare disciplina agli articoli 1341, 1342 e 1370 c.c. Pur ispirata dalla necessità di arginare gli abusi perpetrati dalle imprese a danno degli aderenti, stante la prassi di inserire all'interno delle condizioni generali di contratto clausole particolarmente sfavorevoli per l'aderente, tali disposizioni offrono una tutela, a ben guardare, molto limitata.

Innanzitutto, si rileva come il principio ermeneutico di cui all'art. 1370, in base al quale le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti d'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro, si applichi solo in caso di ragionevole dubbio di carattere interpretativo, avendo quindi valenza puramente residuale. In secondo luogo poi, l'art. 1342 c.c., secondo cui le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o formulario qualora siano con esse incompatibili, risulta essere norma posta a tutela della volontà negoziale

espressamente manifestata e non già dell'aderente: la clausola aggiunta, infatti, prevale su quella prestampata anche se meno favorevole all'aderente. Da ultimo, anche la disciplina sulle clausole vessatorie di cui all'art. 1341¹⁴⁸ risulta insoddisfacente, al punto che, gran parte della dottrina che si è occupata del tema ha finito per concludere circa l'inadeguatezza della disposizione in esame, evidenziandone molteplici profili di criticità¹⁴⁹. Innanzitutto la tutela codicistica si rivela essere una tutela meramente formale e quindi facilmente aggirabile, non permettendo al giudice di sindacare il merito della negoziazione: basta una doppia firma dell'aderente per rendere la clausola, benché vessatoria, inoppugnabile¹⁵⁰. La disciplina totale sfavore per il contraente aderente, presumendosi da questo conosciute tutte le clausole che avrebbe potuto conoscere (pur non conoscendole) con ordinaria diligenza. Si lamenta poi il ristretto ambito di applicazione, dal momento che la sua efficacia è circoscritta alle sole condizioni generali di contratto utilizzate per un numero indeterminato di rapporti contrattuali, e non anche a quelle contenute in contratti predisposti dal professionista per una singola operazione. Infine, si rileva criticamente il carattere puramente individuale della tutela, essendo attribuita la legittimità ad agire in giudizio solo al singolo aderente e non già anche ad altri enti o associazioni portatori di interessi generali della collettività. Ebbene, attesa quindi l'insufficienza della tutela formale dettata dal codice civile, il legislatore italiano, in linea con gli indirizzi comunitari, vi ha affiancato la tutela sostanziale del codice del consumo, qualora l'aderente sia qualificabile quale

¹⁴⁸ L'articolo 1341 c.c., nello specifico dispone che: *“Le condizioni generali di contratto, predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza. In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria”*.

¹⁴⁹ A titolo esemplificativo, V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975, p.282 ss.; U. MAJELLO, *Considerazioni in tema di condizioni generali di contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 68 ss.

¹⁵⁰ La giurisprudenza, nel tentativo, di rendere maggiormente incisiva la tutela in esame, ha imposto severe criteri, pur di carattere formale, da rispettarsi nella redazione delle clausole vessatorie. Ad esempio, queste dovrebbero essere non solo ristampate con caratteri tipografici diversi, ma addirittura riscritte e ristampate, dovendo in ogni caso essere chiaramente richiamato il contenuto della clausola. Si veda, a titolo esemplificativo, Cass. 11 giugno 2012, n. 9492, in *Mass. Giur. it.*, 2012; Cass. 29 febbraio 2008, n. 5733, in *Mass. Giur. it.*, 2008.

consumatore; nei rapporti tra imprenditori invece, allorché una parte riesca ad imporre all'altra le proprie condizioni generali di contratto, si applica la sola disciplina a tutela del contraente aderente prevista dal codice civile.

Il codice del consumo definisce vessatorie, e quindi nulle, quelle clausole che determinano uno squilibrio, economico o giuridico, dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, purché si tratti di uno squilibrio significativo e indipendentemente dalla buona fede del professionista che la clausola ha disposto, ponendo così ad un criterio di valutazione meramente oggettivo la valutazione circa il carattere vessatorio della clausola. Rimangono invece escluse dal sindacato di vessatorietà le clausole che siano state oggetto di trattativa individuale tra le parti, purché la trattativa, specifica la giurisprudenza¹⁵¹, sia seria, ossia condotta con comportamenti idonei a raggiungere il risultato cui è diretta, effettiva, ossia nel rispetto dell'autonomia privata delle parti nel senso di libertà e concreta possibilità di concludere il contratto e determinarne il contenuto, ed individuale, avendo cioè riguardo alle clausole costituenti il contenuto dell'accordo considerate sia singolarmente sia nel significato che assumono nell'ambito del complessivo tenore del contratto.

In conclusione, sembra assistersi, almeno nei rapporti contrattuali tra imprese e consumatori, ad un recupero della dimensione dialogica del contratto, vunerizzata dalla proliferazione, a seguito della rivoluzione industriale e dall'immediato sviluppo economico, dei contratti per adesione, il cui contenuto, per l'appunto, è unilateralmente predisposto dall'impresa per mezzo spesso di moduli e formulari al fine di garantire una regolazione uniforme dei rapporti giuridici con l'intera clientela.

2.3 L'esecuzione dei contratti di impresa

Il passaggio da un'economia essenzialmente agricola ad un'economia avanzata, basata sulla produzione industriale di massa¹⁵², comporta la percezione e l'elezione a concetto

¹⁵¹ Cass. 26 settembre 2008, n. 24262, in *Obbl. contr.*, 2008; Cass. 20 agosto 2010, n. 18785, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011.

¹⁵² T. ASCARELLI, *Teoria dei beni immateriali – Istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960, p. 4 ss.

ordinante dell'attività produttiva dell'impresa¹⁵³: essa fu dal legislatore del 1942 intesa come espressione di un'attività economica organizzata e professionalmente esercitata, come comportamento complesso, oggettivamente percepibile ma ciò non di meno giuridicamente rilevante. L'impresa si compone di una o più serie di atti d'impresa, ossia di atti eterogenei e peculiari rispetto alle tradizionali categorizzazioni civilistiche degli atti di volontà, basate sugli elementi strutturali del negozio ed eventualmente sui tipi legali e sui suoi possibili effetti¹⁵⁴.

Ebbene, la sostituzione dell'impresa all'atto di commercio, quale categoria generale dell'attività economica produttiva così come emerge dal Codice civile del 1942, ha determinato, nella prospettiva di studio del fenomeno, il passaggio dall'atto all'attività¹⁵⁵. L'attenzione della dottrina non è più rivolta al singolo atto, il contratto d'impresa, bensì alle regole dettate espressamente per l'attività, in sé e per sé considerata, come disciplina autonoma dagli atti di cui si compone¹⁵⁶. *Non è più, quindi, l'attività imprenditoriale di questo o quel tipo a connotarsi, un po' forzatamente, come atto qualificato; ma sono gli atti ad inserirsi nell'attività, costituendone elementi o momenti particolare e concettualmente sotto ordinati.*¹⁵⁷

¹⁵³ In una prospettiva storico evolutiva, autorevole dottrina rileva come l'attività, intesa come somma e risultanza di più atti coordinati ad un fine unitario è nozione risalente. Le sue origine sono rintracciabili del diritto romano anche se si considera ufficialmente forgiata e utilizzata a partire dall'Ottocento in ambito pubblicistico, in relazione alla teoria dell'azione dei pubblici poteri, rilevante e qualificata per contenuti, esiti e fini. Il concetto divenne poi più pregnante con l'entrata in vigore nel 1865 del primo codice di commercio in Italia, per poi esser definitivamente accolto e approfondito a seguito del ruolo fondante dell'impresa, così come emersa dal Codice civile del 1942. (Cfr. G. AULETTA, voce <<Attività (dir. priv.)>>, op. cit., p. 982; G.M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1994, p 109 s.; P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, p. 193; F. ALCARO, *La categoria dell'attività: profili ricostruttivi (Atti e attività. L'attività d'impresa)*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1995, p. 70 ss.).

¹⁵⁴ G. C. M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, cit., p. 107 s.

¹⁵⁵ N. RONDINONE, *L' <<attività>> nel Codice civile*, Milano, 2001, p. 16 ss.

¹⁵⁶ Al riguardo è stato autorevolmente sostenuto che uno dei “*punti fermi del dibattito dottrinale in materia*” consiste nel fatto che “*l' <<attività>>, in qualità di fatto giuridico in senso lato, determina l'applicazione di una disciplina che rispetto alla disciplina generale relativa agli atti che vi ineriscono, è ulteriore e autonoma*” (N. RONDINONE, *L' “attività” nel Codice civile*, cit., p. 383). Ed ancora, con riferimento all'autonomia dell'attività rispetto all'atto, afferma T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962, p. 149, “*l'attività dovrà essere valutata in via autonoma, indipendentemente cioè dalla valutazione dei singoli atti, singolarmente considerati. Indipendentemente dalla disciplina dei singoli atti può essere valutata illecita la finalità perseguita con l'attività o può essere sottoposto a norme particolare l'esercizio dell'attività*”.

¹⁵⁷ Così, C.M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, cit., p 110 s.

Stretto è quindi il legato tra atto e attività d'impresa, tale per cui, le norme relative ai singoli atti d'impresa, pur non regolando direttamente l'impresa quale fenomeno globale¹⁵⁸, hanno su di essa inevitabili riflessi e rientrano quindi nella normativa che la interessa: la disciplina dei singoli atti può tradursi in disciplina dell'attività, e viceversa. Ed invero, laddove si neghi il dualismo atto-attività, si rileva come gli atti d'impresa sarebbero al più capaci di indentificare una categoria non omogenea ed eclettica rispetto alle categorie dogmatiche tradizionali, mancando quell'elemento, ossia la funzionalizzazione all'esercizio dell'attività d'impresa così come giuridicamente qualificata ex art. 2082 c.c., che ne permetta una valutazione alla luce di criteri omogenei¹⁵⁹. Ma sul punto si tornerà in seguito¹⁶⁰.

Ciò che qui preme sottolineare è l'odierna inversione prospettica, nel senso di guardare *all'atto come comportamento caratterizzato dalla costante del suo inserirsi in una serie o complesso di altri atti, per qualche aspetto giuridico globalmente valutati e in certo senso unificati*¹⁶¹, ovvero sia l'inserimento dell'atto nel contesto dell'attività. Ciò comporta riflettere sulla capacità dell'attività di incidere sull'atto, in specie sul contratto, così come emerge, ad esempio, in tema di esecuzione del contratto d'impresa, ove si colga la tendenza alla rinegoziazione dei termini negoziali anche laddove non contrattualmente prevista, in ragione dell'esigenze d'impresa.

2.3.1 I contratti di durata e la loro rinegoziazione

La prassi di inserire clausole di rinegoziazione all'interno di contratti di durata si è affermata negli anni '80 nell'intento di gestire il rischio contrattuale e governare l'incidenza delle sopravvenienze sull'assetto di interessi originariamente programmato dalle parti, adattando il contratto al mutato contesto.

¹⁵⁸ G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 591 ss.

¹⁵⁹ Sul punto, M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili storico evolutivi). Parte prima*, Torino, 2011, p. 191 ss.

¹⁶⁰ Il problema circa la necessità di valutare atto e attività alla luce di omogenei criteri di mercato verrà affrontato nel III capitolo di questa trattazione.

¹⁶¹ Così, G. C. M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, cit., p. 115.

In premessa, nell'ottica che qui interessa, ossia di analizzare il fenomeno come strumento negoziale di gestione delle sopravvenienze, occorre chiarire che con il termine rinegoziazione¹⁶² si fa riferimento ad un'attività, precipuamente il negoziare nuovamente lo svolgimento di nuove trattative volte alla ricerca di una regola condivisa dalle parti suscettibile di ristabilire l'equilibrio turbato dall'evento sopravvenuto.

Il problema delle sopravvenienze e del rischio di sperequazione è particolarmente avvertito nella contrattazione internazionale. Al riguardo si osserva come la prassi negoziale da tempo ormai conosce e fa ampiamente uso di clausole di adeguamento definite di *hardship*, di cui però si darà ragione nel successivo paragrafo.

Anche il nostro ordinamento avverte chiaramente la problematica e l'esigenza di un riequilibrio contrattuale: tuttavia, le risposte che fornisce, in termini di rimedi "generalisti", appaiono spesso inadeguati. Esempio di tale inadeguatezza è l'art. 1467 c.c., il quale, pur riconoscendo la possibilità di chiedere la revisione del contratto divenuto iniquo, attribuisce tale facoltà solo alla parte avvantaggiata, ossia a quella che meno avrebbe interesse al riequilibrio. Ciononostante, l'art. 1467 c.c., offre spunto per segnalare la tendenza dell'ordinamento nel senso dell'adeguamento del contratto: il codice civile, infatti, pur non avendo disciplinato la fattispecie, regola casi in cui la rinegoziazione costituisce il presupposto di fatto del funzionamento di alcuni istituti¹⁶³.

Ebbene, constatato che la revisione del contratto è rimedio ampiamente riconosciuto dall'ordinamento, si tratta di stabilire se esista un generale obbligo legale di

¹⁶² In riferimento all'espressione linguistica "rinegoziare un contratto" rileva Gambino: "per un verso il prefisso assume valore reversivo, esprimendo il tornare delle parti su un precedente accordo; per un altro, indica la tensione verso un risultato migliorativo, un fenomeno, in divenire, dall'esito indistinto". F. GAMBINO, voce <<Rinegoziazione (dir. civ.)>> in *Enc. giur. Treccani*, XV, 2006.

¹⁶³ Il riferimento è: all'art. 1664, comma 1, c.c., in quale, in tema di appalto, ammette la revisione del prezzo originariamente pattuito, ove vi sia stata una variazione del corrispettivo superiore ad un decimo a seguito di circostanze imprevedibili; all'art. 1623 c.c., in tema di affitto, che riconosce la possibilità per le parti di rivedere il canone quando una disposizione di legge o un provvedimento dell'autorità abbia modificato notevolmente i termini del rapporto; all'art. 1710 c.c., che impone al mandatario di rendere note al mandante le circostanze sopravvenute che possano determinare la revoca o la modificazione del mandato, in segno che al mandante è riservata la facoltà di modificare in tal caso il contenuto del contratto; agli art. 1897 e 1898 c.c., in tema di modifica del rischio nel contratto di assicurazione. Per un approfondimento si rimanda a V. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. Impr.*, II, 2002, p. 777 ss.

rinegoziazione a seguito di sopravvenienze che alterino l'equilibrio contrattuale; quali siano le conseguenze derivanti dalla violazione di un siffatto obbligo; quali siano i limiti di intervento giudiziario in questo contesto.

In riferimento alla prima questione, parte della dottrina¹⁶⁴ ha individuato quale base normativa per la configurabilità di un obbligo di rinegoziazione nel nostro ordinamento, l'art. 1375 c.c. inteso non solo quale "clausola generale destinata a regolare le trattative, la conclusione l'interpretazione e l'esecuzione del rapporto contrattuale, ma anche come fonte di integrazione del contratto, in quanto richiamata dall'art. 1374 c.c."¹⁶⁵.

In questa prospettiva, per il tramite della buona fede si introdurrebbe nel regolamento contrattuale doveri o regole che le parti avevano ommesso di prevedere, imponendosi una serie di comportamenti che, pur non previsti da specifici obblighi contrattuali, siano idonei a preservare l'equilibrio originario quando ciò non rappresenti un significativo sacrificio a carico dei contraenti¹⁶⁶. Si afferma quindi, in considerazione delle peculiarità

¹⁶⁴F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p.313 ss.

¹⁶⁵ Così, G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, p. 723.

¹⁶⁶ Sul tema, la giurisprudenza di legittimità afferma: "il principio di correttezza e buona fede [...] deve essere inteso come una specificazione degli 'inderogabili doveri di solidarietà sociale' imposti dall'art. 2 Cost. La sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge". (Cass., 5 novembre 1999, n. 12310, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, p. 2190; cfr. anche Cass., 15 gennaio 2000, n. 426, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1160; Cass., 16 ottobre 2002, n. 14726, in *Danno e resp. civ.*, 2003, p. 174; Cass., 23 maggio 2002, n. 7543, in *Foro it.*, 2003, I, c. 557); ed ancora, "la clausola generale di buona fede e correttezza è operante tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione di un contratto (art. 1375 c.c.), specificandosi nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte e ponendosi come limite di ogni situazione, attiva o passiva, negozialmente attribuita, de- terminando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto" (Cass., 8 febbraio 1999, n. 1078, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, p. 290); "la buona fede [...] uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con il proposito doloso di recare pregiudizio all'altra, ma anche se il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque, improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale, che integrano, appunto, il contenuto della buona fede » (Cass., 18 febbraio 1986, n. 960, in *Mass. Foro it.*, 1986, fasc. 2). Nella giurisprudenza di merito, sulla stessa linea si legge: " il comportamento di buona fede costituisce un vero e proprio dovere giuridico, autonomamente previsto, e come tale capace di generare responsabilità contrattuale, sebbene di fonte legale; infatti, alla previsione normativa del comportamento di buona fede, nei rapporti tra debitore e creditore e in particolare nella esecuzione del contratto, è riconosciuta anche funzione

dei contratti di lunga durata¹⁶⁷, che la buona fede possa essere in tale contesto fonte di un vero e proprio diritto-dovere di rinegoziazione, a ciò non ostacolando l'autonomia negoziale delle parti che un siffatto dovere non abbiano espressamente escluso perché, in sostanza, l'obbligo di rinegoziazione asseconda l'esigenza propria dei contratti di lunga durata, consentendo la realizzazione e non l'alterazione della volontà delle parti¹⁶⁸. Difatti, la logica della risoluzione non è compatibile con la natura dei contratti di lungo periodo, in relazioni ai quali l'adeguamento alla mutata realtà, al fine della realizzazione del progetto che sottendono, è preferibile all'intera caducazione del rapporto.

Diversamente dalla dottrina, invece, la giurisprudenza stenta a riconoscere, il più delle volte escludendolo, un generale dovere di rinegoziazione. Una simile tendenza è chiaramente dimostrata da una sentenza di merito del tribunale di Pescara¹⁶⁹. In queste occasioni il giudice, con formula particolarmente ampia, quasi a voler rimarcare un carattere assoluto della regola espressa, non ha esitato ad affermare che “la clausola generale di correttezza non può essere spinta fino al punto di configurare, a carico di una parte, un obbligo di “rinegoziazione” dell'assetto contrattuale, essendo ciò contrario al principio generale che governa il diritto dei contratti”, ossia quello del *pacta sunt servanda*.

Posta l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione, rimane da stabilire cosa, in concreto, questo comporti. La parte, tenuta alla rinegoziazione, è adempiente se, in presenza dei presupposti che richiedono la revisione del contratto, promuove una trattativa o accoglie

integrativa delle obbligazioni contrattuali, generatrice di obblighi collaterali, quale quello di cooperazione, capaci di sussistere anche dopo l'esaurimento del rapporto contrattuale” (Trib. Roma, 12 febbraio 1999, in *Nuovo dir.*, 1999, p. 1035).

¹⁶⁷ Icasticamente, si afferma: “È evidente l'intensità con cui il fattore tempo incide rispetto a certe fattispecie negoziali (i contratti di lungo periodo), determinandone la peculiare natura e la caratteristica inclinazione all'adattamento come fattore «causale» necessario alla loro perfetta attuazione” (P. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, II, 2005, p.551).

¹⁶⁸ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p.323 ss., il quale aggiunge che è “la natura dell'affare che consente l'oggettivizzazione della buona fede *in executivis* e, di conseguenza, la determinabilità degli obblighi contrattuali in cui si specifica il precetto della buona fede (. . .), deve riconoscersi che, nei contratti di lungo periodo, l'obbligo di rinegoziazione, quale mezzo per evitare la risoluzione del contratto nel rispetto del principio di buona fede, sembra acquistare una valenza specifica di notevole rilevanza”

¹⁶⁹ Trib. Pescara, 24 gennaio 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 613.

l'invito di rinegoziazione propostogli dalla controparte; per converso, vi sarò inadempimento qualora la parte si opponga in maniera assoluta alla rinegoziazione o ponga in essere una "trattativa maliziosa", ossia intavoli delle trattative di mera facciata, senza alcuna intenzione effettiva di rivedere i termini contrattuali.

In questi casi, si afferma, non sorgono dubbi circa la possibilità, per la parte adempiente, di agire con gli strumenti ordinari della risoluzione del contratto e del risarcimento del danno. In questo caso, opinione prevalente¹⁷⁰, è nel senso di ritenere risarcibile, oltre al semplice interesse contrattuale negativo tipico della fase prenegoziale che tutela l'interesse della parte a non essere coinvolto in trattative inutili, anche l'interesse contrattuale positivo, cioè l'interesse all'esecuzione corretta del rapporto contrattuale, poiché l'obbligo di rinegoziazione si pone in maniera differente rispetto alla normale regola di rispetto della buona fede delle trattative ex art. 1337 c.c., proprio perché, prima della rinegoziazione, esiste già un contratto valido ed efficace, da aggiornare.

Il discorso cambia, invece, qualora in questi casi si ritenga l'ammissibilità di un intervento eteronomo del giudice di integrazione del contratto¹⁷¹. Sulla base di quanto disposto dall'art. 1374 c.c., in virtù del quale il contratto obbliga le parti, fra l'altro, alle conseguenze che derivano dall'equità, per suo tramite il giudice sarebbe autorizzato a determinare aspetti ed elementi del regolamento contrattuale non definiti dalle parti, né determinato da disposizioni di legge o dagli usi. Tuttavia, l'intervento del giudice in funzione integrativa del contratto per mezzo dell'equità, è strumento suppletivo e residuale. Da ciò ne deriva che, da un lato, il giudice non può correggere la volontà delle parti neanche nel caso in cui le scelte dovessero apparirgli inique; dall'altro, che l'integrazione del contratto secondo equità può operare solo nei casi eccezionali in cui la legge lo permetta. Non si può, infatti, non rilevare che l'ammissione di un generale potere

¹⁷⁰ A sostegno della tesi, MACARIO, op. cit., p. 407 ss., P. MARASCO, op. cit., p. 174. Diversamente, nel senso di limitare la risarcibilità del danno al solo interesse negativo, V. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. Impr.*, v. 2, 2002, p. 813 ss., secondo cui si dovrebbe risarcire solo il mero interesse contrattuale negativo poiché la soluzione che prevede il risarcimento anche dell'interesse positivo «Si fonda sulla ritenuta possibilità per il giudice di prefigurarsi esattamente l'esito della trattativa modificata nel caso in cui entrambi i contraenti avessero rinegoziato secondo uno spirito di reale e fattiva collaborazione. Ma tale possibilità non sussiste, perché il giudice non può mai dire quale sarebbe stata la scelta giusta in quanto non esistono scelte di tal tipo».

¹⁷¹G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1995, 254 ss.

d'intervento del giudice sarebbe incompatibile con un ordinamento, come il nostro, fortemente improntato al principio dell'autonomia contrattuale¹⁷². Ciò posto, non si esclude in maniera aprioristica e assoluta un siffatto intervento: si tratta, semmai, di stabilire quando, accertato l'inadempimento di una parte dell'obbligo di rinegoziazione, l'altra possa adire l'autorità giudiziaria. Ebbene, l'intervento del giudice potrebbe, innanzitutto, ammettersi ove le parti abbiano, con apposita clausola, predisposto precisi parametri a cui attenersi nell'adeguazione del contratto, poiché in tal caso la rinegoziazione non costituirebbe un'attività di contrattazione in senso stretto ma un semplice atto esecutivo di una volontà già espressa in precedenza con la fissazione dei criteri di adeguamento, sicché l'intervento del giudice avrebbe funzione meramente ricognitiva e non sostitutiva dell'autonomia privata delle parti¹⁷³. L'adeguamento giudiziario può poi ritenersi ammissibile, qualora le parti abbiano rimesso la determinazione all'equo apprezzamento del terzo nell'ipotesi di un fallimento della rinegoziazione¹⁷⁴.

Fuori da queste ipotesi e dalle altre, specificamente richiamate dalla legge, un intervento del giudice in funzione integrativa del regolamento contrattuale non pare ammissibile, essendo ciò privo di una qualsivoglia giustificazione normativa.

Altra opinione, ritiene di legittimare l'intervento giudiziario in forza dell'art. 2932 c.c. Secondo tale dottrina, dal momento che una clausola che prevede un dovere di rinegoziazione produrrebbe un obbligo di contrarre, nel caso di inadempimento di una delle parti, la parte adempiente potrebbe agire in forza della suddetta disposizione per ottenere una "sentenza costitutiva della regola contrattuale che sostituisca quella non più vincolante"¹⁷⁵. A tale tesi, tuttavia, efficacemente si obietta l'inapplicabilità della norma,

¹⁷² Così, P. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, II, 2005, p.561.

¹⁷³ Sul punto, la Suprema Corte precisa che, in simili casi, "*l'intervento giudiziale è limitato ad una funzione meramente ricognitiva, dovendosi muovere sulla base di criteri, punti di riferimento, parametri che sono stati convenzionalmente precostituiti nel contratto (anche se con alcuni margini di elasticità tecnico-valutativa) dalle parti stesse*" (Cass., 14 febbraio 1986, n. 873, in *Giur. it.* 1987, I, 1, c. 282).

¹⁷⁴ Autorevole dottrina afferma al riguardo: "qui l'intervento del giudice trova fondamento in una previsione normativa, l'art. 1349, comma 1, c.c., ed è supportato dalla volontà delle parti, le quali, prevedendo l'intervento determinativo del terzo, di sicuro non hanno voluto riservare alla propria autonomia la definizione del contratto modificativo" (P. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, v.2, 2005, p.568.)

¹⁷⁵ Così, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 426 ss.

avuto anche riguarda alla giurisprudenza in tema di contratto preliminare¹⁷⁶, in presenza di un accordo solo parziale o che rimetta a future trattative la determinazione degli elementi mancanti, altrimenti realizzandosi un'eccessiva invasione della sfera di autonomia dei privati nella determinazione del regolamento contrattuale¹⁷⁷.

Concludendo, senza dubbio l'impressione generale che se ne trae è quella di una sempre maggiore sensibilità del diritto verso esigenze di equilibrio nei rapporti contrattuali. Ciò porta a legittimare, specificamente in relazione ai contratti di durata, ossia ai quei contratti che, naturalmente o funzionalmente, presuppongono il perdurare del rapporto contrattuale per un lasso di tempo considerevole, se non indeterminato, l'esistenza di un generale obbligo di rinegoziazione nel caso di sopravvenienze che alterino sensibilmente l'equilibrio economico originariamente previsto dalle parti, inteso quale obbligo di intraprendere una trattativa e non anche quale obbligo di stipulare ad ogni costo un contratto adeguativo, né tantomeno di legittimare, in caso di inadempimento, un indiscriminato intervento del giudice nell'economia del contratto.

2.3.2 La clausola di *Hardship* nei Principi UNIDROIT

L'apertura dei mercati e l'abbattimento di numerose barriere a livello europeo e intercontinentale hanno funto da propulsori di un nuovo commercio le cui peculiarità hanno inevitabilmente influenzato le modalità di negoziazione e il contenuto dei contratti. Il commercio internazionale non è più essenzialmente basato sull'importazione o esportazione dei beni (pur questo rimanendo settore nevralgico delle relazioni economiche), essendo ormai l'interesse degli operatori economici proiettato verso il

¹⁷⁶ A titolo esemplificativo, si legge: “*seppure il contratto preliminare deve indicare soltanto gli elementi essenziali del contratto definitivo, e non anche necessariamente tutti gli elementi accessori ed accidentali di questo, tuttavia le clausole e condizioni non figuranti nel contratto preliminare possono essere inserite nel contratto definitivo unicamente quando siano il risultato dell'accordo delle parti, con la conseguenza che è pienamente giustificato il rifiuto di una parte di addivenire alla stipulazione del contratto definitivo qualora il testo di esso, predisposto dall'altra parte, contenga clausole e condizioni non pattuite e che la parte non inadempiente ed avente interesse a quella stipulazione può chiedere l'esecuzione in forma specifica a norma dell'art. 2932 c.c. del contratto senza l'inserimento di tali clausole e condizioni*” (Cass., 16 marzo 1984, n. 1818, in *Mass. Foro it.*, 1984).

¹⁷⁷ In questo senso, P. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, v.2, 2005 p. 573.

trasferimento di tecnologie, la progettazione di grandi impianti, la creazione di joint venture e così via dicendo¹⁷⁸.

Da ciò, il caratterizzarsi dei contratti commerciali internazionali per la lunga durata, ove possibile indefinita, la diversificazione, se non maggior complessità, delle eventuali controversie che da questi possono derivare nonché l'ampio raggio delle relazioni d'affari tra i contraenti.

Di conseguenza se, da un lato, la maggior durata del contratto aumenta il rischio che, a causa di un mutamento delle circostanze iniziali tale da rendere l'esecuzione della prestazione dovuta più onerosa per una delle parti, si realizzi un'alterazione dell'equilibrio economico del contratto; dall'altro, lo scioglimento del contratto difficilmente si rende agevole per le parti. Infatti, spesso tali contratti coinvolgono più Paesi, molteplici interessi di notevole rilevanza e ingenti capitali per cui nessuna delle parti sarebbe avvantaggiata dalla risoluzione del contratto; spesso poi, la contrattazione si svolge nell'ambito di mercati oligopolistici in cui difficilmente può reperirsi un nuovo partner commerciale, senza contare i costi di una nuova attività di negoziazione e la condivisione tra le parti di informazioni riservate, segreti aziendali e *know-how*. Da tali preliminari considerazioni agevolmente si comprende il disinteresse degli operatori economico-giuridici del commercio internazionale per la previsione di cause di risoluzione del contratto, preferendosi piuttosto stabilire ex ante i casi in cui un'alterazione dell'equilibrio economico, posto alla base del negozio giuridico, obblighi le parti a rinegoziare i termini del contratto così da ricondurre il contratto all'equilibrio iniziale¹⁷⁹.

Queste sono le ragioni che hanno portato la prassi del commercio internazionale a ricercare ed affinare strumenti idonei allo scopo, rendendo così tale settore il terreno elettivo in cui la clausola di *Hardship* si è sviluppata¹⁸⁰.

¹⁷⁸ E. G. HOLTZMAN, *Arbitration in Long-Term Transaction*, in *International Commercial Arbitration. Documents and Collected Papers* (a cura di) Schimthoff, New York, British Institute of International and Comparative Law, London, 1975.

¹⁷⁹ Sul punto, A. FRIGANI, *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and Carry, Merchandising*, Torino, 1991, 391 e ss.

¹⁸⁰ In una prospettiva di analisi storico-evolutiva risulta che, anche se utilizzate nei contratti internazionali già nella prima metà del XX secolo, la maggior diffusione della clausola di *Hardship* si ebbe negli anni Sessanta, in occasione delle crisi del sistema economico e monetario internazionale e delle crisi petrolifere nonché grazie al contributo della giurisprudenza arbitrale internazionale che, in assenza di siffatta clausola, si era spesso opposta ad una rideterminazione del regolamento contrattuale. A ben guardare poi, già Tommaso D'Aquino afferma che non

Il termine Hardship non rinvia ad un concetto giuridico, quanto ad un dato descrittivo indicativo di un evento che accade ad una delle parti, sicché questa non può essere definita aprioristicamente in termini più o meno restrittivi, essendo l'ambito di operatività della stessa rimessa alle specifiche determinazione delle parti. In termini generali potrebbe comunque dirsi che la clausola in esame organizza la revisione del contratto, ogniqualvolta circostanze sopravvenute ne modifichino significativamente l'equilibrio economico, offrendo così alle parti un approccio flessibile per fronteggiare le evenienze imprevedute ed una cornice entro cui rinegoziare¹⁸¹.

Riguardo alla struttura, pur nella varietà delle clausole di *Hardship*, inevitabilmente adattate e plasmate dal settore economico e dalla tipologia di contratto cui accedono, è possibile generalmente individuare due parti principali¹⁸². La prima, in francese *hypothèse*, che individua e specifica le ipotesi in cui la clausola trova applicazione, e la seconda, nella quale si definisce il *régime* applicabile nel caso in cui si verifichi l'ipotesi. Più nello specifico, nella prima parte della clausola in esame sono indicate, in maniera più o meno determinata, le circostanze al verificarsi delle quali sono ricondotte le conseguenze sul rapporto contrattuale. Tali circostanze possono essere delle più varie, specifiche, generiche o ancora tra loro combinate. Tuttavia, il semplice verificarsi delle circostanze indicate non basta perché si configuri la ipotesi di hardship, occorrendo al riguardo che da queste derivi anche un pregiudizio effettivo per una delle parti, il quale, nella maggioranza dei casi, occorre sia di considerevole rilevanza.

Ai fini di accertare la sussistenza dell'*hardship* poi, le clausole generalmente impongono alla parte nei cui confronti si verifica il pregiudizio di notificare all'altra il verificarsi della circostanza e lo svantaggio da essa causatogli, disponendosi la perdita del diritto di

commette alcuna colpa colui il quale non esegue la sua prestazione a causa di un radicale mutamento delle circostanze. Tale principio morale viene poi trasposto in termini giuridici dai giuristi Bartoldo e Baldo nel corso del XV secolo. Sul tema, U. DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali: la patologia dei contratti*, Padova, 1988, p.88.

¹⁸¹ H. ULLMAN, *Enforcement of Hardship Clauses in the French and American Legal Systems*, in *California Western International Law Journal*, v. 19, 1988, p.82.

¹⁸² Alcune clausole contengono anche un preambolo iniziale la cui funzione è quella di esplicitare la filosofia o la ratio sottostante la clausola stessa. Le nozioni in esso contenute sono comunque inserite, esplicitamente o in modo implicito, nel corpo della clausola, così che, la mancanza del *préambule* non pregiudica in alcun modo la comprensibilità né tantomeno la operatività della clausola.

avvalersi della clausola qualora tale obbligo, in relazione al requisito di tempo necessario, non sia rispettato. La notificazione permette così di innescare il meccanismo di consultazione delle parti al fine di accertare la sussistenza dell'ipotesi, stante comunque la difficoltà di una tale valutazione a causa della naturale vaghezza dei criteri utilizzati. Non è raro quindi, che le parti possano prevedere nella stessa clausola l'intervento di un terzo estraneo o di un arbitro, per l'ipotesi in cui esse falliscano nel raggiungere un accordo circa l'esistenza o meno dell'*hardship*.

Una volta questa sia accertata, le possibili conseguenze legali sono tre. Innanzitutto, può prevedersi la sospensione temporanea dell'obbligo ad adempiere, ove gli effetti determinati dall'evento imprevedibile abbiano esclusivamente natura temporanea, fatta salva la possibilità per le parti di risolvere il contratto nel caso in cui al termine del periodo di sospensione concordato la circostanza che ha cagionato l'*hardship* sia ancora presente. In secondo luogo, può essere attribuita la facoltà alla parte pregiudicata di richiedere, all'altro contraente, la rinegoziazione del regolamento contrattuale di modo tale da ristabilire l'equilibrio originario alterato dalle sopravvenienze impreviste. In questa ipotesi, le parti hanno l'obbligo di negoziare ma non anche di raggiungere un accordo, con la conseguenza che, il contraente richiesto adempie correttamente alla propria obbligazione ove si limiti ad instaurare le trattative e le conduca con buona fede e correttezza; se il fallimento nel raggiungimento di un accordo non sia imputabile ad alcuna delle parti, il contratto prosegue secondo i termini originari, sempre che le parti non abbiano precedentemente stabilito il da farsi in questo caso¹⁸³.

Infine, la clausola in esame può disporre per la risoluzione del contratto, quale ultima risorsa nel caso di fallimento della rinegoziazione¹⁸⁴.

Ciò preliminarmente posto, si rileva come l'*hardship* non trovi un proprio spazio di autonomia al di fuori della prassi commerciale di cui è frutto¹⁸⁵, almeno non prima del 1994, anno in cui viene pubblicata la prima edizione dei Principi del diritto del commercio

¹⁸³ Molto incisivamente afferma Schmitthoff: "a hardship clause without sanctions is hardly worth the paper on which I sit written" (C. M. SHMITTHOFF, *Hardship and intervent clause*, in *Journal of Business Law*, 1988, p. 82)

¹⁸⁴ Per un approfondimento dell'analisi condotta circa la struttura della clausola di *Hardship*, si rinvia a M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Bruylant, 2003.

¹⁸⁵ U. DRAETTA, *Les clauses de force majeure et de hardship dans les contrats internationaux*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2001, p. 297-298.

internazionali elaborati dall'International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)¹⁸⁶, nei quali alla clausola è dedicata una sezione ad hoc e specifiche disposizioni.

In premessa si nota come, nell'economia strutturale dei Principi, le norme qui in esame siano inserite nel capitolo 6 rubricato "Performance". Dalla collocazione in un contesto di esecuzione del contratto, deriva la convinzione che tali disposizione abbiano come obiettivo proclamato quello di renderla possibile a dispetto della situazione di Hardship¹⁸⁷.

Venendo ora al merito delle norme sull'hardship contenute nei Principi UNIDROIT, queste si aprono affermando, quale regola generale, la vincolatività del contratto, imponendosi alle parti di darvi esecuzione anche qualora la prestazione diventi maggiormente onerosa per una delle parti¹⁸⁸, assorbendo così il tradizionale principio del *pacta sunt servanda*¹⁸⁹. Se da un lato è vero che le parti non possono non dare esecuzione ad un contratto stipulato per la semplice ragione che adempierlo sia divenuto più oneroso di quanto originariamente previsto, dall'altro, è lo stesso commento ufficiale ai Principi il quale afferma che la regola del *pacta sunt servanda*, pur di fondamentale importanza, non ha però carattere assoluto, potendosi derogare qualora si verifichi un mutamento

¹⁸⁶ Si tratta della raccolta di principi del diritto del commercio internazionale elaborata in seno all'International Institute for the Unification of Private law (UNIDROIT), organizzazione internazionale indipendente con sede in Roma, ai cui gruppi di lavoro parteciparono eminenti esperti del diritto contrattuale e del diritto del commercio internazionale. Alla prima edizione dei Principi, risalente al 1994, è seguita una seconda edizione nel 2004 e nel 2010 una terza.

I redattori dei Principi hanno perseguito l'ambizioso obiettivo di raccogliere in un unico testo scritto una disciplina organica dei contratti in generale, pensata e rivolta agli scambi commerciali internazionali e dunque slegata dai particolarismi giuridici dei singoli ordinamenti nazionali. Per ciascun aspetto, è stata adottata la soluzione che nella prassi del commercio o nelle realtà dei diversi ordinamenti giuridici è parsa essere la più convincente per disciplinare gli aspetti comuni ai contratti commerciali internazionali.

¹⁸⁷ U. DRAETTA, *Les clauses de force majeure et de hardship dans les contrats internationaux*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2001, p. 297-298.

¹⁸⁸ L'articolo 6.2.1 (*Contract to be observed*) dispone: "Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship".

¹⁸⁹ Tale principio è universalmente riconosciuto nel diritto internazionale generale ed è icasticamente sancito dall'articolo 26 dalla Convenzione sul diritto dei trattati di Vienna, del 23 maggio 1969, il quale afferma: "Ogni trattato in vigore vincola le parti e deve essere eseguito in buona fede". Parte della dottrina, pur riconoscendo la fondamentale importanza della regola suddetta, critica la scelta dei redattori dei Principi considerando una riaffermazione della regola di vincolatività del contratto in questa sede superflua in quanto già di per sé ovvia e comunque già precisata in maniera analoga nell'art. 1.3 dei Principi stessi (D. MASKOW, *Hardship and Force Majeure*, in *The American Journal of Comparative Law*, v. 40, 1992, p.661).

delle circostanze tale da condurre ad una “*fundamental alteration*”¹⁹⁰ dell’equilibrio contrattuale originario.

I Principi proseguono poi definendo il concetto di *Hardship*. Secondo quanto dispone l’art. 6.2.2, in combinato con quanto specificato nel relativo commento, l’ipotesi di *hardship* ricorre, purché la prestazione non sia ancora stata eseguita, quando si verificano degli eventi che alterano sostanzialmente i requisiti del contratto, purché tali eventi si verificano, o divengano noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata alla conclusione del contratto; siano estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; il relativo rischio non era stato assunto dalla parte svantaggiata.

Ebbene, dal momento che la norma non può essere utilizzata per esonerare una delle parti dal sopportare i normali rischi connessi al contratto, ossia tutto ciò che può farsi rientrare nell’alea normale, il nodo centrale della questione attiene allo stabilire quando uno squilibrio possa dirsi decisivo. In merito, è quasi ovvio precisare che, in concreto, la natura “sostanziale”¹⁹¹ o meno di una certa alterazione non può essere aprioristicamente valutata, dipendendo questa dalle circostanze di specie del caso. Nella pratica, essa può manifestarsi in due modi, pur tra loro connessi. Può innanzitutto consistere in un sostanziale aumento del costo che una parte deve sopportare per adempiere le proprie obbligazioni, dovuto ad esempio ad un radicale aumento nel prezzo delle materie prime necessarie per la produzione di beni o la fornitura di servizi. In secondo luogo, può manifestarsi attraverso una sostanziale diminuzione nel valore della prestazione ricevuta da una parte, inclusi i casi in cui la prestazione non ha più alcun valore per la parte che la riceve dal momento che lo scopo della prestazione non può essere raggiunto. Ciò che conta, a differenza della prima ipotesi in cui è irrilevante la tipologia dell’evento che ha

¹⁹⁰ In questi termini si è espressa la Corte Internazionale Arbitrale di Zurigo in un lodo del 1996.

¹⁹¹ Il significato da attribuirsi all’espressione non è pacifico. Se la disposizione normativa non ha subito modificazione nel corso delle edizioni dei Principi, altrettanto non può dirsi del relativo commento. Il commento ufficiale all’edizione del 1994, ancorava la valutazione circa la rilevanza o meno dell’alterazione a un parametro oggettivo, richiedendosi un’alterazione pari o superiore al 50% del costo originariamente previsto o del valore originariamente stimato. Nelle edizioni successive qualsiasi riferimento a tale parametro-soglia scompare, ad esso preferendosi un generale richiamo alle specificità del caso concreto.

cagionato l'incremento, è che tale diminuzione sia oggettivamente misurabile, non rilevando un mero mutamento nell'opinione personale della parte.

Come prima accennato, occorre che, accanto ad un'alterazione sostanziale dei requisiti del contratto, altre condizioni debbono essere soddisfatte. Sicché, autorevole dottrina rileva come siano tre gli aspetti fondamentali sui cui focalizzarsi: la natura dell'evento perturbante, il momento in cui l'evento si produce, l'imprevedibilità e l'esternalità¹⁹². Con riferimento alla natura dell'evento perturbante questo, come si è già avuto modo di sottolineare, è irrilevante. Per quel che concerne invece il momento, questo può essere anteriore, nel qual caso occorre fosse ignoto alla parte svantaggiata avendo altrimenti questa potuto cautelarsi, o successivo alla conclusione del contratto. Elemento caratterizzante è poi la ragionevole prevedibilità dell'evento, formula questa necessariamente ampia la quale lascia notevoli spazi all'interpretazione da misurarsi, ancora una volta, in relazione alle specificità del caso concreto. Infine, con riferimento all'elemento dell'esternalità, questo può essere inteso in due eccezioni. Secondo una prima prospettiva, d'immediata intuizione, requisito imprescindibile per potersi configurare l'*hardship* consisterebbe nella circostanza per cui l'evento perturbante stia al di fuori della sfera di controllo della parte svantaggiata, non derivando ossia da una propria azione od omissione o, comunque, da un proprio comportamento negligente. Nella seconda prospettiva, l'esternalità viene intesa come la mancata assunzione della parte lesa della produzione dell'evento perturbante¹⁹³. L'assunzione del rischio può avvenire espressamente, o evincersi dalla natura del contratto, con riferimento ai c.d. contratti aleatori, naturalmente caratterizzati, si pensi ai contratti assicurativi o di borsa, da un elevato grado di rischio di cui la parte è consapevole e che quindi assume al momento della stipulazione del contratto.

Venendo, infine, agli effetti dell'*hardship*, essi, così come definiti dall'art. 6.2.3, si distinguono in effetti di carattere procedurale ed effetti di carattere sostanziale. Quanto agli aspetti procedurali, il riferimento è al diritto della parte lesa di chiedere la

¹⁹² M. C. A. PRADO *La théorie du hardship dans les Principes Unidroit relatif aux contrat du commerce international. Un approche comparative des principe set les solution adoptées par le droit français et par le droit américain*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1997, 323 ss.

¹⁹³ M. C. A. PRADO, *op. cit.*, p. 363.

rinegoziazione del contratto. Questo sussiste qualora questa informi, senza ingiustificato ritardo¹⁹⁴, la controparte circa il sopraggiungere dell'*hardship*, le sue conseguenze sul contratto nonché il momento di inizio delle negoziazioni¹⁹⁵, a meno che le ragioni a base delle quali si fa ricorso all'*hardship* siano talmente palese da rendere la loro riproposizione pleonastica. La notifica quindi, funge da input all'avvio della negoziazione, legittimando il contraente leso ad adire l'autorità giudiziaria o arbitrale qualora non venga raggiunto un accordo entro un termine ragionevole; permette poi, la retrodatazione degli effetti della revisione alla data della notificazione; legittima il rifiuto del notificante ad eseguire la prestazione. Ricevuta la notificazione, in ottemperanza ai principi di buona fede e leale collaborazione, la controparte non potrà semplicemente ignorarla o respingerla il dovere d'impegnarsi nella negoziazione; un diverso comportamento potrebbe essere successivamente valutato negativamente dai giudici, o arbitri, non legittimando però l'altra parte e considerare il contratto risolto o ad agire per il risarcimento dei danni. Intraprese le negoziazioni, l'intero corso delle trattative deve svolgersi nel rispetto, da ambo le parti, del principio di buona fede¹⁹⁶, dovendo le parti la genuina intenzione di pervenire ad un accordo. La richiesta di rinegoziazione, tuttavia, non legittima, di per sé, la parte svantaggiata a non adempiere la propria prestazione: ciò in linea con il carattere eccezionale dell'istituto. In mancanza di un accordo tra le parti

¹⁹⁴ In caso di ingiustificato ritardo nella notificazione, la dottrina prevalente ritiene che ciò non comporti il diritto per la parte di chiedere la rinegoziazione. Tuttavia, secondo alcuni, il mancato rispetto dell'onere di avviso determinerebbe l'impossibilità di accertare la sussistenza dell'*hardship* o i suoi effetti sul contratto (J. RIMKE, *Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, in Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer, 1999-2000). Secondo altri ciò dovrebbe essere preso in considerazione dall'altro contraente, o dal giudice, al momento della verifica circa la sussistenza delle condizioni di applicazione dell'*hardship* (M. PRADO, *La théorie du hardship dans les Principes Unidroit relatif aux contrat du commerce international. Un approche comparative des principe set les solution adoptées par le droit français et par le droit américain*, in Diritto del commercio internazionale, 1997, p. 368).

¹⁹⁵ M. C. A. PRADO, *op. cit.*, p. 367.

¹⁹⁶ Nella convinzione che un semplice dovere di rinegoziazione in buona fede non sia una garanzia sufficiente a che le trattative siano correttamente condotte, l'art. 2.1.15 dei Principi dispone l'obbligo di risarcimento del danno in caso di negoziazioni condotte in mala fede. Nello specifico esso afferma "Ciascuna parte è libera di condurre trattative e non è responsabile per il mancato raggiungimento di un accordo. Tuttavia, la parte che ha condotto o interrotto le trattative in mala fede è responsabile per le perdite cagionate all'altra parte. In particolare, si considera mala fede iniziare o continuare trattative malgrado l'intenzione di non raggiungere un accordo con l'altra parte".

per la sospensione del contratto, quindi, nel mentre delle nuove negoziazioni e fintanto che non sopraggiunga un nuovo accordo o intervenga la decisione del giudice, o arbitro, la parte lesa dovrà dare esecuzione al contratto originario.

Qualora le parti falliscano nel raggiungere un accordo entro un lasso di tempo ragionevole, queste possono adire l'autorità giudiziaria, o arbitrale, a seconda del meccanismo di risoluzione delle controversie scelto dalle parti. Nello specifico, ciò può accadere se la parte non svantaggiata ha del tutto ignorato la richiesta della parte lesa d'intraprendere i negoziati; se, dopo un periodo ragionevole, le parti non possano raggiungere un accordo, pur avendo condotto le trattative in buona fede; se la parte toccata dall'*hardship* ne nega l'esistenza o se le trattative non siano state improntate a buona fede.

Nell'ipotesi in cui l'autorità adita riscontri la sussistenza dell'*hardship*, questa può disporre l'adeguamento del contratto alle mutate sopravvenienze o la sua risoluzione, nonché, secondo autorevole dottrina¹⁹⁷, indirizzare le parti a ricominciare i negoziati perché essi stessi adattino il regolamento contrattuale o confermare il contratto esattamente com'era originariamente. La risoluzione è disposta nell'eventualità in cui la circostanza determinante lo squilibrio contrattuale non fosse prevedibile per la parte lesa e, pur nel silenzio della norma al riguardo, solo nell'ipotesi in cui non sia possibile mantenere il contratto adeguandone i termini, in applicazione del principio del *favor contractus*. L'adeguamento dei termini contrattuali ad opera dell'autorità giudiziaria (o arbitrale) assolve invece a due funzioni basilari: fornisce una cornice alla contrattazione, tracciandone il perimetro, e funge da rimedio per superare situazioni di *impasse*. Limite a tale adeguamento risiede nell'impossibilità di imporre, di fatto, un nuovo contratto alle parti, sicché la modifica apportata deve essere prevedibile o, quantomeno, legata alla cornice tracciata dall'originario contratto, secondo criteri di ragionevolezza, equa distribuzione delle perdite tra le parti¹⁹⁸ e nell'ottica di ristabilire, ove possibile, lo *status quo ante*¹⁹⁹.

¹⁹⁷ M. PRADO, *op. cit.*, p. 369.

¹⁹⁸ J. RIMKE, *Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, in Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer, 1999-2000.

¹⁹⁹ D. MASKOW, *Hardship and Force Majeure*, in The American Journal of Comparative Law, vol. 40, 1992, p. 663.

2.4 I singoli tipi contrattuali

Prendendo in considerazione il codice civile del 1942 in riferimento ai singoli tipi contrattuali in esso disciplinati, ossia con riguardo alla disciplina contenuta nel Titolo III (Dei singoli contratti) del Libro quarto del codice, è stato acutamente osservato²⁰⁰ come la totalità dei contratti ivi disciplinati, eccezion fatta per quelli destinati allo svolgimento di una funzione ancillare rispetto ad altri rapporti obbligatori²⁰¹, possano essere qualificati come contratti d'impresa, vuoi in base ad un criterio normativo, con riferimento al contenuto delle norme che li disciplinano, vuoi in base ad un criterio funzionale, ossia in ragione del loro impiego tradizionale.

Innanzitutto, esiste nel codice civile un gruppo di contratti i quali, sulla base di un criterio normativo, possono essere considerati quali contratti d'impresa, o commerciali che dir si voglia, perché presuppongono la presenza di un'impresa quale elemento costitutivo della fattispecie: questi contratti, alla stregua delle norme codicistiche, non sorgono se nella fattispecie non c'è l'impresa. Tali sono il contratto di appalto, il contratto di assicurazione, il contratto di lavoro subordinato, i contratti bancari, il contratto di deposito in albergo, il contratto di deposito nei magazzini generali²⁰². Questi presuppongono per la loro funzionalità l'esistenza dell'impresa e ad essi si applicano norme derogatorie rispetto a quelle sancite per la generalità dei contratti.

²⁰⁰ La distinzione tra contratti normativamente e funzionalmente di impresa è ripresa da V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, p. 29 ss.

²⁰¹ Tali sono i c.d. contratti ancillari o strumentali, quali il mandato, il sequestro convenzionale, i contratti diretti a costituire una garanzia, come la fideiussione e il mandato di credito, i contratti preordinati a dirimere una lite, come la transizione.

²⁰² Nello specifico, per il contratto di lavoro subordinato l'art. 2094 c.c. definisce prestatore di lavoro "chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale e manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore"; con riferimento al contratto di deposito, l'art. 1786 c.c. estende le norme in tema di deposito in albergo agli imprenditori di case di cura, stabilimenti di pubblici spettacoli, stabilimenti balneari, pensioni, trattorie, carrozze letti e simili; nel contratto di assicurazione l'art. 18883 c.c. stabilisce che "l'impresa di assicurazione non può essere esercitata [...]"; in riferimento ai cc.dd. contratti bancari l'art. 10 del d.lgs. n.385/93 stabilisce testualmente che l'attività bancaria "ha carattere d'impresa"; il contratto d'appalto è definito all'art. 1655 c.c. come il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio dietro corrispettivo di un prezzo.

C'è, poi, nel codice civile, una serie di altri contratti che, alla stregua del criterio normativo, non rientrerebbero tra i contratti d'impresa, dal momento che le norme del codice non indicano quale presupposto tecnico l'esistenza di un'organizzazione imprenditoriale. Tali sono quei contratti che, sulla sola base di un criterio formale, non potrebbero chiamarsi commerciali perché non sono disciplinati in un codice di commercio; non vi è alcun riferimento all'impresa nelle norme regolatrici; non sono riservati all'imprenditore, potendo, in teoria, essere posti in essere da un qualsiasi soggetto di diritto, nonostante naturalmente e di norma siano posti in essere da un imprenditore.

Ciò nonostante, è stato affermato che è proprio l'*id quod plerumque accidit* a consigliare il sostanziale inquadramento di tali contratti nell'ambito dei contratti funzionalmente commerciali. Ed infatti, pur limitando la considerazione alle sole norme in tema di contratto contenute nel codice civile, in una prospettiva storica appare che la maggior parte dei contratti speciali è stata pensata per l'imprenditore, viene posta in essere di norma da imprenditori commerciali e viene eccezionalmente estesa anche ai contratti della stessa specie stipulati da non imprenditori²⁰³.

Per cui, accanto ai contratti definiti commerciali alla stregua del criterio normativo, ve ne sono altri, la maggioranza dei contratti nominati, che possono a questi essere parificati, sia perché di norma sono posti in essere da un imprenditore, sia perché la loro disciplina ha un senso solo se riferita ad un imprenditore. Con l'ulteriore conseguenza che la disciplina del codice, sia quella attinente al singolo contratto, sia quella generale riferita a tutti i contratti o parte di essi, è applicabile solo in via analogica o in certi casi addirittura non applicabile ove tali contratti vengano posti in essere occasionalmente, ossia in maniera non professionale. Quindi, se al criterio normativo si aggiunge quello funzionale, possono annoverarsi tra i contratti commerciali anche il trasporto, la spedizione, la commissione, l'agenzia e la somministrazione.

²⁰³ V. BUONOCORE, *I contratti d'impresa*, in *Contratti d'impresa* (a cura di) V. Buonocore e A. Luminoso, Milano, Giuffrè, 1993, p. 38 s.

E il discorso non cambia qualora dal codice civile si sposti l'attenzione alla legislazione speciale post codicistica. Guardando agli interventi legislativi successivi all'emanazione del codice, infatti, non può non rilevarsi come la quasi totalità degli stessi sia posta indirettamente a protezione dei consumatori o degli operatori che entrano in contatto con l'impresa, limitando l'autonomia di quest'ultima. Queste norme consentono di superare la valutazione di episodicità formulata con riguardo alle disposizioni del codice civile in cui emergeva una deviazione disciplinare, derivante dal collegamento con l'impresa, rispetto alle regole di diritto comune, episodicità che ne impediva la considerazione come componente di un sistema.

Non essendo però questa la sede per un'analisi approfondita di tutti i tipi contrattuali di impresa, l'attenzione è rimessa solo ad alcuni di questi, in ragione dell'importanza che hanno, si pensi all'appalto, o stanno nel tempo sempre maggiormente acquisendo, si pensi al c.d. contratto di rete.

2.4.1 L'appalto

L'appalto è definito dal legislatore come il contratto con cui *“una parte (c.d. appaltatore) assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro”*²⁰⁴, alla cui corresponsione è obbligata la controparte c.d. committente.

Dalla lettera della norma, emergono immediatamente le caratteristiche peculiari del contratto le quali, da un lato, permettono di distinguerlo da altri tipi contrattuali pur affini – si pensi ai contratti d'opera e di opera intellettuale – dall'altro lato, lo qualificano senza ombra di dubbio entro la categoria dei contratti d'impresa che è qui oggetto di discussione.

L'appaltatore altri non può essere infatti che un imprenditore commerciale, individuale o collettivo, dal momento che gli si richiede sia la predisposizione e organizzazione dei mezzi necessari al compimento dell'opera o del servizio oggetto del contratto, sia l'assunzione dell'opera o servizio a proprio rischio, ossia facendosi carico del rischio di

²⁰⁴ Articolo 1655, codice civile.

non ritrarre alcun profitto dall'adempimento del contratto risultando essere i costi di realizzazione superiori ai ricavi in conseguenza ad una cattiva o inefficiente gestione dell'attività.

Discusso è se il contratto debba considerarsi ad esecuzione istantanea o prolungata. La soluzione dipende dall'oggetto del contratto: se questo prevede la realizzazione di un'opera, la durata nel tempo dell'esecuzione non è posta in funzione dell'interesse alla soddisfazione di un bisogno continuativo o periodico dell'avente diritto all'adempimento sicché essa non assurge ad elemento causale del rapporto negoziale, rappresentando solo una modalità strumentale di realizzazione in funzione di una mera esigenza pratica dell'appaltatore.

Al contrario, se l'appaltatore si obbliga contrattualmente a prestazioni continuative o periodiche di servizi, comunemente si ritiene che, anche qualora non sia possibile configurare un vero e proprio contratto di somministrazione, in caso di conflitto fra le norme che disciplinano l'appalto e quella che disciplinano la somministrazione, comunque espressamente applicabili al contratto di appalto avente ad oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi²⁰⁵, quest'ultime debbano prevalere, dal momento che l'interesse del committente è soddisfatto con esclusivo riguardo allo svolgimento del servizio protratto nel tempo.

L'appalto è poi un contratto a titolo oneroso, in quanto il corrispettivo in denaro deve sempre essere dovuto dal committente. Se il prezzo non è determinato dalle parti né altresì esse abbiano definito i criteri di determinabilità, questo si calcola in relazione alle tariffe esistenti o agli usi, in mancanza viene determinato in via equitativa dal giudice, gravando sull'appaltatore l'onere di provare l'entità delle opere realizzate.

L'opinione prevalente è nel senso di riconoscere un valore determinante nella conclusione del contratto a caratteristiche personali dell'appaltatore quali l'affidabilità, la serietà e la capacità dello stesso. Si parla quindi di un contratto concluso *intuitu personae*,

²⁰⁵ Secondo quanto previsto dall'articolo 1677, cod. civ.

individuando il principale appiglio normativo²⁰⁶ conclusione nel divieto di subappalto, salvo autorizzazione del committente. È proprio nella convinzione che il divieto di subappalto sia norma volta a tutelare gli interessi del committente con riguardo all'*intuitus personae* che si argomenta, nel silenzio della legge circa le conseguenze derivanti dalla mancata autorizzazione del committente, per la nullità relativa²⁰⁷ del contratto, nel senso che la legittimazione all'azione sarebbe riservata al solo committente. Bisogna poi sottolineare che il contratto di subappalto è comunque derivato e dipendente dal contratto di appalto a cui accede così che l'accettazione senza riserve da parte dell'appaltatore dell'opera eseguita dal subappaltatore è subordinata all'accettazione senza riserve del committente; prima della denuncia di vizi o difformità da parte del committente, l'appaltatore, pur a conoscenza dell'esistenza di questi, non potrà agire nei confronti del subappaltatore non essendogli ancora derivato di fatto alcun pregiudizio.

Circa la forma del contratto, non sono prescritti particolari oneri formali ai fini della validità del contratto, salvo i casi in cui, contenendo l'oggetto del contratto anche un'obbligazione di dare o essendo stipulato con una pubblica amministrazione, il contratto debba essere stipulato a pena di validità.

Per quanto concerne gli obblighi gravanti sull'appaltatore, egli è per legge tenuto a compiere l'opera (o realizzare il servizio) a regola d'arte: conformemente a quanto generalmente previsto per l'adempimento di obbligazioni inerenti all'esercizio di

²⁰⁶ Oltre al citato divieto di subappalto di cui all'art. 1656 cod. civ., a favore della qualificazione del contratto d'appalto in termini di contratto concluso *intuitu personae* militino anche la previsione di cui all'art. 1674 cod. civ., secondo cui il committente, in caso di morte dell'appaltatore può recedere dal contratto, se gli eredi non danno affidamento circa la buona esecuzione dell'opera, nonché l'articolo 81, comma 2, legge fall., il quale impedisce la prosecuzione del contratto nell'ipotesi di sopravvenuto fallimento dell'appaltatore qualora la considerazione della persona dell'appaltatore fosse stato motivo determinante del contratto.

²⁰⁷ Nel caso in cui la mancata autorizzazione ricorra nell'ipotesi di appalto pubblico, la giurisprudenza diversamente ritiene che il contratto sia viziato da nullità assoluta per contrarietà a norme imperative (nello specifico, art. 21, l. n. 646/1982). Da ciò deriva, in funzione anche di tutela preventiva della collettività dall'ingerenza mafiosa nell'esecuzione di opere pubbliche, una disciplina particolarmente sfavorevole per il subappaltatore il quale non potrebbe agire né nei confronti del sub committente, né della pubblica amministrazione per arricchimento senza causa. In questo senso Cass. n. 11131/2003; Cass. n. 11450/1997.

un'attività professionale²⁰⁸, deve agire con diligenza professionale, nel rispetto delle modalità e tempistiche stabilite nel contratto.

Egli è inoltre obbligato ad informare il committente dell'eventuale scoperta dei difetti dei materiali forniti da quest'ultimo se tali difetti vengono scoperti in corso d'opera e possono comprometterne la corretta esecuzione²⁰⁹; a consentire la verifica dell'opera da parte del committente²¹⁰; alla garanzia per le difformità e i vizi che essa presenti.

Quanto ai diritti del committente, a questi spetta innanzitutto il diritto di verifica sia nel corso dei lavori sia al compimento dell'opera.

Il potere di verifica e controllo può quindi essere prima di tutto esercitato in corso d'esecuzione personalmente dal committente o per il tramite di un suo rappresentante di fiducia (c. d. direttore dei lavori) le cui dichiarazioni, limitatamente alla materia strettamente tecnica, sono per il committente vincolanti. Nel caso in cui ritenga il lavoro non proceda a regola d'arte o comunque nel rispetto delle disposizioni contrattuali, egli può fissare un termine congruo entro cui l'appaltatore deve adeguarsi, risolvendosi automaticamente il contratto in caso contrario²¹¹. L'unico limite all'esercizio di tale potere risiede nell'impossibilità che con questo si escluda completamente l'autonomia gestionale dell'appaltatore nell'esecuzione dell'opera.

Prima della consegna dell'opera, il committente ha poi un ulteriore diritto di verifica, il c.d. collaudo: l'appaltatore è quindi tenuto, al termine dei lavori, ad invitare il committente ad effettuare il collaudo. L'accettazione può essere espressa o tacita, nel caso

²⁰⁸ L'articolo 1176, comma 2, cod. civ., dispone che “*nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata*”.

²⁰⁹ Articolo 1663, cod. civ.

²¹⁰ Articolo 1665, cod. civ.

²¹¹ Il diritto potestativo del committente di risolvere il contratto nel caso l'appaltatore si rifiuti di eseguire le direttive del committente, non eliminando i vizi o difetti da quest'ultimo riscontrati nelle verifiche e controlli in corso d'opera, è previsto dall'articolo 1662, cod. civ.

Si tratta di una sanzione quanto mai estrema verso l'appaltatore inadempiente, sicché si ritiene che tale diritto non possa essere esercitato dal committente *ad nutum*, dovendosi individuare un criterio utile a porvi un limite. Scartato il criterio della buona fede, dal contenuto troppo generico ed elastico, autorevole dottrina ritiene che il criterio più idoneo sia quello di riconoscere la legittimità dell'esercizio del diritto potestativo del committente solo quando “*l'appaltatore non possa o non voglia porre rimedio alle irregolarità eliminabili da lui compiute. E cioè quando il vizio non sia tecnicamente rimediabile, oppure quando l'appaltatore si rifiuta, senza ragione, di adeguarsi alle legittime direttive del committente*”. G. IUDICA, *Sette questioni in tema d'appalto*, Milano, 2016, p. 136 ss.

in cui, ricevuto l'invito, il committente non proceda alla verifica o non ne comunichi gli esiti entro un tempo ragionevole. Parimenti, si considera accettata l'opera ricevuta senza riserve, ancorché non si sia proceduto alla verifica.

L'accettazione rileva ai fini della responsabilità dell'appaltatore per vizi e difformità dell'opera: se accettata, l'appaltatore infatti non risponde dei vizi riconosciuti o riconoscibili al momento della stessa, sempre che non taciuti in mala fede.

In merito alla garanzia per vizi e difformità dell'opera, la legge impone al committente l'obbligo di denuncia²¹² degli stessi nel termine di decadenza di sessanta giorni dalla loro scoperta, salvo l'appaltatore li abbia riconosciuti o taciuti in mala fede; la relativa azione si prescrive invece in due anni dalla consegna. Azionata suddetta garanzia, il committente può chiedere, fermo restando il risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale, che i vizi e le difformità vengano eliminati a spese dell'appaltatore; che il corrispettivo dovuto sia diminuito in proporzione dell'incidenza di questi sul valore dell'opera; la risoluzione del contratto, qualora l'entità di tali vizi o difformità sia talmente grave da rendere l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione.

Qualora poi si tratti di edifici o altri immobili destinati per loro natura ad una lunga durata, e l'opera rovina in tutto o in parte, presenta un evidente pericolo di rovina o gravi difetti derivanti da un vizio del suolo o da un difetto della costruzione, il committente ha diritto al risarcimento del danno purché l'evento dannoso si manifesti entro dieci anni dal compimento dell'opera, sia stato denunciato entro il termine decadenziale di un anno dalla scoperta, e venga esercitata l'azione entro il termine prescrizione di un anno dalla denuncia.

²¹² Quanto al contenuto della denuncia, la Suprema Corte afferma che “*in tema di appalto non è necessaria una denuncia specifica ed analitica delle difformità e/o vizi dell'opera, tale da consentire l'individuazione di ogni anomalia di quest'ultima, essendo, per converso, sufficiente ad impedire la decadenza del committente dalla garanzia cui è tenuto l'appaltatore una pur sintetica indicazione delle difformità suscettibili di conservare l'azione di garanzia anche con riferimento a quei difetti accertabili, nella loro reale sussistenza, solo in un momento successivo*”. Cass., 25 maggio 2011, n. 11520, in *Mass. Giust. Civ.*, 2011, 5, 803, e in *Obb. e contr.*, 2012, 174 ss.

Riguardo al corrispettivo del contratto, esso consiste nella dazione di una somma di denaro determinata a misura, ossia calcolando il prezzo per singola unità da moltiplicarsi poi per il tutto, o a forfait, calcolando il prezzo globale dovuto per l'intera opera.

Il prezzo può essere oggetto di revisione²¹³ in corso d'esecuzione qualora si verificano aumenti o diminuzioni del costo dei materiali o della manodopera tali da incidere per oltre il 10% sul prezzo complessivo, nel qual caso la revisione può essere accordata solo per la differenza che eccede il decimo, o ancora se nel corso della realizzazione dell'opera sopravvengono difficoltà impreviste dovute a cause geologiche, idriche o simili, nel qual caso l'appaltatore ha comunque diritto ad un equo compenso.

Ulteriore causa di modificazione del prezzo originariamente convenuto si ha nell'ipotesi in cui vengano apportate varianti al progetto iniziale.

Le varianti possono essere ordinate dal committente²¹⁴ nell'esercizio del potere di verifica e controllo a lui spettante; possono essere apportate per iniziativa dell'appaltatore²¹⁵; possono rendersi necessarie per l'esecuzione dell'opera a regola d'arte²¹⁶.

Nel primo caso, la legge prevede uno *ius variandi* unilaterale a favore del committente in forza del quale, purché non concordemente escluso dalle parti, obbliga l'appaltatore ad eseguire le variazioni ordinate dal committente purché il loro ammontare non superi il sesto del prezzo convenuto, salvo comunque il diritto al compenso per i maggiori lavori eseguiti.

Nella seconda ipotesi invece le variazioni sono definite concordate, in quanto non possono essere apportate dall'appaltatore senza il consenso del committente da provarsi per iscritto ed in ogni caso salvo patto contrario, non danno diritto ad una maggiorazione del compenso qualora il prezzo dell'intera opera sia stato determinato globalmente.

Infine, nel caso in cui la necessità di apportare variazioni sopraggiunga rispetto al progetto e non vi sia concordia tra le parti in merito alle stesse, la loro determinazione e le rispettive variazioni del prezzo sono entrambe rimesse alla valutazione del giudice. Qualora l'entità della variazione sia tale da determinare un aumento di oltre un sesto del prezzo convenuto, l'appaltatore può recedere dal contratto ottenendo, eventualmente, un'equa indennità.

²¹³ La disciplina sulla revisione del prezzo ha carattere dispositivo, il che significa che le parti sono libere di modularla come ritengono più opportuno, stabilendo, ad esempio, l'adeguamento automatico del corrispettivo in funzione della variazione dell'indice Istat o di altro indice.

²¹⁴ Articolo 1661, cod. civ.

²¹⁵ Articolo 1659, cod. civ.

²¹⁶ Articolo 1660, cod. civ.

Qualora invece le variazioni siano di notevole entità, il committente ha diritto di recedere dal contratto corrispondo, in questo caso obbligatoriamente, un equo indennizzo a favore dell'appaltatore.

Nel caso in cui si tratti di un appalto pubblico, tutte le questioni in relazione al corrispettivo debbono essere avanzate dall'appaltatore nei confronti del committente per mezzo della c.d. riserva, la quale costituisce quindi un onere di segnalazione documentale da esplicitarsi nei modi e nei tempi dalla legge fissati, a pena di decadenza dal diritto all'eventuale maggiorazione del compenso dovuto.

Quanto infine, alle cause di estinzione caratteristiche del contratto di appalto, ossia altre rispetto a quelle tradizionalmente previste per la generalità dei contratti, esse si rivengono, innanzitutto, nell'esercizio del peculiare diritto di recesso unilateralmente riconosciuto al committente²¹⁷ il quale può da questi essere esercitato anche dopo l'inizio dell'esecuzione dell'opera o della prestazione del servizio, salvo l'obbligo di rimborso all'appaltatore dei lavori già eseguiti nonché l'obbligo di tenerlo indenne delle spese sostenute generali e per l'acquisto dei materiali e del mancato guadagno.

In caso di morte dell'appaltatore, il contratto non si risolve salvo la sua persona sia stato motivo determinante della stipulazione del contratto e gli eredi non diano affidamento circa la buona esecuzione dell'opera²¹⁸.

Da ultimo, oltre alle ipotesi di risoluzione già esaminate nell'ambito delle variazioni al progetto, il contratto di appalto si scioglie perché la realizzazione dell'opera è divenuta impossibile per causa non imputabile ad alcuna delle parti: in tal caso il committente è tenuto a corrispondere il prezzo per la parte dell'opera già compiuta, nei limiti in cui si per lui utile e in proporzione del prezzo pattuito per l'intera opera²¹⁹.

Nella prospettiva che qui interessa, quella ossia delle peculiarità che contraddistinguono i contratti di impresa rispetto allo schema contrattuale tipico predisposto dal legislatore del 42', un'interessante approfondimento riguarda il rapporto tra *fair dealing*²²⁰ e

²¹⁷ Articolo 1671 cod. civ.

²¹⁸ Per un approfondimento, si rimanda alla nota n. 3 del paragrafo.

²¹⁹ Articolo 1672 cod. civ.

²²⁰ L'espressione "buona fede", al pari di "correttezza", "diligenza del buon padre di famiglia" ecc., altro non sono se non clausole generali predisposte dal legislatore al fine di consentire l'elasticità dell'ordinamento giuridico. Fanno riferimento a valori sociali e morali esterni al diritto

contratto d'appalto, nella più ampia linea di tendenza della giurisprudenza al *running del business*²²¹, intesa come limitazione dell'autonomia dei privati nella predisposizione del regolamento contrattuale ad opera dell'intervento correttivo del giudice.

In premessa al discorso, è da notare come il legislatore non parli espressamente di buona fede o di correttezza nelle norme che disciplinano l'appalto, ciò non di meno non si dubita della subordinazione del contratto a quest'ultimo per la ragione che tutte le norme della parte generale dell'obbligazione e del contratto, dunque anche quelle che si riferiscono alla buona fede²²², trovano applicazione a tutti i tipi dal codice specificamente disciplinati.

In tema d'appalto, le più evidenti applicazioni giurisprudenziali della regola di buona fede si hanno nell'ambito dei vizi occulti e con riguardo all'adempimento dell'obbligazioni facenti capo a committente ed appaltatore.

Con riferimento alla prima ipotesi, si rileva come dottrina e giurisprudenza abbiano considerato quali vizi occulti, ossia vizi non riconoscibili né effettivamente conosciuti, quei vizi che, pur riconoscibili dal committente, siano stati dall'appaltatore taciuti in mala fede: basta quindi il semplice silenzio dell'appaltatore per condannare la sua condotta e far scattare la relativa responsabilità, inoltre gravando su quest'ultimo la difficile prova di non esser stato in mala fede. Il committente potrà invece limitarsi, anche con semplici presunzioni di fatto, a provare che l'appaltatore era a conoscenza dei vizi.

Nella seconda prospettiva, in materia di applicazioni giurisprudenziali della regola della *bona fides* nell'adempimento delle obbligazioni gravanti sulle parti del contratto d'appalto, particolari spunti d'interesse emergono da una recente sentenza della Corte di cassazione²²³. La Corte suprema era chiamata a decidere sulla legittimità o meno del

positivo, mutabili a seconda dell'evolversi del contesto socio-culturale al quale accedono. La buona fede può intendersi in senso soggettivo, ossia come la situazione psicologica di colui che ignora di ledere l'altrui diritto, o in senso oggettivo, come dovere di comportamento. Il termine è in questo paragrafo da intendersi come buona fede oggettiva.

²²¹ L'espressione è ripresa da G. IUDICA, *Sette questioni in tema d'appalto*, Milano, 2016, p. 17.

²²² Esse sono l'art. 1337, cod. civ., in tema di buona fede nelle trattative precontrattuali; l'art. 1366, cod. civ., in tema d'interpretazione del contratto secondo buona fede; l'art. 1375, cod. civ., nell'ambito dell'esecuzione del contratto secondo buona fede.

²²³ Cass. (ord.), 26 novembre 2013, n. 26365, in *Rep. Foro it.*, 2013, *Appalto*, 48.

rifiuto da parte del committente di versare il corrispettivo, di ingente valore, a fronte del diniego dell'appaltatore di eliminare i vizi o difformità dell'opera, che il giudice di merito aveva accertato esistenti ma di scarsissimo valore. Sul presupposto per cui la spesa occorrente fosse insignificante rispetto al corrispettivo globalmente dovuto, la Corte si è pronunciata a favore del committente, ritenendo il suo rifiuto di pagare un mero pretesto per ritardare quanto dovuto all'appaltatore e quindi contrario a buona fede.

Ebbene, è vero sì che la somma dovuta dal committente era ben maggiore rispetto a quella occorrente per eliminare i vizi e le difformità dell'opera, ma è vero anche che la legge impone espressamente all'appaltatore di eseguire l'opera a regola d'arte, sicché a me sembra che il committente avesse tutte le ragioni di rifiutarsi di adempiere dato l'inadempimento della controparte.

2.4.2 La subfornitura

Nei moderni processi di produzione industriale, specie ove finalizzati alla produzione di beni complessi, il più delle volte accade che il bene/servizio offerto non sia realizzato direttamente da una sola impresa ma costituisca, invece, il frutto della collaborazione tra più imprenditori ai quali l'impresa principale, in veste di committente, assegna la produzione di singoli componenti da assemblarsi successivamente. L'impresa committente detta quindi le regole, i tempi, i modi e i corrispettivi dell'esecuzione, rappresentando, in genere, il principale, se non unico, cliente dell'impresе satelliti. Ciò premesso, è agevole constatare come in tale situazione l'impresa satellite possa fortemente subire la posizione di dominanza del committente, sia nella predisposizione del regolamento contrattuale, sia al momento del pagamento finale. Consapevole quindi, delle condizioni di inferiorità in cui le piccole e medie imprese si trovano a contrattare nei confronti di imprese leader del mercato, il legislatore ha deciso di intervenire per eliminare, o quantomeno attenuare, tale asimmetria tra le posizioni dei contraenti, con la legge 18 giugno 1998, n. 192, recante la <<Disciplina della subfornitura nelle attività produttive>>²²⁴.

²²⁴ La normativa italiana sulla subfornitura trae, in parte, ispirazione dalla Raccomandazione della Commissione europea del 12 maggio 1995, riguardante i termini di pagamento nelle transazioni commerciali. La commissione rilevava la debolezza economica e giuridica delle piccole e medie industrie nell'ambito della subfornitura, con particolare riferimento alla lunghezza dei termini di pagamento nelle transazioni commerciali, considerando i ritardi di pagamento come un rischio

Tale legge, si pone quindi l'obiettivo di tutelare l'impresa debole che si trova in una posizione di sudditanza, sia economica sia giuridica, al fine di evitare che un tale squilibrio di forze possa avere conseguenze negative, al di là dei singoli rapporti contrattuali, sul mercato stesso. Di qui, l'introduzione di un regime di favore per l'impresa subfornitrice il quale, anticipando ciò che successivamente verrà trattato nello specifico, impone sia limiti all'autonomia privata, la cui effettività è assicurata dalla previsione di nullità delle clausole derogatorie, e singolari strumenti di tutela del credito del subfornitore.

Innanzitutto, opinione prevalente è quella che ritiene la disciplina della subfornitura non individui un nuovo tipo contrattuale - in quanto non detta una regolamentazione esaustiva e completa ma si limita a regolare solo alcuni aspetti del rapporto di subfornitura - quanto piuttosto una disciplina trasversale, applicabile in via integrativa e, in taluni casi prevalente, ad un gruppo di contratti quali la vendita, la somministrazione, il contratto

per l'equilibrio finanziario e per la sopravvivenza stessa delle imprese. Sicché, nello specifico, si invitavano gli Stati Membri ad adottare provvedimenti più adeguati, integrativi del loro sistema giuridico e amministrativo, per: a) rafforzare la trasparenza nei rapporti contrattuali, migliorare la formazione e l'informazione delle imprese ed attenuare gli effetti fiscali dei ritardi di pagamento; b) assicurare un risarcimento adeguato in caso di ritardo dei pagamenti; c) garantire appropriate procedure di ricorso; d) eliminare le difficoltà peculiari agli scambi transfrontalieri; f) migliorare i termini di pagamento nell'ambito degli appalti pubblici.

Sempre in ambito comunitario, la Commissione europea era precedentemente intervenuta sull'argomento, con Comunicazione del 18 dicembre 1978, esprimendo la propria opinione in merito alla situazione giuridica dei contratti di subfornitura alla luce dell'articolo 85, paragrafo 1, del trattato CEE, relativo al divieto di accordi restrittivi della concorrenza nel mercato comune (oggi, articolo 101 TFUE). Nell'ottica in cui i contratti di subfornitura siano forme di divisione del lavoro che, pur interessando le imprese di ogni dimensioni, offrono in particolare possibilità di sviluppo alle piccole e medie imprese, la Commissione giunge a considerare la possibilità che suddetti contratti contengano clausole che, pur astrattamente limitative della concorrenza, non rientrano in concreto nel divieto di cui all'articolo 85, paragrafo 1, CEE. Il riferimento è, tra l'altro, a quelle limitazioni che, nel quadro della trasmissione di conoscenze tecniche da parte del committente, prevedono - l'impegno di ciascuna parte contraente di non rivelare le conoscenze tecniche o i procedimenti di fabbricazione che presentano carattere di segretezza, né le informazioni confidenziali comunicategli dall'altra parte al momento della negoziazione o dell'esecuzione del contratto, fino a quando queste informazioni non siano divenute di pubblico dominio; l'impegno del subfornitore di non servirsi, anche dopo l'esecuzione del contratto, delle conoscenze tecniche o dei procedimenti di fabbricazione che presentano carattere di segretezza, ottenuti nel corso della durata del contratto fino a quando non siano divenuti di pubblico dominio; l'impegno del subfornitore di comunicare al committente, su una base di non esclusività i perfezionamenti tecnici da lui realizzati nel corso della durata del contratto ovvero, nell'ipotesi di invenzioni brevettabili realizzate dal subfornitore, di rilasciare al committente, per la durata del brevetto da lui detenuto, licenze non esclusive di brevetti di perfezionamento o di applicazione.

d'opera, ove questi rientrino nell'ambito di applicazione soggettivo²²⁵ così come individuato dalla legge²²⁶. Ai fini della qualificazione in concreto della fattispecie come subfornitura, ciò che conta è la condizione di dipendenza tecnologica ed economica dell'impresa subfornitrice rispetto all'impresa committente, ricavata dalla circostanza per cui l'opera, pur materialmente eseguita dal subfornitore, si inserisce nell'ambito della attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità alle direttive imposte dal committente, di modo che il ruolo del subfornitore risulta declassato a quello di mero esecutore.

Con riferimento ai limiti imposti all'autonomia contrattuali a cui poc'anzi si è fatto riferimento, vengono innanzitutto in rilievo le prescrizioni di forma e contenuto di cui all'art. 2 della legge in esame. Quanto all'obbligo imposto di forma scritta del contratto a pena di nullità²²⁷, l'intento di tutelare l'impresa debole è manifesto, ove si ragioni nel senso di assicurare chiarezza, trasparenza, comprensibilità e soprattutto certezza dei diritti ed obblighi nascenti dal contratto. Si potrebbe ritenere che la legge abbia inteso così prevenire possibili comportamenti opportunistici del committente, volti a sfruttare le possibilità di abuso lasciate aperte dall'incompletezza e vaghezza del contratto. Ancor di più, ove si consideri che suddetta prescrizione di forma è ulteriormente accentuata dalla

²²⁵ Ai sensi dell'articolo 1, l. n.192/1998, per subfornitura si intende quel contratto con cui un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime fornite dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente. Restano espressamente esclusi (cfr. art.1., comma 2, l. n.192/1998) dall'ambito di applicazione della disciplina i contratti aventi ad oggetto la fornitura di materie prime, di servizi di pubblica utilità e di beni strumentali non riconducibili ad attrezzature.

²²⁶ In tal senso, cfr. P. NEBBIA, *La subfornitura industriale*, in *I contratti di somministrazione e distribuzione*, (a cura di) R. Bocchino e A.M. Gambino, in Trattato dei contratti, (diretto da) P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2011, 731 ss.; S. MONTICELLI, G. PORCELLI, *I contratti dell'impresa*, Torino, 2013, p. 154.

²²⁷ Per un approfondimento del tema, cfr. D. ZUCCARO, *La forma del contratto di subfornitura tra finalità di protezione ed esigenze di certezza*, in *Riv. dir. priv.*, III, 2012, p. 409. In particolare l'autore rileva come il concetto di forma, in uno con quello della sanzione comminata per la sua inosservanza, sia da annoverare fra i concetti che hanno subito, a seguito dei numerosi interventi normativi degli ultimi anni di cui quello in tema di subfornitura è esempio, il maggior processo di rivisitazione da parte della dottrina. Tali interventi, seppure per esigenze non sempre omogenee, hanno imposto tutti il requisito formale, ad onta del generale principio della libertà di forma che permeava l'intero panorama dei contratti di diritto commerciale.

previsione secondo cui, nell'ipotesi in cui il contratto difetti del requisito formale, la nullità di questo non esclude il diritto del subfornitore ad ottenere il pagamento delle prestazioni già eseguite né il diritto ad ottenere il risarcimento delle spese in buona fede sostenute ai fini dell'esecuzione del contratto. Con riferimento invece al contenuto del contratto, in esso devono essere specificati il prezzo pattuito, i requisiti specifici del bene o del servizio commissionato, i termini e le modalità di consegna, di pagamento e di collaudo, consentendosi, per di più, al subfornitore di dare immediatamente inizio all'esecuzione senza preventivamente comunicare la propria accettazione, una volta ricevuta la proposta scritta del committente.

Sempre in ottica di tutela del subfornitore, al fine di evitare che questo, al momento della conclusione del contratto possa subire l'imposizione da parte dell'impresa committente di patti che stabiliscano termini di pagamento pregiudizievoli in quanto eccessivamente lunghi, l'articolo 3 della legge²²⁸ impone il termine entro i quali i pagamenti debbono essere effettuati²²⁹. Ciò, in deroga alla disciplina generale delle obbligazioni contenuta nel codice civile, ove, mancando il riferimento a termini massimi entro cui il debitore deve adempiere, l'intera materia è rimessa alla più ampia autonomia delle parti. Si aggiunga poi, a completamento della tutela apprestata all'impresa debole, la previsione di rilevanti interessi di mora²³⁰, decorrenti senza la necessità della previa costituzione in mora, nel caso di inadempimento del committente entro il termine stabilito.

²²⁸ L'importanza dell'articolo 3, l. 192/1998, ai fini di tutela dell'impresa subfornitrice, viene riconosciuta da Frignani, il quale afferma tale disposizione essere “*il vero cuore di tutta la legge (...) che da solo avrebbe costituito adempimento degli obblighi e raccomandazioni comunitarie*” (A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192 del 1998: problemi di diritto sostanziale*, in *I Contratti*, 1999, p. 193).

²²⁹ L'articolo 3, comma 2, l. n. 192/1998 stabilisce che i pagamenti debbono essere effettuati entro sessanta giorni dal momento della consegna del bene o della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione. Può tuttavia essere convenuto un termine diverso, non eccedente i novanta giorni, in accordi nazionali per settori e comparti specifici, sottoscritti presso il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato da tutti i soggetti competenti per settore presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro in rappresentanza dei subfornitori e dei committenti. Può altresì essere fissato un diverso termine, in ogni caso non eccedente i novanta giorni, in accordi riferiti al territorio di competenza della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura presso la quale detti accordi sono sottoscritti dalle rappresentanze locali.

²³⁰ In caso di mancato rispetto del termine di pagamento il committente deve al subfornitore, senza bisogno di costituzione in mora, interessi corrispondenti al tasso ufficiale di sconto maggiorato di cinque punti percentuali, salva la pattuizione tra le parti di interessi moratori in misura superiore e salva la prova del danno ulteriore. Ove il ritardo nel pagamento ecceda i trenta

Consapevole poi delle gravi ripercussioni sul piano economico e finanziario che la mora del committente può determinare nei riguardi delle imprese subfornitrici, il legislatore si preoccupa di rafforzare la posizione processuale di quest'ultime, prevedendo che il mancato pagamento del prezzo entro il termine pattuito costituisce titolo per l'ottenimento di un'ingiunzione di pagamento provvisoriamente esecutiva. Così, nell'intento di scoraggiare pratiche dilatorie del committente, si introduce nell'ordinamento un ulteriore caso di provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo rispetto ai tipi generalmente previsti²³¹.

Infine, come anticipato in incipit del paragrafo, la disciplina della subfornitura prevede numerose disposizioni la cui inosservanza è sanzionata dalla nullità²³². Accanto all'ipotesi di abuso di dipendenza economica, per il cui esame si rimanda al relativo paragrafo di questa trattazione, è disposta inoltre la nullità del patto che riservi ad una delle parti, con riferimento in concreto al committente, la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto; la nullità del patto che attribuisca ad una delle parti facoltà di recesso senza congruo preavviso; la nullità del patto con cui il subfornitore disponga, di diritti di privativa industriale o intellettuale a favore del committente, senza congruo corrispettivo.

2.4.3 Le lettere di patronage

Le lettere di patronage (o gradimento), sono delle dichiarazioni, generalmente redatte in forma epistolare, rilasciate ad una banca o a diverso soggetto creditore, da parte di un soggetto c.d. *patron* in favore di altro soggetto c.d. *patronnant*. Generalmente, si ricorre

giorni dal termine convenuto, il committente incorre, inoltre, in una penale pari al 5 per cento dell'importo in relazione al quale non ha rispettato i termini (art. 3, comma 3, l. 192/1998).

²³¹ L'articolo 642, c.p.c., stabilisce che il creditore può chiedere al giudice di emettere decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo quando il credito è fondato su cambiale, assegno bancario, assegno circolare o certificato di liquidazione di borsa; quando il credito è fondato su un atto ricevuto da notaio o altro pubblico ufficiale autorizzato; quando vi è pericolo di grave pregiudizio nel ritardo; quando il ricorrente produce una documentazione sottoscritta dal debitore a riprova del diritto fatto valere.

²³² L'opinione prevalente è nel senso di ricomprendere tali nullità nel novero delle "nullità di protezione". Pertanto, la legittimazione all'azione spetterebbe al solo subfornitore e il giudice, nell'esercizio dei suoi poteri officiosi, non potrebbe dichiarare la nullità ove il subfornitore dichiarasse di non volersene avvalere.

a tale fattispecie atipica²³³ nell'ipotesi in cui una società, facente parte di un gruppo o comunque controllata da altra, abbia necessità di ottenere un finanziamento da un istituto di credito il quale richiede, ai fini della concessione del credito, una qualche garanzia da parte della società capogruppo o controllante, in alternativa al rilascio di una tradizionale fideiussione. In altri termini, la lettera di patronage è diretta alla promozione del credito mediante il ricorso a forme di garanzia atipiche²³⁴.

Prima di affrontare nello specifico il tema del contenuto di tali lettere, occorre dar conto della questione preliminare circa la loro efficacia giuridica.

Un primo orientamento, pur minoritario²³⁵, esclude la rilevanza giuridica delle lettere di patronage rilevando, da un lato, come sarebbe indice della volontà per il patronnant di non costituire un vincolo giuridico vero e proprio il non ricorrere agli strumenti di garanzia tipicamente predisposti dall'ordinamento; dall'altro, si finisce per attribuire un valore semplicemente metagiuridico²³⁶ alle dichiarazioni di patronage sul presupposto della loro diversità rispetto a forme di garanzia tipiche come la fideiussione o il mandato di credito. Secondo tale tesi quindi, l'impegno assunto nella lettera sarebbe solo fonte di un'obbligazione naturale.

²³³ Il fenomeno del patronage nasce in negli Stati Uniti e si diffonde in Italia solo intorno agli anni Settanta quale dichiarazione con cui le multinazionali anglosassoni operanti nel Paese assumevano, in alternativa ad altre forme di garanzia, una sorta di paternità "morale" dell'operazione, comunicando al creditore la loro partecipazione nella società debitrice.

²³⁴ Così, N. SOLDATI, *Le lettere di patronage nella prassi bancaria*, in *Ventiquattrore avvocato*, IX, 2008, p. 48.

²³⁵ A sostegno di tale tesi, tra gli altri, C. MONTAGNANI, *Le garanzie prese sul serio: cortesia, pratiche generali interpretative e controlli nelle lettere di patronage*, nota a *Trib. Rom*, 18 luglio 1985, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1986, II, p. 450 ss. L'autore, nello specifico, sostiene l'inammissibilità di una presunzione di giuridicità per le figure atipiche nonché l'irrelevanza, ai fini della giuridicità, dell'inserimento della vicenda entro un contesto di formazione progressiva del consenso.

²³⁶ A favore della tesi circa l'efficacia metagiuridica delle dichiarazioni di patronage, P. CALICETI, *Brevi note in tema di patronage*, in *Giur. it.* 1996, I, p. 3011 ss.; B. GARDELLA TEDESCHI, *Gentlemen's agreement*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 730 -750, il quale pur riconoscendo l'efficacia metagiuridica delle lettere di patronage non ne esclude l'assoluta irrilevanza per l'ordinamento, potendo essere considerate come *gentlemen's agreement*, ossia patti fra gentiluomini.

La teoria è però ormai superata, sia in dottrina²³⁷, sia in giurisprudenza²³⁸. Nel dubbio infatti, l'intento giuridico degli operatori commerciali bisogna presumersi, in particolar modo ove vengano compiute operazioni di finanziamento di notevole rilevanza economica. Di regola, i soggetti danno vita a rapporti regolati da norme di diritto e, conseguentemente, bisogna dimostrare la loro contraria volontà di regolare i rapporti nascenti dalle lettere di patronage su un piano diverso da quello giuridico. Se tale diversa volontà non risulta, il rapporto deve intendersi soggetto alle regole del diritto²³⁹.

Così affermata la rilevanza giuridica delle lettere di patronage, essa non è tuttavia sempre la stessa, ma varia in concreto a seconda del contenuto e degli impegni in suddette lettere sottesi.

Si suole a proposito distinguere, a seconda del tenore degli impegni in concreto assunti, tra lettere di patronage c.d. forti (o a carattere impegnativo) e lettere di patronage c.d. deboli (o a carattere informativo).

Con riguardo alla prima ipotesi, costituiscono lettere forti quelle che contengono la dichiarazione della società capogruppo o controllante di assumere obbligazioni che pongono al riparo l'istituto di credito dall'eventuale insolvenza del garantito, o ancora, quelle che contengono la dichiarazione di essere l'unico azionista della società per la quale si chiede il finanziamento, assumendo così la responsabilità per la restituzione di quest'ultimo. In queste ipotesi il patrocinante si impegna all'adempimento in caso di inadempienza del patrocinato o, comunque, assume l'impegno a fornire i mezzi necessari per consentire l'adempimento del debitore. Così che, nello specifico, l'obbligazione nella lettera contenuta sarà riconducibile all'istituto della promessa del fatto del terzo, da cui deriverebbe il diritto dell'istituto di credito di chiedere al patrocinante un adeguato indennizzo ex art. 1381 c.c., o all'istituto della fideiussione²⁴⁰, ove dalla lettera si evinca

²³⁷ A favore della rilevanza giuridica delle lettere di patronage, fra gli altri, N. SOLDATI, *Le lettere di patronage nella prassi bancaria*, in *Ventiquattrore avvocato*, n.9, 2008, p. 47 ss.; M. SEGNI, *La "lettre de patronage" come garanzia personale impropria*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 126.

²³⁸ A titolo esemplificativo, Cass. civ., 27 ottobre 1995, n. 10235, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 738, nella cui massima si legge "le lettere di patronage, che abbiano carattere impegnativo, creano obbligazioni giuridicamente rilevanti, dovendosi inquadrare nello schema dell'art. 1333 c.c."

²³⁹ Così, M. SEGNI, *La "lettre de patronage" come garanzia personale impropria*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 141 ss.

²⁴⁰ La dottrina non è concorde sul punto. Altra opinione ritiene infatti le dichiarazioni contenute nelle lettere di patronage non possono mai integrare la fattispecie della fideiussione. In tale senso,

l'espressa volontà di assumere personalmente la garanzia, in conformità a quanto previsto dall'art. 1937 c.c.

A partire dalla metà degli anni novanta, la giurisprudenza di legittimità si è orientata invece nel senso di ricondurre le dichiarazioni contenute nelle lettere di patronage entro lo schema del contratto con obbligazioni a carico del solo preponente ex art. 1333 c.c.²⁴¹. Secondo la Corte di Cassazione, quindi, graverebbe sul patronnant una responsabilità contrattuale in quanto le dichiarazioni contenute nelle lettere a carattere impegnativo rappresenterebbero dei negozi unilaterali produttivi di effetti senza che sia necessaria l'accettazione della controparte.

Con riferimento alla seconda ipotesi invece, si parla di lettere deboli qualora con esse la società controllante o capogruppo dichiara di avere la titolarità del pacchetto di controllo della società che chiede il finanziamento, o che il controllo sulla società patrocinata verrà mantenuto sino alla restituzione del credito, o ancora che il patrocinante vigilerà sul puntuale adempimento del debito assunto dalla società controllata. In queste ipotesi, si rileva innanzitutto come manchino i presupposti sia per la qualificazione dell'obbligazione in termini di fideiussione, mancando un'espressa volontà in tal senso, sia come promessa del fatto del terzo, dal momento che non si promette l'adempimento altrui. Così che, nel caso in cui esse contengano dichiarazioni false o reticenti, parte della dottrina ritiene si possa parlare al riguardo di responsabilità extracontrattuale, ex art. 2043 c.c., dal momento che, non essendo la presa d'atto posta in essere dalla banca qualificabile in termini di accettazione della proposta di contratto, non potrebbe parlarsi di responsabilità contrattuale.

Secondo altro orientamento²⁴², invece, si potrebbe parlare poi di responsabilità precontrattuale della società controllante o capogruppo per violazione degli obblighi di

B. PETRAZZINI, *Patronage e fideiussione: una massima da precisare*, commento a *Cass. civ.*, 26 gennaio 2010, n. 1520, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2010, n.7-8, p.764, il quale rileva che “*quale che sia il contenuto concreto della dichiarazione del patronnant, questi non assume espressamente l'impegno di adempiere in luogo del debitore, ma si limita a garantire l'esistenza dei presupposti per l'esecuzione dell'obbligazione da parte del soggetto patrocinato*”.

²⁴¹ In questo senso, *Cass.*, 27 settembre 1995, n.10235, in *Giur.it.*, 1996, I, 1, 738; *Cass.*, 25 settembre 2001, n. 11987, in *Studium juris*, 2002, 393; *Cass.*, 3 aprile 2001, n. 4888, in *Giur. it.*, con nota di A. M. MUSY, *L'art. 1333 e le lettere di patronage c.d. forti*, in *Giur. it.*, 2001.

²⁴² S. VANONI, *Lettere di patronage deboli e responsabilità del patronnant*, in *Banca e Borsa*, 1994, p. 43.

buona fede nelle trattative antecedenti alla stipulazione del contratto, nell'ipotesi in cui, pur essendo questa formalmente terza rispetto alle trattative contrattuali, con il suo comportamento abbia ingenerato un legittimo affidamento nell'istituto di credito circa l'adempimento della società patrocinata.

In conclusione, le ragioni che rendono preferibile il ricorso a tali forme di garanzia, consentendo un notevole sviluppo nella prassi, sono rintracciabili con riferimento ad ambo i soggetti interessati, ossia l'ente che rende la dichiarazione e il soggetto creditore. La società controllante o capogruppo, dal canto suo, può non voler ricorrere alle forme di garanzia tipiche per svariate ragioni, tra cui, la più comune, quella di non appesantire il bilancio con l'iscrizione di un'obbligazione fideiussoria.

La banca o l'istituto di credito che riceve la dichiarazione, invece, pur non essendo garantita da uno specifico impegno della società dichiarante, ciò non di meno può confidare sulla solidità e correttezza della capogruppo (o controllante) e sull'autorevolezza della dichiarazione, ancorché a carattere informativo. Il valore aggiunto delle lettere di patronage, dal punto di vista dell'istituto di credito, deriva quindi dalla circostanza che, tramite esse, questo viene a conoscenza della situazione societaria e patrimoniale della società patrocinata, nonché degli assetti proprietari e, ancora, almeno in parte, delle sue modalità operative, così da consentirle di avere un quadro completo della situazione e, in definitiva, capire le probabilità di ottenere il rimborso del credito nelle tempistiche previste²⁴³.

2.4.4 I contratti di rete

Con l'introduzione del c.d. contratto di rete, ad opera dell'art. 3, comma 4 ter, l. 9 aprile 2009, n. 33, così come modificato dalla l. 23 luglio 2009, n. 99 e dall'art. 42, l. 30 luglio 2010, n. 122, il legislatore ha proceduto alla tipizzazione normativa di un fenomeno economico di rilevante portata: quello, per l'appunto, dell'organizzazione dei rapporti tra imprese e, nello specifico, della cooperazione di tipo reticolare.

²⁴³ N. SOLDATI, *Le lettere di patronage nella prassi bancaria*, in *Ventiquattrore avvocato*, IX, 2008, 55 – 56.

Nel quadro delle forme economico – giuridiche di collaborazione tra imprese, con il termine “rete di imprese”²⁴⁴ si fa riferimento a << quell’insieme di relazioni di tipo cooperativo e tendenzialmente stabili tra due o più imprese formalmente e giuridicamente distinte, anche concorrenti, tra le cui attività esista o si generi una qualche interdipendenza ed emerga un’esigenza di coordinamento, alla quale la rete risponda ricorrendo a strumenti di governo diversi, formali ed informali, contrattuali e non >>²⁴⁵. La rete di impresa è, prima di tutto, un fenomeno economico²⁴⁶, oggetto di studio della dottrina

²⁴⁴ Le reti di imprese sono fenomeno preesistente all’emersione dell’impresa verticalmente integrata. Prima ancora della rivoluzione industriale la cooperazione corporativa era la principale forma di economia organizzata in Nord America e nell’Europa occidentale, quale frutto della cooperazione di produttori indipendenti che, pur non legati da vincoli associativi, erano spinti da un intento solidaristico e di difesa corporativa della propria attività. Sino agli anni ’50 tuttavia, il mercato mondiale rimane dominato da imprese di grandi dimensioni e protagonista economica indiscussa era l’impresa fordista, basata sull’organizzazione scientifica del lavoro secondo gli insegnamenti di Frederick Taylor, proiettata verso l’esasperato e costante aumento dimensionale per mezzo dell’integrazione di tipo verticale. (E. D’AMICO, *Motivazioni, dinamismo ambientale e reti tra imprese*, in *Reti di imprese, scenari economici e giuridici* (a cura di) A. Lopes, F. Macario, P. Mastroberardino, Torino, 2007, p. 287). Negli anni Settanta, se da un lato, la grande impresa, a seguito di una concomitanza di avvenimenti (*shocks* petroliferi, crisi energetica, saturazione dei mercati ecc.), entra in crisi, dall’altro, emergono nuove strategie imprenditoriali, caratterizzate da maggiore flessibilità organizzativa e diversificazione merceologica, nell’intento di fronteggiare le nuove esigenze consumeristiche e l’aumento del costo del lavoro e delle materie prime. In tale contesto, non si ha più un’impresa verticalmente integrata ma un’accumulazione flessibile di ricchezza e competenza, una condivisione di modi, tempi e luoghi di produzione fra loro diversi. Si affermano così sul mercato le piccole e medie imprese, le quali, opportunamente integrate tra loro, riescono ad imporsi un modello di organizzazione alternativo, frutto dell’abbandono del modello gerarchico a vantaggio della interconnessione spaziale e dello scambio reciproco. (G. GUZZARDI, *Note preliminari allo studio del contratto di rete*, in *Contr. e impr.*, II, 2013 p. 503 ss.).

²⁴⁵ P. IAMICELLI, *Le reti di imprese: modelli contrattuali di coordinamento*, in *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali* (a cura di) F. Cafaggi, Bologna, 2004, p. 128. Molto simile, nell’ambito della dottrina anglosassone, si riporta la definizione di H. COLLINS, *Introduction: the research agenda of implicit dimension of contracts*, in *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts* (a cura di) D. Campbell, H. Collins, J. Wightman, Oxford-Portland, 2003, p. 19 ss., secondo cui “*networks signifies a grouping of contractual arrangements between more than two parties with a productive aim that requires the interaction and co-operation of all parties. Within networks, many of the parties have contractual links, often of relational type, but there are also many other economic relations present that have not been constructed through an express contract*”.

²⁴⁶ Peraltro, si rileva come l’afferenza del concetto di “rete” all’universo giuridico non è questione pacifica in dottrina. Fra le tesi estremistiche di quanti affermano che il concetto di rete sia, o meno, un concetto giuridico si segnala la posizione intermedia espressa da F. MACARIO, *Il “contratto” e la “rete”: brevi note sul riduzionismo legislativo*, in *Reti di impresa e contratto di rete: spunti per un dibattito* (a cura di) F. Macario, C. Scognamiglio, in *I contratti*, X, 2009, p. 952), il quale, pur ritenendo la rete un fenomeno di matrice socio-economica, ne riconosce la necessità di una disciplina giuridica articolata.

economica anglosassone la quale lo definisce come un compromesso tra le tradizionali e generali categorie dello scambio contrattuale (*markets*) e le strutture gerarchiche integrate (*hierarchies*)²⁴⁷: in altre parole possono essere definite reti di impresa tutte le varianti strutturali ricomprese entro i due estremi della massima indipendenza (mercato) e della massima dipendenza (gerarchia)²⁴⁸.

La rete di impresa, pur mantenendo il controllo e la direzione del risultato finale, affida ai suoi aderenti (o a soggetti esterni specializzati in esclusivi *core business*) la realizzazione di particolari semilavorati e la conduzione di intere fasi del ciclo produttivo. Ciò facendo, se da un lato realizza una de-verticalizzazione mediante forme c.d. di *outsourcing*, dall'altro richiede modelli di *governance* che ne permettano il coordinamento: alla scomposizione organizzativa è pertanto necessario rispondere con la ricomposizione contrattuale²⁴⁹. In quest'ottica, obiettivo principale di una rete di imprese è, quindi, quello di pervenire ad una maggiore efficienza allocativa, al reperimento di nuovi mercati, alla implementazione di nuovi progetti di sviluppo, nonché al miglioramento del *rating* delle imprese aderenti per il tramite di una strategia di condivisione e cooperazione non occasionale tra imprese autonome e indipendenti, sicché, nell'ambito delle reti di imprese, il pluralismo strategico e progettuale si traduce in complementarietà e interazione e non in conflitto o indifferenza.²⁵⁰

Nell'analisi del fenomeno in oggetto, si individuano almeno tre tratti caratteristici. Primo, il legame non occasionale tra imprese diverse e autonome in grado di generare nuovi valori, attraverso l'adozione e lo sfruttamento di un'unica *brand identity*. L'autonomia e l'indipendenza delle imprese alla rete aderenti esclude infatti una reciproca interferenza nelle rispettive organizzazioni imprenditoriali, operando queste in un contesto paritario, in cui nessuna assume un ruolo predominante rispetto alle altre, se non con riferimento

²⁴⁷W. W. POWELL, *Neither market nor hierarchy: networks forms of organization*, in *Research in organizational behavior* (a cura di) L. L. Cummings, B. M. Staw, Greenwich, 1990, XII, p. 295 ss.

²⁴⁸F. CAFAGGI, *Contractual networks and the small business act: towards european principles?* in *European review of contract law*, 2008, p. 495 ss. L'Autore, nello specifico, afferma: « networks differ from market contracting because the participants are not impersonal agents but well identified players chosen on the basis of resource complementarities. They permit resources bundling that markets are unable to achieve. They differ from hierarchies because enterprises are autonomous and legally independent even if they may be economically de- pendent ».

²⁴⁹F. CAFAGGI, *Introduzione*, in *contratto di rete. Comm.*, Bologna, 2009, p. 10.

²⁵⁰G. GUZZARDI, *Note preliminari allo studio del contratto di rete*, in *Contr. e impr.*, 2, 2013, p. 510-511.

ad alcuni specifici affari, a causa della maggiore specializzazione o esperienza in quel settore²⁵¹.

Secondo elemento caratteristico risiede nell'impatto del legame reticolare sulla competitività della rete e degli stessi aderenti. La rete di impresa è infatti caratterizzata da un'organizzata divisione del lavoro e da circuiti comunicativi che permettono alle imprese aderenti di raggiungere gli scopi comuni senza per questo rinunciare alla propria specializzazione e originalità. Si rafforza così la consapevolezza e l'unità del gruppo, sostituendo una logica di condivisione e cooperazione, a quella esclusivamente utilitaristica delle società o prettamente competitiva della concorrenza e mutualistica dei consorzi. In definitiva, nasce un nuovo modo di farsi concorrenza: non più intra-rete ma inter-rete.²⁵²

Terzo, e forse principale fattore caratterizzante, risiede nel carattere fiduciario del rapporto,

il quale, oltre ad accrescere le relazioni fiduciarie esistenti all'interno della rete, consente alle imprese aderenti di ridurre i costi di controllo e gestione e, conseguentemente, di investire il capitale risparmiato nello sviluppo del proprio *core business*. L'elemento fiduciario consente quindi una forte attenuazione delle relazioni di potere tra le parti nonché il perseguimento del progresso e della competitività del singolo per mezzo della crescita e dello sviluppo del gruppo: non a caso, a proposito di tale *confiance* se ne parla in termini di "aspettativa che allevia il timore che il proprio partner nello scambio agisca in modo opportunistico"²⁵³.

I vantaggi che conseguono alle imprese aderenti ad una rete sono molteplici. Primo fra tutti, è rappresentato dall'opportunità che ciascun aderente ha, mantenendo la propria autonomia, di competere entro mercati sempre più vasti e che richiedono elevati standard tecnologici, innovativi e comunicativi, difficilmente raggiungibili dall'impresa singolarmente. Si tratta di un obiettivo affatto nuovo, prima realizzato attraverso diverse forme giuridiche quali il consorzio, l'associazione temporanea di imprese, i contratti di

²⁵¹ Al riguardo, descrive il fenomeno in questione in termini di *leadership collettiva* (F. CAFAGGI, *Il contratto di rete nella prassi. Prime riflessioni*, in *Contratti*, 2011, p. 510).

²⁵² G. GUZZARDI, *Note preliminari allo studio del contratto di rete*, in *Contr. e impr.*, 2, 2013, p. 513.

²⁵³ J. L. BRADACH, R. G. ECCLES, *Price, authority and trust: from ideal types to plural forms*, in *Annual review of sociology*, 1989, pp. 96-118.

subfornitura e franchising, le quali tuttavia, implicavano tutte una qualche forma di subordinazione gerarchica tra le imprese coinvolte. Al contrario, nei sistemi di governance tipici delle reti di impresa, tale subordinazione gerarchica sembra fortemente limitata, se non del tutto esclusa, limitando di conseguenza il rischio di eventuali comportamenti opportunistici²⁵⁴.

Entro la schiera delle diverse forme di rete²⁵⁵, si osserva poi la predilezione delle imprese per la duttilità del modello contrattuale, pur temperato dalla presenza di un organo comune che esegue il programma comune e rappresenti il gruppo all'esterno. È questa la scelta del legislatore italiano, il quale è intervenuto sulla materia, con l'intento dichiarato di favorire il progresso, l'internazionalizzazione e la crescita competitiva delle piccole e medie imprese²⁵⁶, mediante la diretta predisposizione di un nuovo modello negoziale di

²⁵⁴ Sul punto, M. MILELLA, *Rapporti tra imprese e contratto di rete*, in *I contratti*, VII, 2009, p. 731- 732.

²⁵⁵ Le reti di imprese possono distinguersi in ragione degli strumenti negoziali utilizzati; del sistema di gestione e controllo prescelto; del rapporto esistente tra gli aderenti e del legame prescelto per la collaborazione. In base al primo criterio, si distingue tra reti contrattuali, frutto del coordinamento e del collegamento di contratti bilaterali tra loro coordinati, e reti organizzative, costruite intorno al modello del contratto plurilaterale. In base al secondo criterio, invece, è possibile distinguere tra reti di imprese a base gerarchica (o baricentrica), caratterizzate da una forte gerarchia interna e promosse da imprese di media o grande dimensione che ne detengono il controllo, e reti di imprese paritarie o acentriche, in cui nessuna impresa prende la posizione di comando, partecipando tutte le aderenti alla determinazione del progetto imprenditoriale in maniera paritaria. Infine, in relazione al terzo criterio, è possibile distinguere tra reti sociali, fondate su legami informali, diretti e interpersonali, caratterizzate da uno stretto legame fiduciario delle parti, burocratiche, in cui le imprese, pur avendo scopi in parte diversi, sottostanno a regole e procedure comuni per l'approvvigionamento, la distribuzione e lo sfruttamento comune delle risorse necessarie, e proprietarie, caratterizzate dalla condivisione di una risorsa, di un progetto o di un particolare *know how* e, successivamente, dei risultati derivanti dal suo sfruttamento, nonché da un elevato opportunismo. (Per un approfondimento, si rimanda a G. GUZZARDI, *Note preliminari allo studio del contratto di rete*, in *Contr. e impr.*, 2, 2013 p. 516 ss.)

²⁵⁶ L'intento del legislatore italiano si colloca nel più ampio contesto di riferimento europeo. Con decisione 1639/2006/CE, il Parlamento e il Consiglio europeo hanno infatti istituito un programma quadro per la competitività e l'innovazione, riconducendo alla crescita tecnologica e alla promozione di nuove forme di cooperazione, il successo delle piccole e medie imprese e, in generale, dell'economia dell'Unione. Nello specifico, al *Considerandum* n.35 si legge: “*La Comunità è in grado di agevolare gli scambi transnazionali, l'apprendimento reciproco e le attività di rete, e può guidare la cooperazione sulla politica dell'innovazione. Le attività di rete fra le parti interessate sono fondamentali per favorire il flusso di competenze e idee necessarie per l'innovazione*”; ancora, l'art. 12 (*Cooperazione tra PMI*) dispone che “*Le azioni riguardanti la cooperazione tra le PMI sono dirette tra l'altro: [...] c) a incoraggiare e facilitare la cooperazione internazionale e regionale delle imprese, anche mediante reti di PMI che favoriscano il coordinamento e lo sviluppo delle loro attività economiche e industriali*”; infine,

cooperazione, non gerarchizzato, sorretto da meccanismi fiduciari e reputazionali e finalizzato al perseguimento di uno scopo comune, alla condivisione di conoscenze e all'implementazione di nuovi *know how*²⁵⁷. Nasce così, al termine di un travagliato *iter* legislativo²⁵⁸, il c.d. contratto di rete. Gli elementi caratterizzanti l'introdotta novità legislativa (così come emendata dalla l. n.99/09) risultavano essere, schematicamente: la natura contrattuale dell'accordo e l'appartenenza di questo alla categoria dei contratti plurilaterali con comunione di scopo; l'obbligo di esercizio in comune di una o più attività economiche rientranti nei rispettivi "oggetti sociali" allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato; l'istituzione obbligatoria di un organo comune a cui è attribuita la gestione del programma di rete e la sua rappresentanza all'esterno; la necessaria previsione di un patrimonio di rete, alternativamente in forma di fondo comune o di patrimoni destinare all'affare (nell'esclusiva ipotesi di

l'art. 13 (*Attività di innovazione*), afferma "le azioni riguardanti l'innovazione possono essere dirette tra l'altro: a) ad incoraggiare l'innovazione settoriale, i raggruppamenti, le reti di innovazione, la collaborazione tra il settore pubblico e quello privato in materia d'innovazione, la cooperazione con le organizzazioni internazionali competenti e l'uso del management dell'innovazione [...]".

²⁵⁷ Così F. CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *Reti di imprese e contratto di rete: spunti per un dibattito*, (a cura di) F. Macario, C. Scognamiglio, in *I contratti*, 2009, 10., p. 920. Più approfonditamente, l'Autore afferma: <<il contratto di rete potrà essere impiegato per svolgere attività di gestione a vantaggio dei partecipanti, come l'esercizio in comune di attività logistica e di trasporto, la gestione di servizi amministrativi e contabili in comune, la utilizzazione comune di impianti, l'acquisto e la vendita di beni e servizi per lo svolgimento delle singole attività o dell'attività in comune, lo svolgimento di attività di ricerca pre-competitiva o competitiva, l'assunzione di appalti, fornitura, sistemi di distribuzione ovvero la concessione a terzi degli stessi quando i prodotti ed i servizi delle imprese siano omogenei e molte altre attività funzionali al perseguimento degli obiettivi strategici delle singole imprese>>.

²⁵⁸ Il primo tentativo di stesura risale al 2006 nell'ambito del disegno di legge contenente "interventi per l'innovazione industriale", approvato dal Consiglio dei Ministri n. 16 del 22 settembre 2006. Qui, quello che poi diventerà il contratto di rete, era definito come una "forma di coordinamento stabile di natura contrattuale tra imprese aventi distinti centri di imputazione soggettiva, idonee a costituire in forma di gruppo paritetico e gerarchico una rete di imprese" (art. 7, comma 1, lett. a). Abbandonato il suddetto disegno di legge, l'idea di coordinamento, viene ripresa con legge del 6 agosto 2008 n.133 nella quale, pur demandando la definizione delle caratteristiche e modalità di individuazione delle reti di impresa ad un successivo decreto, l'art. 6 bis, comma 2, definisce le reti di impresa "quali libere aggregazioni di singoli centri produttivi coesi nello sviluppo unitario di politiche industriali". Senza attendere il richiamato decreto, il legislatore procede quindi alla tipizzazione del contratto di rete, per mezzo dell'art. 3, comma 4 ter, 4 quater e 4 quinquies, della legge 9 aprile 2009 n. 33. Tacciata di essere sotto alcuni aspetti eccessivamente restrittiva della libertà di iniziativa economica e sotto altri lacunosa e scarsamente incisiva, il legislatore con la l. 23 luglio 2009, n. 99, recante "disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia" torna sul tipo contrattuale, modificandone definizione e disciplina.

partecipazione di sole società per azioni); la previsione di un onere formale di stipulazione del contratto e l'obbligo di iscrizione dello stesso in tutti i registri delle imprese dove hanno sede le imprese aderenti alla rete. Da più parti tuttavia, si lamentava la criticità e l'eccessiva ambiguità della definizione di contratto di rete, costringendo così il legislatore ad intervenire chirurgicamente sul testo dell'art. 3, comma 4 ter, l. n. 33/09²⁵⁹. La l. n.

²⁵⁹ Per completezza e maggiore chiarezza, si riporta di seguito la definizione di contratto di rete prima e dopo l'intervento del 2010. L'art. 3, comma 4 ter, l. n. 33/09 (così come modificato dalla l. n. 99/2009), dispone: *“Con il contratto di rete due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato. Il contratto è redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, e deve indicare: a) il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale degli aderenti alla rete; b) l'indicazione degli obiettivi strategici e delle attività comuni poste a base della rete, che dimostrino il miglioramento della capacità innovativa e della competitività sul mercato; c) l'individuazione di un programma di rete, che contenga l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascuna impresa partecipante e le modalità di realizzazione dello scopo comune da perseguirsi attraverso l'istituzione di un fondo patrimoniale comune, in relazione al quale sono stabiliti i criteri di valutazione dei conferimenti che ciascun contraente si obbliga ad eseguire per la sua costituzione e le relative modalità di gestione, ovvero mediante ricorso alla costituzione da parte di ciascun contraente di un patrimonio destinato all'affare, ai sensi dell'art. 2247 bis, primo comma, lettera a) c.c. Al fondo patrimoniale di cui alla presente lettera si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 2614 e 2615 c.c.; d) la durata del contratto, le modalità di adesione di altre imprese e le relative ipotesi di recesso; e) l'organo comune incaricato di eseguire il contratto di rete, i suoi poteri anche di rappresentanza e le modalità di partecipazione di ogni impresa alla attività dell'organo. Salvo che sia diversamente disposto nel contratto di rete, l'organo agisce in rappresentanza delle imprese, anche individuali, aderenti al contratto medesimo, nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni, nonché nelle procedure inerenti ad interventi di garanzia per l'accesso al credito, all'utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti italiani ed allo sviluppo del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di innovazione, previsti dall'ordinamento”*. L'art. 42 d.l. n. 78/2010 (convertito in l. n. 122/2010), riforma il predetto articolo 3, comma 4 ter, prevedendo che: *“Con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa. Il contratto può anche prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso. Ai fini degli adempimenti pubblicitari di cui al comma 4 quater, il contratto deve essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata e deve indicare: a) il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale di ogni partecipante per originaria sottoscrizione del contratto o per adesione successiva; b) l'indicazione degli obiettivi strategici di innovazione e di innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti e le modalità concordate tra gli stessi per misurare l'avanzamento verso tali obiettivi; c) la definizione di un programma di rete, che contenga l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante, le modalità di realizzazione dello scopo comune e, qualora sia prevista*

122/10 è così intervenuta sul testo normativo previgente, modificando, oltre all'introduzione di significative agevolazioni di natura fiscale²⁶⁰, almeno quattro aspetti di fondamentale importanza. Innanzitutto, è stata resa facoltativa l'istituzione di un fondo patrimoniale e di un organo comune, così permettendo la convivenza, accanto a strutture reticolari complesse, di reti più snelle e leggere, in cui la gestione patrimoniale, amministrativa e contabile è affidata ai singoli amministratori delle imprese aderenti o esternalizzate in *outsourcing*. In secondo luogo, si è fatto espresso rinvio alle regole in tema di mandato nella disciplina del rapporto tra organo comune e rete, nonostante questa precisione sia apparsa ad alcuni pleonastica, data il pacifico inquadramento del suddetto rapporto entro lo schema generale del mandato con riferimento ai contratti di rete già stipulati prima della riforma. È stata quindi integrata la disciplina in materia di recesso delle imprese aderenti alle imprese²⁶¹ e, infine, viene espressamente riconosciuto un

l'istituzione di un fondo patrimoniale comune, la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare al fondo nonché le regole di gestione del fondo medesimo; se consentito dal programma, l'esecuzione del conferimento può avvenire anche mediante apporto di un patrimonio destinato costituito ai sensi dell'art. 2447 bis, comma 1°, lettera a) c.c. Al fondo patrimoniale comune costituito ai sensi della presente lettera si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 2614 e 2615 c.c.; d) la durata del contratto, le modalità di adesione di altri imprenditori e, se pattuite, le cause facoltative di recesso anticipato e le condizioni per l'esercizio del relativo diritto, ferma restando in ogni caso l'applicazione delle regole generali di legge in materia di scioglimento totale o parziale dei contratti plurilaterali con comunione di scopo; e) se il contratto prevede l'istituzione, il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale del soggetto prescelto per svolgere l'ufficio di organo comune per l'esecuzione del contratto o di una o più parti o fasi di esso, i poteri di gestione e di rappresentanza conferiti a tale soggetto come mandatario comune nonché le regole relative alla sua eventuale sostituzione durante la vigenza del contratto. Salvo che sia diversamente disposto nel contratto, l'organo comune agisce in rappresentanza degli imprenditori, anche individuali, partecipanti al contratto, nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni, nelle procedure inerenti ad interventi di garanzia per l'accesso al credito e in quelle inerenti allo sviluppo del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di innovazione previsti dall'ordinamento nonché all'utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti e marchi di qualità o di cui sia adeguatamente garantita la genuinità della provenienza; f) le regole per l'assunzione delle decisioni dei partecipanti su ogni materia o aspetto di interesse comune che non rientri, quando è stato istituito un organo comune, nei poteri di gestione conferiti a tale organo, nonché, se il contratto prevede la modificabilità a maggioranza del programma di rete, le regole relative alle modalità di assunzione delle decisioni di modifica del programma medesimo ».

²⁶⁰ A titolo esemplificativo, l'art. 42, comma 2 quater, l. n. 122/10, prevede la sospensione di imposta relativamente a quella quota di utili di esercizio destinati al fondo patrimoniale comune per il raggiungimento degli obiettivi fissati dal programma di rete preventivamente asseverato da associazioni di categoria o organismi pubblici.

²⁶¹ Nello specifico, l'originaria (e sbrigativa) previsione della obbligatoria indicazione in contratto "delle modalità di adesione e delle relative ipotesi di recesso" è stata sostituita da una ben più

importante ruolo di promozione alle associazioni di categoria²⁶².

Da ultimo, con i due interventi del 2012²⁶³, il legislatore interviene nuovamente sul testo della disciplina normativa in commento, al fine di agevolarne la diffusione, (ri)qualificando lo strumento contrattuale introdotto nel 2009. Si prevede infatti ora la possibilità per la rete di impresa di acquistare piena soggettività giuridica²⁶⁴, ove, per l'ipotesi in cui si opti per la costituzione di un fondo comune, si provveda all'iscrizione della rete nella sezione ordinaria del Registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede.

Concludendo, il legislatore con il contratto di rete, pur non potendosi escludere che nella prassi il fenomeno reticolare possa esistere in forme e modelli differenti, ha inteso predisporre un modello negoziale di cooperazione, caratterizzato dalla comunione dello scopo e da un intenso rapporto fiduciario, senza compromettere l'autonomia e l'indipendenza degli aderenti, nel chiaro intento di incentivare la collaborazione e l'aggregazione tra le piccole e medie imprese, e favorire così la concorrenzialità delle imprese nazionale all'interno del mercato globale.

complessa formula secondo cui, “*ai fini degli adempimenti pubblicitari di cui al comma 4° quater [...] il contratto deve indicare [...] se pattuite, le cause facoltative di recesso anticipato e le condizioni per l'esercizio del relativo diritto, ferma restando in ogni caso l'applicazione delle regole generali di legge in materia di scioglimento totale o parziale dei contratti plurilaterali con comunione di scopo*”.

²⁶² Nello specifico, alle associazioni di categoria è attribuito il compito di asseverare i programmi di quelle reti di imprese che intendano beneficiare delle agevolazioni fiscali previste dall'art.42, comma 2 quater, l. n. 122/10.

²⁶³ Il riferimento è al d.l. 22 giugno 2012 n. 83 e alla novella di cui all'art. 36, comma 4 e 5, d.l. 18 ottobre 2012 n. 179.

²⁶⁴ Tale decisione non è andata esente da critiche. La dottrina lamenta infatti da un lato, l'ambiguità della disposizione; dall'altro la sospetta contrarietà della disposizione all'art. 107, par. 1, TFUE. Quest'ultimo, nello specifico, vieta gli aiuti concessi dagli Stati, o mediante risorse statali, a talune imprese o produzioni, che, incidendo sugli scambi tra Stati membri, possano falsare la concorrenza del mercato interno. Il legislatore oppone che l'acquisto della soggettività non avviene *ope legis*, ma su base volontaria, derivando esso da una mera facoltà concessa agli imprenditori in rete, nonostante il rinvio all'autonomia contrattuale delle parti non sembra poter superare l'eventuale contrarietà alla normativa europea, dovendosi piuttosto ritenere necessario un pronunciamento della Commissione Europea al riguardo. (G. GUZZARDI, *Note preliminari allo studio del contratto di rete*, in *Contr. e impr.*, 2, 2013, p. 537).

3 CONTRATTI DI IMPRESA E CLAUSOLE GENERALI

3.1 L'autonomia negoziale di impresa

L'autonomia contrattuale, pur in assenza di un espresso riconoscimento a livello costituzionale²⁶⁵, appare essere effetto diretto della proprietà e dell'impresa, intesi quali principi fondanti l'ordine economico ordo-liberale, così come emerge dalla costituzione economica²⁶⁶. In quest'ottica, il contratto si rileva strumento per l'attuazione dell'economia capitalistica caratterizzata dalla produzione in massa di beni e servizi²⁶⁷. E così, nel tentativo di dare una risposta all'interrogativo se *“è il contratto che fa il mercato o il mercato che fa il contratto”*²⁶⁸, l'impresa funge da connettivo tra il mercato e il contratto. In altri termini, non si può analizzare il rapporto tra contratto e mercato senza adeguatamente valorizzare il ruolo dell'impresa. Con sillogismo aristotelico si afferma che *“se è vero che il mercato poggia sul libero scambio, e se è vero, di norma, che gli scambi avvengono attraverso contratti, è altresì vero che l'impresa, in quanto organizzazione che riduce i costi di transazione, da un lato internalizzando e gerarchizzando i rapporti di produzione e, d'altro lato, serializzando i rapporti con i terzi*

²⁶⁵ Sul punto, G. OPPO, *L'iniziativa economica* (1988), in *Scritti giuridici*, vol. I: *Diritto dell'impresa*, Padova, 1992, p. 33, ove si legge che *“il contratto non viene, a livello costituzionale, in considerazione solo come strumento di iniziativa nella materia di rapporti economici, dal che non sembra si traggano sempre le conseguenze neanche nella giurisprudenza costituzionale.”*

²⁶⁶ Nel senso di affermare un rapporto di strumentalità all'impresa e alla proprietà del principio di libertà contrattuale, P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 320, ove si legge che *“proprietà privata e autonomia privata dunque sono i due principi cardine attorno ai quali il diritto moderno organizza i rapporti giuridici individuali, dando ad essi la forma tipica dei rapporti di mercato: il diritto di appropriarsi in via esclusiva di una quota della ricchezza sociale non può non comportare anche il diritto di realizzarne il controvalore mediante un libero atto di scambio, istituendo cioè con chi è disposto a convenirlo un libero rapporto contrattuale”*.

²⁶⁷²⁶⁷ In diversa prospettiva, coloro i quali affermano la tesi della c.d. estrastatalità o extrapositività del diritto privato, l'accordo si porrebbe come una sorta di *prius* rispetto all'ordinamento, essendo capace di dare vita al mercato come luogo naturale dello scambio. Sul punto, cfr. P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Persona e comunità – Scritti giuridici*, vol. II, Padova, 1988, p. 422 ss., il quale, riferendosi alla tesi soprariportata, definisce *l'autonomia negoziale* in termini di *“fenomeno sociale prima che giuridico”*; F. VASSALLI, *Estrastatalità del diritto civile*, in *Scritti giuridici*, vol. III, t. II, Milano, 1960.

²⁶⁸ Il quesito è in questi termini posto da V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p.381.

(attraverso l'imposizione di contratti standard), è una presenza altrettanto essenziale nel funzionamento del sistema economico a base capitalistica”²⁶⁹. In sintesi, il collegamento tra impresa, mercato e contratto è stretto, a tal punto da determinare un condizionamento reciproco²⁷⁰: da un lato, per aversi un mercato è indispensabile un soggetto che produca, offra e compri beni o servizi; dall'altro, per aversi impresa la dottrina presuppone la destinazione al mercato dell'attività produttiva; ancora, l'impresa si avvale dello strumento contrattuale come momento centrale e necessario nel suo agire per e nel mercato.

In tale contesto l'autonomia contrattuale dei privati risulta valorizzata, nel senso del riconoscimento di un'autonomia imprenditoriale attuativa della libertà di iniziativa economica la quale si specifica in un regime che, per modalità, termini e contenuti risulta molto peculiare. La libertà negoziale infatti, quando entra in contatto con il contesto economico, risulta inesorabilmente modificata al servizio dell'attività d'impresa da un duplice ordine di fattori: autonomi ed eteronomi.

Da un lato, quindi, la libertà di iniziativa economica, costituzionalmente riconosciuta e tutelata dall'art. 41, comma 1, Cost., assiste l'interesse economico concreto del suo titolare il quale si specifica nell'attività contrattuale d'impresa: si giustificano così quelle soluzioni creative ed interpretative che l'imprenditore assume, discostandosi dalle regole tradizionali, onde adeguare *il comando contrattuale all'interesse per il raggiungimento del quale il contratto è stato concluso*²⁷¹.

Dall'altro lato invece, dal momento che le soluzioni adottate in autonomia secondo una logica meramente economica alle volte non appaiono conformi all'utilità sociale, ossia alla finalità di benessere generale impressa dall'ordinamento al sistema economico, si giunge a limitare l'autonomia d'impresa, così realizzandosi un contemperamento tra la libertà di iniziativa economica e gli altri valori fondamentali tutelati dalla Costituzione e dall'Unione europea. L'attività di controllo eteronomo quindi, si traduce inevitabilmente in una sorta di intrusione nella sfera di autonomia organizzativa e attuativa dell'attività imprenditoriale, finalizzata a reprimere comportamenti abusivi delle libertà concesse, ivi compresa la libertà contrattuale. Specie quando nel mercato si realizzi un rapporto di

²⁶⁹ Così, D. CORAPI, voce “*Impresa*”, in *Enc. dir. - Annali*, vol. I, 2007, p. 735.

²⁷⁰ In tal senso, V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 379 ss.

²⁷¹ Così, V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 379 ss.

consumo, sopravviene una diversa prospettiva della contrattazione d'impresa: quella di tutela della parte contrattuale debole. Tale tratto caratterizzante la contrattazione d'impresa è letto, talaltro, dalla dottrina come una gerarchia di valori, nel senso che sulla logica della regolazione del mercato dovrebbero prevalere i doveri inderogabili di solidarietà sociale di cui all'art. 2, Cost., nonché l'obbligo in capo allo Stato di rimuovere gli ostacoli all'eguaglianza socio-economica sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost., imponendosi così all'impresa precipi divieti e obblighi conformativi della propria attività²⁷².

E' proprio dal rilievo che la Costituzione ha dato all'impresa, quale principale forma di iniziativa economica, che emerge la sopraesposta tensione tra valori costituzionalmente rilevanti e la conseguente necessità di conciliazione tra opposte esigenze di tutela: *“infatti proprio perché l'attività imprenditoriale produce ricchezza ed è preordinata alla circolazione di questa con una positiva ricaduta sulla comunità, la Costituzione repubblicana ne indica i caratteri, le finalità e pone ad essa limiti da osservare [...] senza, peraltro, dimenticare che, essendo la libertà d'impresa un valore e uno strumento di crescita economica, essa deve coesistere con altre libertà, quali le libertà dei lavoratori, dei consumatori e delle altre imprese”*²⁷³. Il fenomeno imprenditoriale è così elevato a forma principale di esercizio dell'iniziativa economica, riconosciuto, protetto, e al contempo limitato dalla carta costituzionale, mentre il problema dei limiti dell'autonomia contrattuale d'impresa appare risolversi nella dicotomia tra interessi individuali del singolo²⁷⁴.

²⁷² Per un approfondimento circa la limitazione dell'attività d'impresa in ottica di tutela del consumatore quale adempimento di obbligazioni di rango costituzionale, si rinvia a P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese, Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 376 ss.

²⁷³ Così, V. BUONOCORE, voce *“Impresa”*, in *Enc. dir. – Annali*, vol. I, 2007, p.763. L'autore continua affermando come *“la conferma viene da una considerazione di ordine sistematico: l'art. 41 è inserito in un titolo – il III della parte I – della Costituzione che, intitolato ai “Rapporti economici”, riguarda, in realtà e in modo più o meno diretto, l'impresa: se, infatti, è vero che, oltre che nell'art. 41, questa è espressamente menzionata solo negli art. 43 e 46, è anche vero che pure le altre norme, comprese nel titolo III – specialmente quelle contenute negli art. 35-40 e 45 -, hanno ad oggetto la tutela del lavoro e dei lavoratori e quindi sottintendono e anzi presuppongono l'impresa”*.

²⁷⁴ Al riguardo, G. OPPO, *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, in *Scritti giuridici*, vol. VI, 2000, p. 147, afferma che *“le ragioni del diritto commerciale debbono esser ricercate e collocate sul piano degli interessi coinvolti nella sua azione di mercato e anzitutto sul piano dei rapporti con gli interessi generali della collettività con i quali devono confrontarsi tutti gli interessi che chiedono tutela all'ordine giuridico.”*

Così preliminarmente introdotto il tema dell'autonomia contrattuale di impresa, occorre ora inquadrare il fenomeno nell'ambito del dettato costituzionale, per poi evidenziare quelli che sono i problemi riconnessi al tema dei limiti dell'autonomia dell'impresa, avuto in particolar modo riguardo alle conseguenze derivanti dal riconoscimento di una suddetta autonomia contrattuale d'impresa, tutelata nell'alveo della libertà d'iniziativa economica e agli strumenti utilizzati per limitare il naturale abuso frutto del potere economico dell'imprenditore sul mercato.

Ebbene, l'impresa si colloca nell'ambito del dettato costituzionale di cui all'art. 41, comma 1, Cost. come modo di esercizio di una libertà, nello specifico, libertà di iniziativa economica. Posta la non coincidenza tra il concetto di libertà di iniziativa economica (di cui all'art. 41, Cost.) e la definizione di imprenditore (di cui all'art. 2082 c.c.), ne deriva che il contenuto di tale iniziativa economica può esser principalmente oggetto di attività esercitata in forma d'impresa (ossia in forma economica, organizzata, professionale e rivolta allo scambio di beni o servizi nel mercato), ma non solo²⁷⁵. L'attività d'impresa

²⁷⁵ All'attività di impresa la dottrina riconosce un ruolo centrale nell'attività d'iniziativa economica di cui all'art. 41, Cost., pur tuttavia ricomprendendovi anche altre attività *latu sensu* economiche. Al riguardo, G. OPPO, *L'iniziativa economica* (1988), in *Scritti giuridici*, vol. I, p. 24 ss. afferma “*nell'art. 41 l'economicità è colta in termini di iniziativa e non solo di impresa. Malgrado i noti dissensi, l'identificazione tra i due termini è da rifiutare, anche nella prospettiva costituzionale ed il punto interessa non solo il rapporto tra le diverse forme dell'iniziativa privata ma il rapporto tra iniziativa privata e pubblica*”. Ed ancora: “*l'iniziativa può avere carattere non professionale*”; “*l'economicità dell'impresa [...] non è fatta solo di economicità del risultato ma anche di economicità del modo, o metodo o <<critério>> di produzione*”. Il lavoro autonomo e le professioni intellettuali sono poi ricomprese nell'iniziativa economica, senza tuttavia ricadere nell'ambito dell'impresa. In tal senso, V. BUONOCORE, voce “*Impresa (dir. priv.)*”, in *Enc. dir.*, Annali, vol. I, 2007, p.763ss., il quale prima afferma che “*se è vero che, a stretto rigore, l'art. 41, Cost. non è riferibile alla sola impresa, nel senso che indica i caratteri e le finalità non dell'attività imprenditoriale tout court, bensì dell'attività economica, è anche vero che dal contesto della norma, e segnatamente dal limite dell' “utilità sociale” posto all'esercizio dell'attività economica, e dai “fini sociali” indicati al legislatore ordinario come criterio ispiratore dei programmi e dei controlli, si desume con tranquillità che l'attività economica cui il costituente ha voluto conferire rango costituzionale è quella organizzata ad impresa, che è poi ciò che si verifica nella quasi totalità dei casi*”. Pe contro “*l'esercizio di una qualsiasi attività economica non può considerarsi sinonimo di esercizio di attività d'impresa*”, da ciò ricavandosi che “*1. La possibilità di distinguere dall'impresa il lavoro autonomo, che è pure attività economica: l'esclusione di esso dall'attività d'impresa può dipendere o dalla mancanza di organizzazione o dal diverso rapporto tra attività del soggetto e mezzi impiegati; 2. La possibilità di distinguere dall'esercizio dell'impresa l'esercizio delle professioni intellettuali: imprenditore e professionista intellettuale producono entrambi un servizio, ma il secondo – id est il professionista singolo – non può essere considerato imprenditore non tanto e non solo perché,*

non esaurirebbe cioè la libertà di iniziativa economica, ben potendo essa esser realizzata per mezzo di attività svolte in altre forme, pena un'irragionevole compressione di tale libertà. L'iniziativa economica si tradurrebbe allora in un'attività²⁷⁶ che può trovare diverse forme di espressione giuridicamente rilevanti, il cui dato comune è rappresentato dall'essere economiche. Tra di esse, l'impresa si colloca quale forma principale, giuridicamente rilevante, di esercizio della libertà di iniziativa economica, assumendo così valore di *modo di esercizio di un'attività che concorre ad identificare la stessa iniziativa economica di cui la Costituzione predica la libertà di esercizio, senza tuttavia che con ciò ne si debba esaurire l'ambito e la portata*²⁷⁷. Ove si accolga la tesi in esame, ossia cioè si riconosca l'attività imprenditoriale come principale attività ricompresa entro la libertà di iniziativa economica costituzionalmente tutelata, ciò favorirebbe il progressivo espandersi del fenomeno imprenditoriale stesso. In altri termini, si permetterebbe all'applicazione di almeno parte dello statuto imprenditoriale a tutte le forme di esercizio di un'attività economica organizzata che opera sul mercato: tali attività risulterebbero assoggettate alle regole generali riguardanti l'impresa, quali ad esempio quelle relative alla ditta, della concorrenza sleale²⁷⁸, del diritto *antitrust* e agli stessi contratti di impresa²⁷⁹.

salvo l'esercizio in forma associata e salva l'ipotesi prevista nell'art. 2238 c.c., non produce il servizio attraverso l'organizzazione dei fattori della produzione, ma anche perché l'esclusione è frutto di una scelta legislativa dettata dalla particolare natura dell'attività esercitata e dalla considerazione della dignità e della personalità della di lui opera [...]".

²⁷⁶ Il termine attività è qui inteso nel senso di atti tra loro coordinati al fine di realizzare uno scopo comune, così come indicato da G. AULETTA, voce "Attività (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, v. III, 1958, p. 983 s.

²⁷⁷ Così, M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili ricostruttivi) – Parte seconda*, Torino, 2006, p. 39 s.

²⁷⁸ La parziale estensione dello statuto imprenditoriale alle professioni intellettuali è corroborata dal dato testuale di cui all'art. 3, comma 2, della legge n. 247 del 2012 di riforma dell'Ordinamento forense, ove, accanto ai valori tradizionali della professione forense, vengono richiamati anche i principi della corretta e leale concorrenza, aprendosi così la via alla tutela concorrenziale dei segni distintivi dello studio professionale. In tal senso, F. GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario d'impresa*, in *Contr. impr. Eur.*, 1997, pp. 4 e 17.

²⁷⁹ Per un approfondimento si rimanda a M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili ricostruttivi) – Parte seconda*, Torino, 2006, p. 41 ss. L'autore rinviene un chiaro esempio di tale espansione nella disciplina sui ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali di cui al D. lgs. n. 231 del 2002, affermando che "l'art. 2, comma 1, lett. c), raggruppa sotto l'unico ombrello, costituito dall'assorbente figura dell'imprenditore, ogni soggetto esercente un'attività economica organizzata o una libera professione".

L'esercizio della libertà di iniziativa economica, nel cui ambito, come prima detto, l'attività imprenditoriale fa da padrona, incontra il suo limite nell'utilità sociale e negli altri valori costituzionalmente tutelati: il nodo dell'attuazione dello stato sociale di diritto sta nel rapporto tra libertà d'iniziativa e gli altri valori costituzionali. Occorre quindi comprendere in quale misura e con quali modalità la libertà di iniziativa può conciliarsi con altri valori *latu sensu* di utilità sociale, ai fini di determinare il peso che ciò comporta sull'attività imprenditoriale, posto che questa integra la più significativa espressione della prima. La libertà di iniziativa economica, e con essa l'attività organizzata in forma di impresa, è innanzitutto espressione della personalità individuale, ossia forma di estrinsecazione della più generale libertà di espressione e realizzazione della persona²⁸⁰: essa deve essere parametrata ai doveri inderogabili di solidarietà politica economica e sociale (di cui all'art. 2, Cost.) nonché ai doveri inderogabili della Repubblica di rimuovere gli ostacoli alla libertà e uguaglianza in senso sostanziale (di cui all'art. 3, comma 2, Cost.), in quanto a quelli si riferiscono i limiti di cui all'art. 41, comma 2 e 3, Cost., riferiti rispettivamente all'utilità sociale e ai fini sociali²⁸¹. L'impresa rileva allora quale fenomeno protetto in quanto valutato come forma socialmente utile di esercizio della libertà di iniziativa economica, ma proprio per la sua capacità di incidere su altri valori protetti, è un fenomeno necessariamente regolamentato dal potere pubblico: la sua disciplina è quindi il risultato della conciliazione tra libertà di iniziativa economica privata e valori sociali superindividuali indentificati nei principi che informano il modello di economia sociale di mercato, quale emerge dalla costituzione economica coordinata con i principi generali fondanti il diritto europeo, in particolare gli artt. 2 e 3, TFUE²⁸².

Quella di iniziativa economica è quindi libertà di svolgimento di attività economica, la quale pur tendenzialmente *preordinata alla produzione di ricchezza e alla circolazione di questa, è un valore e uno strumento di crescita economica che deve coesistere con*

²⁸⁰ La concezione della libertà di iniziativa economica privata quale diritto soggettivo assoluto classificato tra i diritti della personalità è tradizionalmente accolta dalla dottrina. Ad esempio, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2009, p. 479 ss.

²⁸¹ G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., p.34, incisivamente afferma al riguardo che: “*i valori con i quali anche la libertà di iniziativa deve confrontarsi [...] si riassumono nella solidarietà che fonda il dovere <<generale>> [...] un dovere non solo nell'ordine dei valori umani [...]*”.

²⁸² In questo senso, M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili ricostruttivi) – Parte seconda*, Torino, 2006, p. 56 ss.

altre libertà, quali ad esempio le libertà dei consumatori e delle altre imprese²⁸³, dal momento che incontra i limiti di cui al 2° comma dell'art 41, Cost; i limiti derivanti dal necessario bilanciamento della libertà in esame con altre libertà economiche e sociali e i cosiddetti diritti sociali e, ancor prima, con i diritti fondamentali dell'individuo; i limiti frutto di controlli sullo svolgimento di attività economiche, ricavabili dalle leggi poste in virtù della riserva di cui al 3° comma dell'art. 41, Cost. Dall'assoggettamento della libertà di iniziativa economica ai limiti anzidetti e posta la necessaria strumentalità del contratto all'esercizio dell'iniziativa economica, deriva la diretta valenza o incidenza dei principi costituzionali (nello specifico quelli di cui all'art. 41) sull'autonomia negoziale di impresa, sicché per tal via si permetterebbe ad un controllo giurisprudenziale circa il rispetto dei limiti anzidetti²⁸⁴, intesi quali limiti interni od esterni all'autonomia imprenditoriale stessa²⁸⁵.

In sintesi, l'autonomia negoziale d'impresa è da intendersi quale forma principale della libertà d'iniziativa economica privata. Essa non ha uno spazio illimitato, risultando assoggettata da una parte a limiti di varia natura, vuoi più stringenti (quali quelli di sicurezza, libertà, dignità umana), vuoi più vaghi (quali quelli genericamente

²⁸³ Così, V. BUONOCORE, *Iniziativa economica privata e impresa*, in *Cinquanta anni della Corte Costituzionale*, vol. 16, Napoli, 2006, p. 5.

²⁸⁴ Tale tesi è sostenuta sia dalla dottrina civilistica (al riguardo, P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese, Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 324, afferma: “nel disciplinare la libera iniziativa economica privata, si riferisce all'attività d'impresa la quale, all'interno e all'esterno, non può non conformarsi alla nozione di utilità sociale ed esplicarsi nel rispetto della libertà, della dignità e della sicurezza umane”) sia dalla dottrina giuscommerciale (al riguardo, M. LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti di impresa*, in *Jus*, 2009, p. 282-283, sostiene la possibilità di “configurare l'autonomia privata imprenditoriale come facoltà strutturalmente vincolata al rispetto dei limiti indicati nell'art. 41, comma 2, Cost., e quindi suscettibile di controllo giudiziale in caso di violazione di tali limiti, anche al di fuori di previsioni legislative espresse”).

²⁸⁵ La dottrina si divide tra chi ritiene i limiti imposti all'autonomia negoziale di impresa quali limiti interni, predicando una sorta di conformazione dell'autonomia (e attività di impresa) a valori di utilità sociale, e chi ritiene tali limiti quali esterni, ritenendo invece essi operare sull'autonomia imprenditoriale comprimendo lo spazio di libertà d'iniziativa, senza tuttavia modificarne i tratti costitutivi. Su tale distinzione, M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili ricostruttivi) – Parte seconda*, Torino, 2006, p. 77, afferma: “credo debba ammettersi che alla base delle diverse scelte di fondo – ossia l'utilità sociale come fonte di limiti esterni ovvero interni della libertà di iniziativa economica – stia una scelta ideologica o, se si vuole, giuspolitica, la quale, perciò, può essere condivisa o meno in base ad un giudizio di valore, in ultima analisi insindacabile: vana sarebbe dunque la pretesa di dimostrare la necessità logica della prevalenza di una ricostruzione rispetto all'altra”.

riconducibili al concetto di utilità sociale), dall'altra dovendosi conciliare con le libertà e i diritti concorrenti.

Riconosciuta così l'autonomia di impresa quale forma di attività economica costituzionalmente tutelata nell'alveo della più ampia libertà di iniziativa economica, con riferimento ai risvolti che tale riconoscimento produce e agli strumenti apprestati al fine di limitarne il naturale abuso, si è autorevolmente rilevato come la stessa autonomia d'impresa contenga una libertà di concorrenza di maniera che le autorità tutelino non solo la concorrenza, ma il sistema delle libertà²⁸⁶.

Il legame tra libertà di iniziativa economica e principio di tutela della concorrenza è ineludibile, tale per cui si afferma: *la fonte giuridica della libertà di concorrenza è nello stesso riconoscimento costituzionale della libertà di iniziativa economica. L'una un aspetto dell'altra: la libertà di iniziativa economica del singolo si presenta, in rapporto all'iniziativa economica degli altri, come libertà di concorrenza*²⁸⁷. La libertà di concorrenza trova quindi il suo fondamento a livello costituzionale nella stessa libertà di iniziativa economica²⁸⁸. Quest'ultima da intendersi munita sia di una valenza verticale sia di una valenza orizzontale²⁸⁹. Nei rapporti con i pubblici poteri, si esplica, in senso negativo, come limitazione alla regolazione dell'impresa e del mercato da parte di pubblici poteri nel rispetto del libero incontro tra domanda e offerta; in senso positivo, come pretesa di regole volte ad eliminare vincoli o barriere alla concorrenza tra operatori

²⁸⁶ In questo senso, V. BUONOCORE, *Iniziativa economica privata e impresa*, in *Cinquanta anni della Corte Costituzionale*, vol. 16, 2006, p. 10 ss.

²⁸⁷ Così, F. GALGANO, *Commento sub art. 41, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di) G. Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 11.

²⁸⁸ A sostegno della tesi circa il fondamento costituzionale della libertà di concorrenza, G. OPPO, *L'iniziativa economica* (1988), in *Scritti giuridici*, vol. I, p. 41 s., il quale afferma che la libertà di concorrenza è "valore implicito nella libertà di iniziativa in quanto libertà di tutti; valore implicito e non anche valore ad essa contrapposibile". A sostegno della tesi contraria invece, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004, p. 16 s., il quale rileva invece che la Costituzione "di certo non accoglie né il modello dell'economia di mercato, né il generale principio della concorrenza, L'art. 41, comma 1, [...] provvede, secondo lo schema del vecchio costituzionalismo, a garantire una sfera di azione dei privati, un ambito di scelte in cui lo Stato non può e non deve intervenire".

²⁸⁹ In senso contrario N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 16 s., il quale ritiene libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41, Cost "una figura verticale [...] e non orizzontale, dacché non concerne i rapporti tra privati (tra soggetti che esercitano la libertà d'iniziativa economica), ma il rapporto tra lo Stato e il singolo. Le libertà costituzionali corrispondono a doveri di astensione dello Stato, ma nulla dicono circa le relazioni, di coesistenza o di conflitto, con gli altri titolari della medesima libertà".

economici nel mercato. Nei rapporti intersoggettivi (c.d. orizzontali) invece, la libertà di concorrenza letta alla luce e nell'ambito della libertà di iniziativa economica assume il valore di limite rispetto ad un abusivo esercizio del potere economico privato, consistente nell'imposizione del divieto di pratiche o accordi anticoncorrenziali nonché nell'imposizione di precisi obblighi di comportamento in capo ai soggetti che operano sul mercato in posizione dominante. Più nello specifico, la libertà di concorrenza si porrebbe quale limite, ricadente nel concetto di utilità sociale²⁹⁰, alla libertà di iniziativa economica, e conseguentemente all'autonomia contrattuale imprenditoriale in quanto in essa ricompresa. Ove, infatti, si intenda garantire, non solo la libertà di concorrenza in senso soggettivo, come regime in cui a ciascun soggetto è assicurata la libertà di iniziativa economica, ma anche in senso oggettivo²⁹¹, come, l'effettività della concorrenza non può che realizzarsi mediante l'imposizione di norme, quali la legge antitrust e tutte quelle che, tutelando il consumatore quale operatore economico debole in quanto maggiormente esposto all'opportunismo consentito dall'esistenza di asimmetrie informative, mirano alla tutela del mercato stesso, le quali finiscono inevitabilmente per comprimere l'autonomia contrattuale dell'impresa²⁹².

3.2 La buona fede nella contrattazione di impresa

Nel precedente paragrafo si è affermato l'autonomia negoziale di impresa esser la principale forma di manifestazione della libertà di iniziativa economica, come quest'ultima quindi costituzionalmente riconosciuta e tutelata. L'autonomia negoziale di impresa si esplica, questo è chiaro, per mezzo della negoziazione e stipulazione di contratti di impresa. Ma se è vero che l'autonomia negoziale di impresa trova il proprio limite nell'utilità sociale, nel senso che la stessa libertà di iniziativa economica pare esser funzionalizzata al corretto andamento del mercato quale luogo di scambi a vantaggio della

²⁹⁰ Al riguardo A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, p.46, afferma che “la tutela della concorrenza svolge un ruolo decisivo nel dare un contenuto concreto al valore dell'utilità sociale, perché attraverso di essa il legislatore ha assunto una posizione netta nella costruzione dei limiti che devono comunque essere osservati per l'esercizio del diritto di iniziativa economica”.

²⁹¹ Sulla distinzione tra libertà di concorrenza soggettiva e oggettiva, G. FERRI, voce “Concorrenza”, in *Enc. Dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, p. 532.

²⁹² Per un approfondimento sul punto si rimanda a M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa*, cit., p. 91 ss.

collettività, è altresì vero che la stessa contrattazione di impresa è alla realizzazione di quella stessa utilità sociale funzionalizzata. Sicché, si afferma, nel vaglio di meritevolezza dei contratti di impresa si riflettono due principali preoccupazioni: da un lato, la conservazione della libertà d'impresa in quanto necessaria, nell'ambito di un'economia capitalista come la nostra, ad attivare e mantenere in vita il mercato; dall'altro lato, la tutela dell'affidamento del singolo contraente che con l'imprenditore contratti²⁹³. Ciò perché l'incertezza della tutela e degli strumenti a salvaguardia della correttezza dei rapporti negoziali fungono da deterrenti agli scambi, riflettendosi negativamente sul mercato ed impendendo all'impresa di realizzare quella essenziale funzione produttiva, essa stessa di utilità sociale, riconosciuta dall'ordinamento nell'art. 41, Cost.

La regolamentazione dell'attività economica di mercato, in funzione limitativa della specifica autonomia alla stessa costituzionalmente riconosciuta, può quindi avvenire o direttamente, ossia mediante norme *antitrust* che regolano il mercato nel suo complesso, o indirettamente mediante le regole dei contratti d'impresa a disciplina delle dinamiche dei singoli rapporti contrattuali (con particolare riguardo alla parte debole del rapporto). Sul secondo dei versanti poc'anzi richiamati, ossia quello della regolamentazione dei singoli rapporti negoziali, due paiono essere le tipologie di intervento eteronomo, ossia gli strumenti tecnici adoperati dall'ordinamento con il fine di intervenire sul voluto contrattuale, così come in prima battuta definito dalle parti del rapporto, in funzione correttiva degli scambi sul mercato. L'intervento può afferire al vaglio causale del rapporto contrattuale, ora inteso come mero controllo di congruità dell'equilibrio negoziale, ora inteso come compatibilità della funzione economica con l'interesse generale²⁹⁴; oppure mediante la funzionalizzazione delle clausole generali di equità e buona fede alle ragioni di giustizia contrattuale.

²⁹³ Sul punto, V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, I, 2007, p. 386 ss.; M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili ricostruttivi) – Parte seconda*, Torino, 2006, p. 258 s., il quale afferma in particolare: “il mercato [...] necessita di un insieme di regole (in sintesi: una tutela giuridica) che non riguardi soltanto le relazioni tra imprese – ossia regole di concorrenza e le regole finalizzate a preservare il mercato concorrenziale, prevenendo che gli squilibri eccessivi del potere contrattuale nell'ambito dei singoli rapporti tra imprese portino ai cosiddetti fallimenti di mercato – ma che preservi anche intatto l'affidamento, ossia la fiducia, dei soggetti che si approvvigionano dei beni e dei servizi prodotti e somministrati dalle imprese per fini diversi da quelli professionali, anche qui pena il fallimento del mercato stesso”.

²⁹⁴ Sul punto, M. LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti di impresa*, in *Jus*, II, 2009, p. 276 ss.

Ebbene è il secondo profilo che di seguito interessa approfondire.

Agli inizi degli anni Novanta del XX secolo tanto in dottrina quanto in giurisprudenza si affermava l'insindacabilità nel merito dell'autonomia contrattuale. In dottrina si diceva: *“fuori dai casi, legislativamente previsti, della rescissione per lesione ultra dimidium del contratto concluso con approfittamento dell'altrui stato di bisogno e della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, provocata da eventi eccezionali e imprevedibili, al giudice non è consentito di sindacare l'equivalenza delle prestazioni, ogni determinazione circa la congruità dello scambio contrattuale essendo rimessa all'autonomia dei contraenti secondo il generale principio dell'art. 1322, comma 1, c.c.”*²⁹⁵. Dal canto suo, la Corte di Cassazione, pure ribadiva l'inammissibilità di un potere del giudice di modificare il contenuto contrattuale fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, affermando: *“dall'art. 41 della Costituzione non discende [...] un potere del giudice di controllo diretto sugli atti di autonomia privata, in mancanza di atto normativo che specifichi come attuare quella astratta tutela”*²⁹⁶.

A ben guardare però, la prima “breccia” nell'insindacabilità dell'autonomia contrattuale era già presente nella disciplina allora contenuta negli art. 1469-sexies e 1469-ter c.c. (ora contenuta nel codice del consumo agli art. 33, comma 1 e art. 3), la quale, per l'appunto, richiamava la buona fede in funzione invalidante del contratto. Oggi, l'art. 33, comma 1, cod. cons., non è che uno soltanto dei non pochi casi in cui il legislatore autorizza ad un controllo eteronomo del giudice sia sul contenuto prescrittivo del contratto sia sui comportamenti che ne caratterizzano la formazione e l'esecuzione²⁹⁷. Posto ciò, appare

²⁹⁵ Così, F. GALGANO, *Sull'aequitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 420.

²⁹⁶ Cfr. Cass., 29 maggio 1993 n. 6031, in *Foro it.*, 1993, I, p. 1794 ss.; Cass., 1 ottobre 1993, n. 9084, in *Foro it.*, I, p. 1825 ss.; Cass., 17 maggio 1996, n. 4570, in *Foro it.*, I, p. 1990 ss.

²⁹⁷ A proposito delle norme che implicano controlli sul regolamento prescrittivo del contratto si ricorda l'art. 3, comma 1, lett. a e c della l. n. 287 del 1990 in materia di abuso di posizione dominante, a proposito della quale G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in G. Guizzi, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, Milano, 2010, p.202 -204, scrive: *“anche nel caso dell'abuso di posizione dominante, realizzato attraverso la conclusione di una o più operazioni negoziali dal contenuto conforme alle previsioni di cui all'art. 3 non può essere negato che l'apprezzamento negativo dell'ordinamento – giudizio di riprovazione – si rivolge già al modo con cui l'impresa si pone sul mercato e si determina all'esercizio dell'autonomia privata, ciò che implica, allora, che pure a tale ipotesi non sembra del tutto estraneo un problema di rapporto tra violazione di regole di condotta dettate per l'impresa come tale e dunque operanti a monte dell'atto negoziale e sorte del contratto attraverso cui il comportamento abusivo si manifesta; ed ancora, l'art. 2, comma 2, lett. c ed e, cod. cons., attributivo di diritti fondamentali ai consumatori e agli utenti alla correttezza, trasparenza e all'equità nei rapporti contrattuali; l'art.*

chiara oggi la crisi del dogma dell'insindacabilità del contenuto del regolamento contrattuale.

La tesi che qui interessa sostenere è quella che rinviene la ragione di tale cambiamento nell'incidenza che l'attività economica esercita sul contratto, attirando quest'ultimo alla disciplina del mercato. Più nello specifico, la distorsione della funzione delle clausole generali oggi usate nel contesto dei rapporti contrattuali di impresa come strumenti correttivi delle determinazioni dei privati sarebbe determinata dall'esigenza, manifestata sia dal legislatore nazionale sia da quello comunitario, di apprestare idonei strumenti di tutela per permettere al confronto tra la libertà contrattuale d'impresa, di cui all'art. 41, comma 1, Cost., con i limiti di utilità sociale di cui al comma 2. Per fare ciò appare però necessario, dopo aver nel precedente paragrafo inquadrato il problema generale dell'autonomia negoziale di impresa, soffermarsi più approfonditamente sui concetti di buona fede ed equità qui richiamati.

3.2.1 I principi di buona fede e di equità. L'intervento del giudice

Che cosa significa buona fede? Due sono le accezioni che il nostro ordinamento conosce di quest'espressione. La buona fede può essere intesa in senso soggettivo, ossia come la situazione psicologica di colui il quale ignora di ledere un diritto altrui, o in senso oggettivo, ossia quale dovere di comportamento. Essa rientra, insieme a concetti quale quello di correttezza, diligenza del buon padre di famiglia e via dicendo, nel novero delle c.d. clausole generali. Quest'ultime non sono impongono una precisa regola di condotta, fungendo piuttosto quale criterio guida per il giudice nella valutazione della condotta

18, lett. h, cod. cons., il quale, in tema di pratiche commerciali scorrette, impone il rispetto dello standard di diligenza professionale, inteso come normale grado della specifica competenza ed attenzione che i consumatori ragionevolmente si attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e buona fede nel settore di attività del professionista; l'art. 21, T.U.F., il quale in materia di svolgimento dei servizi e delle attività di investimento impone standard comportamentali consistenti nell'obbligo di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza; l'art. 39, cod. cons., rubricato significativamente "regole nelle attività commerciali" impositivo di obblighi di buona fede, correttezza e lealtà; obblighi di correttezza e verità della comunicazione promozionale e/o pubblicitaria nonché dell'uso dei segni distintivi e del nome dell'impresa di cui agli artt. 18-27, cod. cons., e agli artt. 3 e seguenti del d. lgs. n.145/2007; l'art. 6 della l. n. 129 del 2004 sul franchising, impositivo di obblighi di correttezza, trasparenza e buona fede nei rapporti tra affiliante e affiliato. Tutte queste norme, sono sintomatiche del "*dilagante fenomeno*", scrive Bianchini, il quale "*sembra capace di portare ad un sindacato diffuso di giustizia*" sulle pattuizioni negoziali (M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa*, cit., p. 289).

delle parti durante la fase preliminare della negoziazione (art. 1337 c.c.), nell'interpretazione del contratto (art. 1366 c.c.), o nella fase di esecuzione del rapporto (art. 1375 c.c.). Esse richiamano valori sociali e morali, così che il contenuto concreto pare potersi modulare a secondo delle circostanze, dei tempi e dei luoghi. Si tratta di valori esterni al diritto positivo, che però, grazie alla norma scritta che lo consente, rientrano nell'ambito del sistema giuridico, aprendo così, sia pure nei limiti circoscritti dalle norme che lo permettono, a valori sociali e morale, consentendo alla norma giuridica, e all'ordinamento nel suo complesso, di non finire ingessata, chiusa in sé stessa.

Ebbene, non si può ignorare che esiste in Italia una tendenza di parte della dottrina, di diverse Corti di merito e persino della più recente giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, che mira a mettere in discussione il ruolo della volontà che le parti hanno manifestato nell'accordo contrattuale. Questa corrente di pensiero confuta l'assunto dell'irrilevanza dell'ingiustizia contrattuale al di fuori delle ipotesi tassativamente previste da legge, giungendo a ritenere l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio generale che, valorizzando il disposto dell'art. 2, Cost. in correlazione con i criteri di correttezza e buona fede, permette la sindacabilità dell'equilibrio economico-normativo del contratto da parte dell'organo giudiziario²⁹⁸.

²⁹⁸ Già nel 1954 Mengoni intuiva che *“la mutilazione dell'art. 1175 c.c., operata dal frettoloso legislatore del 1942, può oggi essere riparata coordinando l'art. 1175 c.c. con l'art 2 Cost. È certo comunque che gli obblighi di correttezza, la cui osservanza è imposta vicendevolmente al debitore e al creditore dal criterio della buona fede, si desumono dai principi di solidarietà che ispirano la moderna comunità statale, in contrapposto alla società individualistica di tipo ottocentesco”* (L. MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”*, ora in *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, (a cura di) C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 262, nt. 35). Tuttavia, l'apertura alla prospettiva innovativa nel testo richiamata in tema di clausole generale si deve, nel contesto della dottrina civilistica degli anni Sessanta, a Stefano Rodotà. Secondo l'Autore la solidarietà *“sta a fondamento del dovere previsto dall'art. 2 della Costituzione”* (S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, p.103). E continua poi affermando: *“i criteri di correttezza e buona fede, così come espressi dagli artt. 1175 e 1375, hanno una comune aria di incidenza, rappresentata dalla materia delle obbligazioni e dei contratti, nella quale tali criteri si presentano come specificazioni del principio di solidarietà”* (S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, rist. 2004, p. 150). In merito al rapporto tra clausole generali e principio costituzionale, propone invece una lettera inversa P. GALLO, *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazione del contratto*, Torino, 2014, p. 610, il quale afferma: *“sia in Germania che in Italia si è diffusa l'abitudine di ricollegare le clausole generali, quali la buona fede, l'equità, la meritevolezza dell'interesse, il buon costume, l'ordine pubblico, ai principi ed ai valori della Costituzione. Questa tendenza è ovviamente da approvare nella misura in cui l'aggancio ai valori della Costituzione, si pensi per esempio al principio della solidarietà sociale di cui all'art 2 della Carta fondamentale, spesso*

La buona fede funge così da criterio di integrazione del contratto, al fine di imporre a ciascuna delle parti il dovere di agire preservando gli interessi dell'altra, nei limiti di un apprezzabile sacrificio, anche ove ciò non sia espressamente previsto quale obbligo da legge o da contratto²⁹⁹. Ciò permetterebbe, posta l'insufficienza della legge e del regolamento contrattuale, di intervenire assicurando la buona riuscita dell'operazione negoziale, alla luce delle qualità soggettive dei contraenti e delle circostanze oggettive connaturate al rapporto privatistico.

Ciò posto, non si è mancato da più parti di sottolineare come l'apertura ad un controllo giudiziario del regolamento contrattuale per il tramite delle clausole generali, ed in particolar modo del principio di buona fede in combinato con i valori costituzionali di solidarietà sociale, possa giungere a minare la certezza del diritto³⁰⁰, fungendo da deterrente agli stessi rapporti contrattuali tra privati. La buona fede, letta alla luce del principio costituzionale di solidarietà sociale, rilevarebbe non solo come criterio di valutazione della condotta delle parti e di integrazione del programma contrattuale, bensì come strumento in grado di realizzare una sorta di "politica del diritto", mettendo nelle mani del giudice uno strumento in grado di integrare, o addirittura modificare, la pura legalità³⁰¹. Si permette cioè, per il tramite delle clausole generali, di introdurre diritto o obblighi al cui fonte non risiede nel contratto, ma è ad essa esterno, risiedendo in valori

richiamato in materia di buona fede, può in qualche misura contribuire a circoscrivere l'arbitrio dell'organo giudicante".

²⁹⁹ In questo senso, C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 209.

³⁰⁰ Tra gli autori che lamentano una crisi della certezza del diritto nell'utilizzazione delle clausole generali come strumenti di integrazione e modificazione del contenuto contrattuale, si segnala, per il vigore delle opinioni espresse, G. IUDICA, *Sette questioni in materia di appalto*, Milano, 2016, p. 24 ss. L'Autore afferma: "*Questo trend dottrinale e giurisprudenziale, con il quale i giuristi sembrano occuparsi sempre meno di regole, e sempre più di principi o valori, non rende un buon servizio, anzi vulnera un bene importante che lo Stato dovrebbe assicurare alla società, ai cittadini, ai consumatori, agli utenti e alle imprese che operano sul mercato: la sicurezza di una ragionevole e apprezzabile prevedibilità circa l'applicazione delle regole vigenti hic et nunc, chiamata con formula riassuntiva <<certezza del diritto>>*". Egli, critica l'utilizzo in chiave politica dello strumento legale contrapponendo quella da lui definita "legalità legale" alla "legalità politica", nella convinzione che "*<<la legalità legale>> appare un bene imprescindibile non solo per la funzionalità del mercato, ma soprattutto per l'armonia e la crescita della collettività [...] è a legalità, non l'incertezza della legge, che può dare sicurezza e tenere unite, se non coese, le diverse componenti della società*" (ivi, spec. p. 27).

³⁰¹ L'espressione è mutuata da G. IUDICA, *Sette questioni in materia di appalto*, Milano, 2016, p. 18, nt.12.

morali o sociali non tipizzati. Se non che, tali valori sociali non sono qualificati in fattispecie legali, non hanno un contenuto univoco e certo, bensì indeterminato e non prevedibile a priori nemmeno dalle stesse parti. Riconoscendosi al giudice il potere di applicare valori al caso concreto, sovrapponendo un contratto ideale a quello voluto dalle parti, significherebbe, secondo tale tesi, l'introduzione nel contesto dei rapporti negoziale di mercato un nuovo rischio, il "rischio giustizia", rendendo più difficile il dialogo tra gli operatori economici, e inducendo finanche le parti a diffidare dell'autorità giudiziaria, privilegiando forme alternative di soluzione delle controversie. Il rischio cioè sarebbe quello di modificare il ruolo naturalmente affidato dall'ordinamento a tali clausole generali che, da fonte integrativa del regolamento contrattuale, finirebbero per diventare criterio di controllo di validità delle determinazioni private, neanche troppo velatamente suggerendo la possibilità di introdurre, per il tramite della buona fede, regole sostitutive a quelle pattuite da contratto. Si realizzerebbe cioè, un controllo, in senso integrativo o modificativo, dei contenuti economici e sostanziali del contratto al fine di realizzare un equilibrio degli interessi diverso da quello voluto dalle parti, allo scopo di creare un'astratta "giustizia contrattuale" che va a sovrapporsi all'assetto di interessi concretamente espresso dalle parti nel contratto.

Non si può tuttavia ignorare che la propensione dottrinale e giurisprudenziale all'equilibrio contrattuale sia conseguenza diretta, o quanto meno influenza, delle politiche legislative comunitarie che, in relazione ai contratti, ed in particolar modo ai contratti di impresa, tendono a porre l'attenzione sul contraente debole, tutelando le diverse situazioni di asimmetria di potere negoziale delle parti. Fatta salva quindi la tendenza del legislatore nazionale e comunitario alla tutela del contraente debole, l'opinione prevalente è comunque nel senso di ritenere che per il tramite della buona fede, pur nella sua valenza di clausola generale, si possa sottoporre a sindacato le decisioni consapevolmente assunte dalle parti nell'esercizio dell'autonomia contrattuale. Si ammette che la buona fede integrativa possa al massimo consentire al giudice di imporre alle parti modifiche del contenuto negoziale nei limiti dei caratteri accessori del contratto ed al solo fine di adattare il contenuto del contratto stesso agli interessi fin dall'inizio

perseguiti dalle parti³⁰², ma non anche sia in grado di stravolgere un programma contrattuale ritenuto iniquo in quanto contrario a buona fede e correttezza.

A tale proposito pare necessario doversi distinguere, nell'ambito dell'integrazione del contratto, tra integrazione suppletiva ed integrazione cogente.

Per mezzo dell'integrazione suppletiva, non a caso definita "amica dell'autonomia privata"³⁰³, si supplisce ad eventuali lacune di quest'ultima senza però mai introdurre nel contratto regole incoerenti con le scelte risultanti dall'accordo delle parti.

L'integrazione cogente, invece, non supplisce un accordo mancante, bensì si sovrappone ad uno sì esistente ma ritenuto riprovevole per l'ordinamento, per ciò svolgendo un ruolo antagonista all'autonomia privata³⁰⁴.

Ci si è quindi chiesto quale sia il ruolo della buona fede, cioè se essa possa operare solo al fine di colmare le lacune dell'accordo in sintonia con le scelte dell'autonomia privata, oppure possa introdurre soluzioni con essa contrastanti, sovrapponendosi all'accordo liberamente concluso dalle parti.

La soluzione del quesito viene ricondotta alla derogabilità o meno della buona fede. Parte della dottrina infatti, sottolineandone il carattere di inderogabilità, sostiene la buona fede costituisca "una limitazione in senso tecnico dell'autonomia privata". L'inderogabilità in questione non andrebbe però intesa nel senso che la buona fede sia qualificabile come principio di ordine pubblico, tale da determinare la nullità delle clausole ad essa contrarie, bensì nel solo senso di rendere nulla la pattuizione che comporti l'inapplicabilità al rapporto della clausola di buona fede³⁰⁵, limitando il controllo giudiziale a tale principio ispirato alla sola integrazione del regolamento contrattuale, escludendo che esso possa comportare un vero e proprio giudizio di validità del contratto³⁰⁶.

³⁰² In questo senso, L. NANNI, *La clausola generale di buona fede*, in *Clausole e principi generali sull'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, p. 333.

³⁰³ Così, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, G. iudica e P. Zatti (a cura di), Milano, 2001, p. 485

³⁰⁴ Così, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 499.

³⁰⁵ In questo senso, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 495, il quale afferma la buona fede "non può mai condurre ad affermare la nullità del contratto", invece, "sarebbe illecito, per contrarietà all'ordine pubblico, l'accordo con cui le parti escludano una volta per tutte, in modo indifferenziato, che al loro rapporto si applichi il principio di buona fede. Ovvero: è inammissibile una deroga generalizzata e <<in bianco>> al principio (che, in quanto principio, ha valore imperativo)".

³⁰⁶ In questo senso, L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 1997, p. 9, secondo cui: "In ordine, invece, alle prestazioni dedotte in contratto in funzione degli interessi perseguiti dalle parti, la buona fede, secondo l'insegnamento corrente

Altra parte della dottrina, invece, attribuendo valore di ordine pubblico alla clausola di buona fede, afferma questa costituire fonte primaria di integrazione del contratto³⁰⁷, prevalente rispetto alle stesse determinazioni contrattuali³⁰⁸, legittimando così ad una sua funzione di controllo del contenuto negoziale e ricollegando alla violazione del principio l'invalidità del contratto³⁰⁹.

fondato su un argomento *a contrario* dalla lettera dell'art. 1374 c.c., non è fonte di integrazione del regolamento negoziale, ma soltanto un criterio ermeneutico di esplicitazione di doveri o condizioni impliciti nel contenuto dell'accordo (art. 1366 c.c.) oppure un criterio di determinazione delle modalità esecutive e quindi di valutazione dell'esattezza dell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.). [...] In nessun caso, comunque, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per i danni”.

³⁰⁷ A favore della qualificazione della buona fede quale fonte integrativa del contratto, Rodotà, il quale afferma: “Una volta accertata la tassatività dell'elenco contenuto nell'art. 1374 (leggi, usi, equità, rimane proprio aperta la possibilità di individuare altre norme di legge, contenenti ulteriori indicazioni relative alla integrazione: questo, vedremo, è proprio il caso della correttezza, la cui considerazione legislativa non può essere messa in dubbio” (S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p.165) e Roppo, secondo cui pur non essendo esplicitamente richiamata dall'art. 1374, la buona fede deve comunque intendersi come implicitamente richiamata nel rinvio alla legge, dal momento che è legge l'art. 1375 c.c., secondo cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede. (V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 493).

³⁰⁸ In questo senso, C. M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., p. 206, il quale sostiene: “Pur se riferita al momento esecutivo, la buona fede rileva come fonte primaria d'integrazione del rapporto, prevalente anche sulle determinazioni contrattuali. In tal senso depono il suo valore di ordine pubblico. La buona fede rappresenta infatti uno dei principi portanti del nostro ordinamento sociale, e il fondamento etico che le viene riconosciuto trova rispondenza nell'idea di una morale sociale attiva o solidale, che si pone al di là dei tradizionali confini del buon costume”. Tuttavia, pur attribuendo valore di ordine pubblico al principio di buona fede l'Autore non sembra discostarsi dall'orientamento dottrinale che intende il carattere inderogabile della buona fede in senso restrittivo, sanzionando con la nullità le sole clausole che prevedessero l'inapplicabilità al rapporto della buona fede. Egli infatti afferma: “Cfr. C. M. Bianca, *La nozione di buona fede*, cit., p. 206: “Ci si chiede se possa sussistere una contrarietà del contratto o di singole clausole contrattuali alla regola della buona fede e se la conseguenza possa essere quella della invalidità. [...] Di disposizione contraria alla buona fede potrebbe parlarsi nei casi in cui la regola contrattuale precludesse l'applicazione del principio e legittimasse la parte a comportarsi senza tenere conto dell'interesse dell'altra. Se non risulta che questo interesse sia irrilevante o sia stato altrimenti salvaguardato deve riconoscersi la violazione del principio di buona fede, e la conseguente nullità della disposizione” (C. M. Bianca, *La nozione di buona fede*, cit., p. 206).

³⁰⁹ Cfr. A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 26, secondo cui: “Che alla violazione della regola di buona fede possa conseguire un effetto invalidante del contratto o di una sua clausola è ormai acquisito”; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 423, il quale afferma: “Che alla violazione della regola di buona fede possa conseguire, in base all'art. 1418, comma 1, c.c., la nullità o, comunque, l'inefficacia del contratto o a norma dell'art. 1419 c.c. di singole sue clausole, non può più suscitare scandalo”.

Continuando poi il discorso sulla strada intrapresa dell'incidenza delle clausole generali sulla autonomia negoziale delle parti, non si può non discutere, almeno accennando, al problema sorto in dottrina circa il rapporto tra autonomia contrattuale ed equità. Preliminarmente, non può mancarsi di osservare come il concetto stesso di equità non sia univoco³¹⁰. Il termine può riferirsi tanto all'equilibrio contrattuale, ora in senso economico come rapporto di valore tra i vantaggi patrimoniali, ora in senso giuridico, in relazione alla proporzionalità tra diritti e doveri derivanti dal contratto, tanto all'attività giudiziale discrezionale che tale equilibrio è chiamata a realizzare. L'interrogativo che emerge è immediato: ci si interroga sul se, come, e in quali limiti sia garantito nel nostro ordinamento un equilibrio del contenuto contrattuale, specie in relazione alla tematica della contrattazione di impresa la quale spesso a tale principio fa riferimento in giustificazione della tutela accordata al contraente in situazione di debolezza di potere negoziale.

Così pur brevemente inquadrato il problema dell'incidenza delle clausole generali di buona fede ed equità sull'autonomia privata dei soggetti contraenti, il discorso non può proseguire senza prima soffermarsi sui richiamati concetti di equilibrio e giustizia contrattuale.

3.2.2 Il problema dell'equilibrio contrattuale. La giustizia contrattuale

L'espressione "equilibrio contrattuale"³¹¹ può innanzitutto intendersi riferita ad un equilibrio giuridico o economico del contratto. In relazione al profilo normativo del contratto, l'equilibrio viene inteso come sintesi delle posizioni normative dei contraenti, ossia come assetto contrattuale allocativo di diritti, obbligazioni, oneri, responsabilità e

³¹⁰ Il concetto di equità è ripreso nel codice civile ora ad indicare un carattere del regolamento contrattuale (ad esempio, nell'art. 1450 c.c.), ora ad indicare l'attività valutativa discrezionale del giudice (art. 1347 c.c.), senza tuttavia specificare quali siano i criteri a cui il giudice deve uniformare la propria attività. Sul punto, M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 83 ss.

³¹¹ Sull'argomento, tra gli altri, A. DI MAJO, *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, in *Dir. e form.*, 2002, p. 1127 ss.; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 433 ss.; G. OPPO, *Lo <<squilibrio>> contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1999, p. 533 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006.

rischi. Quanto al profilo economico, invece, l'equilibrio riguarda più specificamente il valore economico delle prestazioni oggetto di scambio considerate nel complesso dell'operazione economica cui accedono.

L'equilibrio può poi essere inteso sia in senso oggettivo, qualora attenga agli elementi oggettivi del contratto (regole e prestazioni), sia in senso soggettivo, qualora ci si riferisca alle persone dei contraenti, così distinguendosi un contraente "forte" e uno "debole" in relazione alla disparità di forza contrattuale delle parti.

Comunque esso sia inteso però, l'equilibrio contrattuale si pone in funzione preservatrice di un assetto di rapporti equo fra le parti e quindi, in definitiva, giusto. Così che, il concetto di equilibrio rievoca immediatamente quello di giustizia contrattuale³¹², al punto che l'interrogativo che si pone è quello della coincidenza o meno dei due concetti³¹³. Ebbene, secondo la tradizionale concezione liberista³¹⁴, la giustizia del contratto è garantita dall'autonomia contrattuale delle parti nella determinazione del suo contenuto: l'autonomia è non solo la garante della giustizia, ma è anche l'unica garante possibile, fuori dell'autonomia non esiste giustizia³¹⁵. Ciò sul presupposto che ciascuna parte non acconsentirebbe mai ad un accordo per essa svantaggioso, per cui, qualora il contratto assicura ad ambo le parti vantaggi maggiori delle perdite e, purché le conseguenze

³¹² Sulla nozione di "giustizia contrattuale", cfr. G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, I, 2000, p. 21 ss.; G. MARINI, *ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, p. 257 ss.

³¹³ Con riferimento al rapporto tra equilibrio e giustizia contrattuale, la dottrina si divide fra chi ritiene le espressioni essenzialmente sinonimiche e chi, invece, ne distingue il significato. Nel primo senso Caringella afferma: "è evidente che, con buona probabilità, un assetto contrattuale <<equilibrato>> sia in concreto anche <<giusto>>" (F. CARINGELLA, *Studi di Diritto Civile*, II, Milano, 2007, p. 1691). Nella seconda prospettiva, è stato detto: "non è neanche del tutto pacifico se la nozione di equilibrio contrattuale debba e/o possa o meno coincidere con quella della giustizia contrattuale. In senso negativo possono portarsi argomenti secondo cui la nozione di equilibrio si muove e si colloca nell'ottica dello scambio (di merci e/o di prestazioni) mentre la nozione di giustizia contrattuale vola più alto. Ha riguardo ad esiti o risultati dall'assetto contrattuale che siano conformi ai parametri oggettivi della giustizia, ove per giustizia si intendono esiti conformi ai dettami della morale sociale, il che coinvolge un giudizio etico, non già solo mercantilistico" (A. DI MAJO, *op. cit.*, p.1)

³¹⁴ Il passaggio dal solidarismo medievale all'individualismo liberistico, portato dalla rivoluzione francese, è segnato dall'abbandono della concezione del contratto come scambio, secondo cui la validità del rapporto contrattuale doveva ricollegarsi all'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni, e dall'adesione al dogma del volontarismo, da cui la visione del contratto come accordo, per la cui conclusione risulta sufficiente il mero scambio di consensi, prescindendosi dal contenuto concreto dello scambio. Per un approfondimento si rimanda a A. MUSIO, *La buona fede nei contratti dei consumatori*, Napoli, 2001, p. 45 ss.

³¹⁵ Così, R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* (a cura di) R. Sacco, Torino, 2004, p. 23 ss.

dell'accordo siano conformi alla volontà dei contraenti, non possono residuare problemi di giustizia contrattuale. Da qui l'automatica equazione tra regola contrattuale e regola giusta. Il modello liberista è però ormai abbandonato: il contratto, si osserva, viene concluso in un quadro economico dominato da certe strettoie, le quali alterano il corretto funzionamento del mercato, allontanandolo dal modello di mercato perfetto, postulato dalla concezione liberista³¹⁶. La libertà contrattuale, infatti, per essere effettiva, presuppone che al mercato si acceda a con pari opportunità e poteri, sia da un punto di vista economico, sia da un punto di vista sociale, psicologico, di esperienza e attitudine agli affari. Il baricentro del problema si sposta: dalla libertà contrattuale alla giustizia contrattuale, l'autonomia negoziale non è da sola sufficiente a regolare i rapporti negoziali tra privati facendosi così appello ad interventi eteronomi che garantiscano e salvaguardino la giustizia del contratto³¹⁷.

Il concetto di giustizia contrattuale quindi, così come oggi inteso dalla dottrina, pare rievocare quello di una potenziale conflittualità tra vincolo e giustizia, ossia una tensione tra l'osservanza delle pattuizioni negoziali e la necessaria salvaguardia degli interessi che sono dalle stesse pregiudicati³¹⁸. La vincolatività del regolamento contrattuale è sacrificata sull'altare della giustizia, ora intesa quale giustizia commutativa, in riferimento alla tematica della sinallagmatica dei rapporti negoziali come possibilità di un intervento esterno volto a garantire la congruità fra i valori di scambio, ora quale giustizia procedurale, intesa ossia come possibilità da parte del legislatore e del giudice di sanzionare eventuali asimmetrie informative foriere di un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi³¹⁹.

³¹⁶ Così, R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 23.

³¹⁷ Di questo avviso, F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 1691, il quale afferma “*la scienza economica ha da tempo evidenziato come l'autonomia privata sia insufficiente ad assicurare la giustizia contrattuale, la quale può essere garantita soltanto attraverso interventi eteronomi*”; ed ancora, A. DI MAJO, *op. cit.*, p.2, secondo cui la giustizia contrattuale è “*un valore aggiunto, ossia un plus valore normativo rispetto al valore espresso dall'autonomia contrattuale. Per assicurare la <<giustizia contrattuale>> più non si confida nell'autonomia delle parti contraenti, si invocano invece interventi eteronomi (norme di legge, controllo amministrativi o giudiziari)*”.

³¹⁸ In questo senso, A. D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, Torino, 2004, p. 157.

³¹⁹ La distinzione è ripresa da F. CAMILLETI, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004, p. 6 ss.

Ma se la tendenza è oggi quella della sindacabilità delle pattuizioni private sull'altare della giustizia³²⁰, se il trend è nel senso di sostituire al contratto voluto un contratto giusto, occorre per lo meno verificare la legittimità di un tale intervento. Occorre ossia, alla luce degli indici normativi a disposizione, siano essi contenuti nel codice civile o nella legislazione speciale successiva al codice del '42, accertare, o meno, l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio generale di giustizia contrattuale da porre a presupposto di un controllo di conformità del contratto ad un modello ideale di giusto equilibrio economico e normativo.

Ciò premesso, la ricerca del fondamento positivo della giustizia contrattuale non può che prendere piede a partire dalle norme del codice civile. Si osserva innanzitutto in dottrina, come l'intera disciplina dei rapporti economici nel codice civile del 1942 sia caratterizzata dall'irrelevanza della proporzionalità fra le prestazioni, in quanto, ai sensi dell'art. 1325 c.c., per la validità del contratto è richiesta la liceità della causa e non anche l'adeguatezza della stessa³²¹.

Ciò posto però, non sarebbe vero affermare la totale indifferenza del legislatore al problema, in quanto l'assetto di interessi predisposto dalle parti non pare essere tutelato in modo assoluto ed incondizionato, essendo nel codice previsti istituti e rimedi che variamente danno rilevanza alla proporzionalità e all'equilibrio delle prestazioni contrattuali. Il riferimento è agli istituti della rescissione e della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Tali istituti sono posti dal legislatore del '42 per far fronte ad ipotesi in cui si realizza un'alterazione del sinallagma contrattuale dal quale derivi uno squilibrio fra le prestazioni, derivante in un caso, dallo stato di pericolo o di bisogno di uno dei contraenti, nell'altro caso dal verificarsi di avvenimenti imprevedibili e straordinari successivi alla stipulazione del contratto. Elemento comune alle due

³²⁰ Il parametro di riferimento di tale sindacato giudiziario di giustizia contrattuale più consueto ed attendibile è il mercato stesso. Si dice: “è il mercato che fa da metro allo squilibrio, e, perciò anche alla <<giustizia>>, alla <<morale>> che vengono chiaramente a fondarne la repressione” (M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto, in Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, (a cura di) S. Mazzamuto, Torino, 2002, p.306), ed ancora: “l'equità del contratto è la sua aderenza al mercato, la giustizia contrattuale è la sua adeguatezza al mercato le prestazioni sono proporzionate se la loro misura riflette il mercato” (R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, t. I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 26).

³²¹ In questo senso, R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003, p. 47.

fattispecie è l'inadeguatezza fra prestazione controprestazione: lo squilibrio, tuttavia, è già presente al momento della stipulazione del contratto nell'ipotesi rescissoria, mentre in quella risolutoria è successivo ed imputabile ad accadimento imprevisi.

I casi di rescissioni previsti dal codice civile sono due, la rescissione per contratto concluso in stato di pericolo, di cui all'art. 1447, c.c., e la rescissione per lesione, di cui all'art. 1448 c.c.

La prima ipotesi si riferisce a colui il quale abbia assunto obbligazioni a condizioni inique, spinto dalla necessità, nota alla controparte, di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona. Requisiti della fattispecie sono quindi tre. Il primo, di carattere oggettivo, consiste nell'assunzione, da parte di uno dei contraenti, di obbligazioni a condizioni inique, laddove l'iniquità dell'obbligazione è rimessa ad una valutazione interpretativa, comunemente intendendosi una forte sperequazione fra il valore della prestazione che il contraente in pericolo dà ed il valore della prestazione che riceve³²². Secondo requisito, anch'esso di natura oggettiva, consiste nello stato di pericolo del soggetto contraente dal quale derivi un danno imminente, per sé o altri³²³. Terzo ed ultimo requisito, dal carattere stavolta soggettivo, consiste nel fatto che la controparte sia a conoscenza della situazione di pericolo e ne ritragga un vantaggio.

Il secondo caso di rescissione, di cui all'art. 1448 c.c., presuppone la ricorrenza contestuale di tre condizioni. Occorre una lesione obiettiva, perdurante sino al proponimento della domanda di rescissione, superiore al 50%, ossia eccedente la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto; lo stato di bisogno di una parte³²⁴; l'approfittamento dell'altrui stato di

³²² Sul concetto di prestazione iniqua, G. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, p. 292.

³²³ V. Cass., sez. V, 14 gennaio 1987, in *Giust. pen.*, 1988, II, p. 165 ss., secondo cui il pericolo, al momento della stipulazione, deve essere già individuato e circoscritto, nel suo oggetto e nei suoi effetti. Si discute poi se lo stato di pericolo, oltre ad essere attuale, debba essere anche concreto e reale (in tal senso, F. Camilletti, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004, p. 72, secondo cui il pericolo deve "effettivamente sussistere in base a circostanze oggettive"), ovvero possa essere anche meramente putativo (secondo C. M. Bianca, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 645, il quale afferma "ai fini della rescissione non ha importanza che il pericolo sia reale. Anche il pericolo putativo è infatti idoneo a menomare la libertà di contrattazione del soggetto").

³²⁴ Lo stato di bisogno non coincide necessariamente con l'indigenza assoluta, potendo esso ricorrere anche nel caso di semplice difficoltà economica purché essa sia stata determinante della libertà contrattuale della parte. Ciò è stato statuito dalla Suprema Corte la quale, ha affermato che: "Ai fini della rescissione per lesione, lo stato di bisogno non coincide con l'indigenza, e ricorre anche nel caso di una deficienza di mezzi pecuniari che abbia costituito il concreto impulso alla

bisogno³²⁵, il quale si realizza ove sussista la duplice consapevolezza dello stato di bisogno della controparte e della grave sproporzione fra le reciproche prestazioni.

Ebbene, dall'analisi delle fattispecie sopra effettuata potrebbe in apparenza dedursi l'esistenza di un principio di equità, ossia di un equilibrio sinallagmatico di carattere oggettivo, la cui violazione sarebbe sanzionata dalla rescissione del contratto. Tuttavia, a ben guardare, in entrambe le ipotesi esaminate, oltre allo squilibrio è altresì richiesta la ricorrenza di altre e determinate circostanze o condotte inerenti alla fase di formazione del contratto³²⁶. Dalla necessità di un *quid pluris* rispetto al mero squilibrio fra le prestazioni contrattuali si deduce che la rescissione non sanziona l'iniquità del contratto in sé considerata³²⁷, a ciò dovendosi aggiungere che, se dall'ordinamento potesse ritrarsi

stipulazione del contratto svantaggioso" (Cass., 6 dicembre 1988, n. 6630, in *Giust. civ. Mass.*, 1988), ed ancora che: "Ai fini dell'azione di rescissione per lesione, lo stato di bisogno, di cui all'art. 1448 c.c., pur potendo consistere anche in una situazione di difficoltà economica, tuttavia non può prescindere da un nesso di strumentalità tale da incidere sulla libera determinazione del contraente, in mancanza degradandosi, nella possibilità della libera scelta dei mezzi, a quella mera esigenza della realizzazione più conveniente del fine perseguito dal contraente che è presente in ogni negozio" (Cass., 24 maggio 1990, n. 4630, in *Giust. civ. Mass.*, 1990)

³²⁵ Al riguardo la Corte di Cassazione ha precisato che: "Ai fini della rescissione per lesione, perché sussista l'approffittamento dell'altrui stato di bisogno, non è richiesta, da parte del contraente avvantaggiato, un'attività diretta a promuovere o sollecitare la conclusione del contratto, essendo sufficiente che la conoscenza dello stato di bisogno costituisce la spinta psicologica a contrarre, desumibile anche dal contegno passivo integrato e lumeggiato dalla realizzazione effettiva del vantaggio conseguito" (Cass., 6 dicembre 1988, n. 6630, in *Giust. civ. Mass.*, 1988).

³²⁶ I presupposti di cui agli art. 1447 e 1448 c.c., non sono posti in rapporto di alternatività, subordinazione o precedenza: è necessaria la loro simultanea ricorrenza nel caso concreto. Ciò è stato più volte ribadito dalla Corte di Cassazione, la quale afferma che: "L'azione generale di rescissione per lesione prevista dall'art. 1448 c.c., richiede la simultanea ricorrenza di tre requisiti [...]. Fra i tre elementi predetti non intercede alcun rapporto di subordinazione od alcun ordine di priorità o precedenza, per cui riscontrata la mancanza o la mancata dimostrazione dell'esistenza di uno dei tre elementi, diviene superflua l'indagine circa la sussistenza degli altri due e l'azione di rescissione deve senz'altro essere respinta" (cfr. Cass. 1 marzo 1995, n. 2347 e Cass. 5 settembre 1991, n. 9374, in *Il codice civile*, Piacenza, 1998; Cass., 9 dicembre 1982, n. 6723, in *Foro it. Mass.*, 1982; Cass., 6 novembre 1978, n. 5040, in *Foro it. Mass.*, 1978; Cass., 26 aprile 1978, n. 1947, in *Foro it. Mass.*, 1978; Cass., 5 settembre 1991, n. 9374, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 86).

³²⁷ Conferma dell'inesistenza nel sistema del codice civile di una regola generale che tuteli lo squilibrio contrattuale in sé e per sé considerato, si ritrae anche dalla Relazione del Guardasigilli (n. 656) nella quale, pur riconoscendosi che "l'equilibrio tra le prestazioni delle parti o l'equità del vantaggio conseguito da una di esse costituisce l'ideale di una sana circolazione dei beni", si afferma: "una norma generale che avesse autorizzato il riesame del contenuto del contratto per accertare l'equità o la proporzione delle prestazioni in esso dedotte, sarebbe stata, non soltanto esorbitante, ma anche pericolosa per la sicurezza delle contrattazioni; tanto più che avrebbe resa necessaria una valutazione obiettiva delle situazioni contrapposte, là dove spesso,

l'esistenza di una generale modificabilità delle pattuizioni contrattuali in ogni caso di sproporzione fra le prestazioni, in mancanza di ogni altra circostanza o condotta relativa alla formazione del contratto, allora le stesse norme qui in esame sarebbero inutili, dal momento che supposta regola assorbirebbe ogni esigenza di protezione e disciplina pertinente alle fattispecie previste dal regime della rescissione³²⁸.

A conclusione non differenti conduce l'esame della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, di cui all'art. 1467 c.c.: Quest'ultimo dispone della risoluzione del contratto ove, nell'ambito dei contratti ad esecuzione continuata o periodica o ad esecuzione differita, la prestazione di una delle parti divenga eccessivamente onerosa a causa di avvenimenti straordinari e imprevedibili. Anche in questa ipotesi, infatti, dal carattere straordinario ed imprevedibile degli accadimenti si ricava l'irrelevanza per l'ordinamento giuridico dell'equilibrio dell'assetto negoziale originariamente previsto dalle parti dal momento che, qualora i fatti sopravvenuti fossero stati sin da principio previsti dai contraenti, o quanto meno fossero stati prevedibili, la risoluzione non può esser richiesta. Sicché, si evince, la finalità dell'istituto non è quella di garantire un equilibrio oggettivo delle prestazioni, bensì quella di assicurare l'assetto negoziale originariamente voluto dalle parti³²⁹.

In definitiva, poiché entrambi gli istituti, sia quello della rescissione sia quello della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, presuppongono l'esistenza di un rapporto giuridico il cui assetto economico sarebbe stato differente ove non influenzato da specifici fatti³³⁰, deriva che l'ordinamento giuridico, così come risulta dal codice civile, reagisce solo quando vi è uno squilibrio delle prestazioni non voluto dalle parti.

Ed ancora, anche laddove si prendessero in considerazione ulteriori norme del codice civile inerenti al profilo economico del regolamento negoziale e attributive al giudice di

nella determinazione dei vantaggi di ciascuna parte, operano imponderabili apprezzamenti soggettivi, non suscettibili di un controllo adeguato".

³²⁸ Sul punto, M. COSTANZA, *Meritevolezza di interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 432.

³²⁹ Al riguardo, A DI MAJO, *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, cit., p. 8 ss., rileva come "si tratta dunque di preservare il mantenimento dell'equilibrio contrattuale ma nei termini in inizialmente convenuti dalle parti".

³³⁰ Sul punto, S. GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 429, riconduce ad uno il fondamento della rescissione e della risoluzione per eccessiva onerosità affermando: "il principio che è alla base delle diverse disposizioni, e che tutte le ispira nonostante le particolarità di atteggiamenti, è il principio di soggettiva adeguatezza fra le prestazioni, portato necessario dell'autonomia privata".

un potere determinativo del contenuto contrattuale, la conclusione sarebbe sempre la stessa. Si pensi infatti agli artt. 1537 e 1538 c.c., in materia di rettifica del prezzo nella vendita a misura ed a corpo, o ancora all'art. 1664 c.c., in tema di revisione del prezzo nell'appalto: in tutti questi casi lo scopo è quello di evitare sperequazioni non espressamente previste e volute dalle parti.

Anche qualora il codice civile permetta al giudice di intervenire integrando il contenuto del regolamento contrattuale, si è di fronte a qualcosa di diverso dalla giustizia contrattuale. L'intervento del giudice è infatti sempre residuale³³¹, avendo le norme che lo prevedono uno specifico e circoscritto ambito di applicazione, e mira ad attribuire alla prestazione indeterminata un valore adeguato, onde evitare l'inefficacia del contratto per indeterminatezza dell'oggetto³³².

Concludendo, prendendo in considerazione le sole norme codicistiche, si ricava l'inesistenza di un generale principio di equilibrio oggettivo del contratto che garantisca la proporzione fra i valori delle prestazioni, dal momento che ad essere salvaguardato è il solo assetto di interessi concordato dalle parti al momento della stipulazione del contratto. Il legislatore del '42, infatti, nell'ottica della piena valorizzazione dell'autonomia contrattuale delle parti, portato dell'economia di mercato dell'epoca, ha inteso lasciare queste libere di definire l'assetto dei loro rapporti, sancendo l'irrelevanza di eventuali sproporzioni fra i valori delle rispettive proporzioni³³³.

³³¹ Al riguardo osserva S. GATTI, *op. cit.*, p. 444, che “*solamente quando una valutazione dell'adeguatezza ad opera delle parti manchi del tutto si attua un intervento dell'ordinamento giuridico, il quale stabilisce – in via suppletiva – che debba essere costituito un rapporto tra le prestazioni tale da risultare adeguato sulla base dell'oggettiva valutazione dei prezzi di mercato dei beni scambiati*”.

³³² Sul punto, R. LANZILLO, *op. cit.*, p. 312, il quale afferma: “*l'esigenza cui rispondono le norme integrative non è tanto quella di attribuire alla prestazione indeterminata un valore adeguato a quello della controprestazione, quanto piuttosto quella di attribuirle un valore certo, evitando l'inefficacia del contratto*”.

³³³ Scrive L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I, p. 19, “*la libertà di contratto è, come dice l'art. 1322, libertà di due o più parti di darsi un regolamento di interessi sul quale si verifica una convergenza della loro volontà. L'autodeterminazione che essa garantisce non va intesa come potere di fatto di influire sul contenuto dell'accordo ottenendo condizioni vantaggiose o almeno oggettivamente equivalenti, bensì come libera decisione di stipulare il contratto a certe condizioni sulle quali la controparte concorda*”.

Differentemente dal codice civile, la legislazione speciale post codicistica, specie quella emanata in attuazione di direttive comunitarie, contiene numerosi disposizioni che fanno riferimento all'equilibrio contrattuale, prevalentemente inteso come equilibrio giuridico. Il riferimento è alle disposizioni contenute nel codice del consumo di cui agli art. 33 e ss., alla disciplina della subfornitura nelle attività produttive di cui alla l. n. 192 del 1998, e alla disciplina relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali di cui al decreto legislativo n. 231 del 2002. Poiché tutte e tre gli argomenti sono già stati discussi si rimanda ai relativi paragrafi per la loro trattazione.

Ciò che qui preme sottolineare è che, nonostante la rinnovata attenzione che l'emergere della figura del contraente debole ha destato sul problema dell'equilibrio contrattuale, specie sotto il profilo giuridico, non sembra per ciò solo lecito ritenere che nel nostro ordinamento viga una più generale regola che imponga di uniformare le ragioni dello scambio a criteri oggettivi di equivalenza: l'equilibrio contrattuale è, e continua a rimanere, quello che nasce dalle libere contrattazioni. È vero sì che tale libertà, specie nell'ambito della contrattazione di impresa, è spesso soltanto formale, date le asimmetrie di potere negoziale che caratterizzano tanto le transazioni commerciali bilaterali, tra imprese in posizione di dipendenza economica, tanto le transazioni commerciali unilaterali, tra imprese e consumatori, ma è altresì vero che il mero squilibrio di potere contrattuale non permette di per sé di censurare tale libertà, dovendosi caso per caso verificare la sussistenza di ulteriori presupposti, quali, ad esempio, l'effettivo abuso della situazione di dipendenza economica.

3.2.3 La clausola di buona fede come strumento per reprimere l'abuso di diritto

La clausola di buona fede viene altresì ricondotta al tema dell'abuso di diritto, costituendo quest'ultimo, soprattutto nella giurisprudenza³³⁴, la più acuta espressione della violazione della clausola generale rappresentata dal binomio correttezza-buona fede.

L'abuso del diritto presuppone un esercizio, volontario e consapevole, del diritto (sia esso un diritto soggettivo, una mera facoltà o finanche un diritto potestativo) sproporzionato,

³³⁴ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, 1, I, p. 85.

eccessivo ed irragionevole se parametrato allo specifico interesse in ragione del quale la norma attributiva di quel diritto è posta, determinando un correlativo sacrificio di colui il quale rispetto a quel diritto si trovi in posizione di soggezione³³⁵, non richiedendosi però una specifica intenzionalità di arrecare tale nocimento³³⁶.

La buona fede invece, come già evidenziato, può essere intesa vuoi come un generico obbligo comportamentale imposto indistintamente alle parti di un contratto (ex art. 1375 c.c.) o a coloro i quali stiano trattando per concluderlo (ex art. 1337 c.c.) od ancora con riferimento alle modalità esecutive di adempimento delle rispettive obbligazioni (ex art. 1175 c.c.), vuoi come parametro di valutazione del regolamento contrattuale (ex art. 1366 c.c.).

Sebbene parte della dottrina³³⁷ ritenga opportuno separare, almeno da un punto di vista logico, i due concetti, non si può non riconoscere gli stretti punti di contatto.

Tale collegamento fu inizialmente suggerito da Rescigno nel 1965³³⁸.

Il ragionamento muoveva da talune considerazioni preliminari. Si osservava, innanzitutto, l'attitudine della fattispecie dell'abuso di diritto a fuoriuscire dal ristretto ambito applicativo, (quello degli atti emulativi ex art. 833 c.c.) a cui era stata rilegata in considerazione delle preoccupazioni espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza del tempo verso l'utilizzazione delle clausole generali. L'intensificarsi dei rapporti di massa,

³³⁵ Così la fattispecie dell'abuso di diritto è definita da M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa*, cit., p. 332.

³³⁶ Afferma la Suprema Corte: “*la consapevolezza dell'approfittamento in capo a chi abusa avvantaggiandosi della situazione data (o venutasi a creare nel corso del rapporto) non ammonta necessariamente ad un animus nocendi cioè al dolo specifico, all'uopo bastando la mera consapevolezza di ledere, con la propria condotta (esercizio di un diritto soggettivo, diritto potestativo o facoltà) l'interesse della controparte.* (Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 231 ss.).

³³⁷ in questo senso G. D'AMICO, *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, (a cura di) S. Pagliantini, Torino, 2010, p. 6 (testo e nota 8) e p. 9 ss., il quale distingue due questioni preliminari: da un lato, quella del rapporto tra la figura generale dell'abuso del diritto rispetto a quella, innovativa e più specifica, dell'abuso della libertà contrattuale; dall'altro lato, quella della distinzione tra abuso del diritto e la clausola generale di correttezza e buona fede. L'Autore ritiene che si possa distinguere la buona fede dall'abuso poiché i due criteri operano su piani diversi, richiamando “*quale punto di emersione del divieto di abuso del diritto*”, oltre al tradizionale richiamo all'art. 833 c.c., anche l'art. 1175 c.c. “*laddove assoggetta al principio di <<correttezza>>, l'agire del creditore (oltre che del debitore).* L'Autore ritiene invece la figura dell'abuso della libertà contrattuale un “*inutile doppione*” dell'abuso del diritto.

³³⁸ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv dir. civ.*, I, 1965.

poi, mostrava tutta la debolezza della tutela offerta dalle norme codicistiche, facendo emergere l'esigenza per il diritto di apprestare strumenti di reazione efficaci e affidabili per coloro i quali agivano sul mercato, primo fra tutti, l'allora cliente finale, oggi noto come consumatore.

Ebbene, l'Autore, sottolineando la potenzialità delle clausole generali, in specie quella di correttezza e buona fede, giunge ad individuare proprio nella loro utilizzazione lo strumento più idoneo a rispondere alle nuove esigenze di tutela che l'apertura dei mercati avevano portato.

Egli, per l'appunto, suggeriva di muovere dalle norme dettate nel codice per la correttezza e la buona fede, ossia di risolvere il problema dell'abuso dell'autonomia contrattuale da parte del contraente forte a partire da quei "*parametri della condotta che nel rapporto obbligatorio viene imposta al creditore come al debitore, nel segno del rispetto della sfera giuridica di ciascuno dei soggetti*"³³⁹.

Così aperta la strada, il ragionamento dottrinale è lungo questo sentiero continuato, gradualmente connotando la clausola di buona fede quale parametro di valutazione della libertà riconosciuta dall'ordinamento a ciascuna parte contraente.

Ecco, quindi, il punto di contatto a cui poc'anzi si accennava tra la clausola generale di buona fede, come obbligo comportamentale, e il divieto di abusare della propria libertà contrattuale a danno di quella altrui: la regola di comportamento si trasforma in regola di validità, sul presupposto che l'abuso della libertà contrattuale altro non sia se non il comportamento scorretto di una parte la quale comprime ingiustamente la libertà dell'altra, mediante un utilizzo sproporzionato della propria.

Qui ora il passaggio più delicato. Ebbene, definendo la correttezza quale parametro di valutazione della libertà contrattuale, il baricentro del vaglio circa il corretto esercizio di tale libertà si sposta dall'atto in sé considerato (meritevole e/o illecito) al comportamento delle parti nell'esecuzione del contratto, dovendo quindi essere parametrato sull'insieme di atti volti all'adempimento delle obbligazioni dedotte nel rapporto, ossia atti che, una volta uniti da uno scopo comune, l'adempimento, diventano perciò stesso attività. Allora, lo stesso canone valutativo del comportamento deve essere commisurato all'attività di

³³⁹ Così, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (una significativa rimediazione delle Sezioni unite)*, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 745 ss.

impresa, così come giuridicamente qualificata dagli elementi costitutivi indicati dall'art. 2082 c.c.³⁴⁰.

L'attività di impresa e l'atto, il contratto di impresa, che è di questa espressione, si influenzano vicendevolmente. Il contratto, afferma autorevole dottrina, è sia “*strumento creativo di un rapporto tra le parti*”, sia “*momento dell'attività di mercato dell'impresa*”³⁴¹. Sicché riconoscere l'apertura dell'analisi alla dimensione dell'attività, significa portare il contratto d'impresa nella stessa dimensione organizzata che di quella è propria: il profilo organizzativo e quello economico convivono nella predisposizione del regolamento contrattuale, sino a diventare un contesto inscindibile, poliedrico e globale³⁴², qual è per l'appunto, quello proprio dell'impresa ai sensi dell'art. 2082 c.c.³⁴³. Tale “*contesto reagisce sul contenuto*” del contratto di impresa, fin tanto da inciderlo “*anche nel suo aspetto più tipico, relativo alla determinazione dei termini, e perciò della misura, dello scambio affidata non alla volontà delle parti ma al funzionamento del meccanismo del mercato*”³⁴⁴.

La contrattazione di impresa, allora, non è altro se non il frutto dell'autonomia contrattuale che proviene dall'esercizio dell'attività organizzata di impresa, derivandone così il suo esser incisa dalle regole di mercato.

Ed allora, quale criterio migliore, se non quella della “*logica del mercato*”, è capace di individuare “*l'essenza della buona fede quale limite specifico dell'autonomia contrattuale dell'imprenditore*”³⁴⁵.

³⁴⁰ Sul punto, M. BIANCHINI, op. cit., p. 344, il quale afferma: “*gli strumenti normativi costituiti dalle clausole generali assomigliano a <<giunti flessibili>> tra norma e prassi, tra diritto e realtà socio-economica, le quali, nel caso specifico della contrattazione d'impresa, rendono tra l'altro possibile un comune approccio assiologico tra atto e attività: esse permettono cioè l'adozione di una prospettiva omogenea, tralasciata sulla base del riconoscimento di una valenza metaindividuale degli interessi economico-patrimoniali che si confrontano sul mercato e che si incarnano poi nei singoli rapporti di mercato, i quali pertanto risultano sempre più spesso destinatari di varie misure (normative e regolamentari) di regolazione eteronoma*”.

³⁴¹ G. OPPO, *Contratto e mercato*, in *Scritti giuridici*, VII, Padova, 2005, p. 196.

³⁴² L'impresa è definita quale figura poliedrica da A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 7; è invece descritta in termini di “*realtà globale*” da G. OPPO, *Realtà giuridica dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 591 ss.

³⁴³ Cfr. M. BIANCHINI, *La contrattazione di impresa*, cit., p.343; C. ANGELICI, *La contrattazione di impresa*, cit., p. 190 ss.; L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., 29 e 264-265.

³⁴⁴ Così, L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., p. 274.

³⁴⁵ P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Global law v. Local law – Problemi della globalizzazione giuridica*, (a cura di) C. Amato, G. Ponzanelli, Torino, 2006, p. 71-72.

I parametri di valutazione della condotta delle parti vanno quindi attenti direttamente dal mercato, o per meglio dire dai mercati di volta in volta rilevanti avuto riguardo al tipo di attività della parte coinvolta nell'operazione economica. Sicché, tali parametri non si esauriscono nella clausola generale di buona fede e correttezza, ricomprendendovi anche, ad esempio, quello della diligenza professionale, dell'adeguatezza, del conflitto di interessi e della trasparenza³⁴⁶.

Riprendendo così il pensiero svolto nel precedente paragrafo (3.2), in conclusione può affermarsi che, in un'ottica che inserisca l'atto, ossia il rapporto contrattuale, nel contesto dell'attività, giuridicamente qualificata ex art. 2082 c.c. come realtà economica, organizzata ed esercitata professionalmente nel mercato, la clausola di buona fede, nonché il connesso concetto di abuso del diritto, operano come limiti di utilità sociale alla libertà di iniziativa economica. Più precisamente, questi operano quali limiti esterni alla libertà di impresa, per ciò riferibili all'art. 41, Cost. e non già, ai principi solidaristici di cui all'art. 2 Cost., calibrandosi sulle caratteristiche stesse dell'impresa, sugli elementi oggettivi del mercato rilevante e sui ruoli socio-economici tipici ricoperti dalle parti³⁴⁷.

³⁴⁶ Cfr. M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa*, cit., p. 346; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 535 e 537.

³⁴⁷ In questo senso, P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Global law v. Local law – Problemi della globalizzazione giuridica*, (a cura di) C. Amato, G. Ponzanelli, Torino, 2006, p. 71 ss., il quale afferma: “*la connotazione solidaristica della buona fede contrattuale, per quanto possa essere condivisibile in sé, rischia di essere fuorviante, in quanto si caratterizza per la (consapevole) implicazione di valori non patrimoniali, estranei o addirittura incompatibili con la logica del mercato: ed è quest'ultima, invece, che individua l'essenza della buona fede in quanto limite specifico dell'autonomia contrattuale dell'imprenditore*”. Tale logica di mercato a cui l'autonomia contrattuale d'impresa deve uniformarsi è poi dall'Autore indentificata non già “*in un dato della realtà socio-economica, bensì in un dato della realtà normativa. In altri termini, la buona fede non è costituita né dalla deontologia professionale, né dalla prassi sociale, né, ancora, dalla valutazione etica dei comportamenti imprenditoriali che si rinviene nella coscienza sociale: essa è costituita invece dai principi generali inderogabili dell'ordinamento giuridico in materia di attività economiche e di buon funzionamento del mercato*”.

4 BIBLIOGRAFIA

Dottrina

AA.VV., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato* (Atti del Convegno di Studi di Siena del 22-24 settembre 2004), (a cura di) P. Sirena, Milano, 2006.

ALCARO F., *La categoria dell'attività: profili ricostruttivi (Atti e attività. L'attività d'impresa, in Riv. crit. dir. priv., 1995.*

ALPA G., *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale, in Contratti, 2001.*

ALPA G., voce <<Contratti di massa (profili generali)>>, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1997.

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

ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa, Milano, 1962.*

ASCARELLI T., *Teoria dei beni immateriali – Istituzioni di diritto industriale, Milano, 1960.*

ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore, in Proc. civ., 1954.*

AULETTA G., *Scritti giuridici, vol. VIII, Milano, 2001.*

AULETTA G., voce <<Attività (dir. priv.)>>, in *Enc. dir.*, v. III, 1958.

AULETTA G., *Un saggio di economia del diritto, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1980.*

BARBA V., *L'obbligo di consegnare beni conformi al contratto, in Aspetti della vendita di beni di consumo, (a cura di) F. Addis, Milano, 2003.*

- BARBERO D., *Il contratto tipo nel diritto italiano*, Milano, 1935.
- BARCELLONA P., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996.
- BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006.
- BIANCA C.M., *Acontrattualità dei contratti di massa?* in *Vita not.*, 2001.
- BIANCA C. M., *Diritto civile.3. Il contratto*, Milano, 2000.
- BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1983.
- BIANCHINI M., *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profilo storico-evolutivi)*, Torino, 2011.
- BIANCHINI M., *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili ricostruttivi) – Parte seconda*, Torino, 2013.
- BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2009.
- BOLAFFIO L., *Disposizioni generali: Degli atti di commercio; Dei commercianti; Dei libri di commercio*, Torino, 1914.
- BRADACH J.L., ECCLES R. G., *Price, authority and trust: from ideal types to plural forms*, in *Annual review of sociology*, 1989.
- BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000.
- BUONOCORE V., *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1995.
- BUONOCORE V., *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, I, 2007.
- BUONOCORE V., *I contratti d'impresa*, in *Contratti d'impresa*, (a cura di) V. Buonocore, A. Luminoso, Milano, 1993.

- BUONOCORE V., *Iniziativa economica privata e impresa*, in *Cinquanta anni della Corte Costituzionale*, vol. 16, Napoli, 2006.
- BUONOCORE V., voce <<*Impresa (dir. priv.)*>>, in *Enc. dir.*, Annali, vol. I, 2007.
- CAGNASSO O., COTTINO G., *Contratti commerciali*, in *Trattato di diritto commerciale*, (diretto da) G. Cottino, vol. IX, Padova, 2009.
- CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *Reti di imprese e contratto di rete: spunti per un dibattito*, (a cura di) F. Macario, C. Scognamiglio, in *I contratti*, X, 2009.
- CAFAGGI F., *Il contratto di rete nella prassi. Prime riflessioni*, in *Contratti*, 2011.
- CAFAGGI F., *Introduzione*, in *Contratto di rete. Comm.*, Bologna, 2009.
- CALICETI P., *Brevi note in tema di patronage*, in *Giur. it.*, I, 1996.
- CAMILLETTI F., *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004.
- CAPO G., *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Milano, 2001.
- CARINGELLA F., *Studi di Diritto Civile*, II, Milano 2007.
- CASANOVA M., voce <<*Atti di commercio*>>, in *Digesto, IV ed. – Discipline privatistiche – Sez. Commerciale*, vol. I, Torino, 1987.
- CASO R., PARDOLESI R., *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?* in *Riv. dir. priv.*, 1998.
- CASTRONOVO C., *Diritto privato generale e diritti secondi: la ripresa di un tema*, in *Diritto Civile e diritti speciali – Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, (a cura di) A. Plaia, Milano, 2008.
- CATRICALA' A., PIGNALOSA M.P., *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013.

- CHESSA C., *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2006.
- CIAN G., *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004.
- CIAN G., *Diritto civile e commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1974.
- COASE R., *The nature of the firm*, in *Economica*, 4, 1937.
- COLLINS H., *Introduction: the research agenda of implicit dimension of contracts*, in *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts*, (a cura di) D. Campbell, H. Collins, J. Wightman, Oxford-Portland, 2003.
- CORAPI D., voce <<*Impresa*>>, in *Enc. dir. - Annali*, vol. I, 2007.
- COSTANZA M., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987.
- COVIELLO L., voce <<*Contratto preliminare*>>, in *Enc. giur. it.*, v. III, parte III, sez. II, Milano, 1902.
- D'AMICO E., *Motivazioni, dinamismo ambientale e reti tra imprese*, in *Reti di imprese, scenari economici e giuridici*, (a cura di) A. Lopes, F. Macario, P. Mastroberardino, Torino, 2007.
- D'AMICO G., *Il c.d. "terzo contratto": la formazione*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, (a cura di) V. Cuffaro, Milano, 2008.
- D'AMICO G., *La formazione del contratto*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.
- D'AMICO, *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, (a cura di) S. Pagliantini, Torino, 2010
- D'ANGELO A., *Il contratto in generale. La buona fede*, Torino, 2004.
- DALMARTELLO A., *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962

- DALMARTELLO A., voce <<Contratti d'impresa>>, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. IX, Roma, 1988.
- DI AMATO A., *L'interpretazione dei contratti d'impresa*, Napoli, 1999.
- DI CIOMMO F., *Il franchising e gli altri contratti di distribuzione*, in *L'affiliazione commerciale*, (a cura di) V. Cuffaro, Torino, 2005.
- DI LORENZO G., *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009.
- DI MAJO A., *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, in *Dir. e form.*, 2002.
- DI SABATO D., *Contratti dei consumatori e contratti di impresa*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1995.
- DE CRISTOFARO G., *La vendita dei beni di consumo*, in *I contratti dei consumatori*, II, (a cura di) E. Gabrielli, E. Minervini, Torino, 2005.
- DRAETTA U., *Il diritto dei contratti internazionali: la patologia dei contratti*, Padova, 1988.
- DRAETTA U., *Les clauses de force majeure et de hardship dans les contrats internationaux*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2001.
- FABBIO P., *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006.
- FARINA V., *Il franchising: profili rimediali e rinegoziazione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, II, 2011.
- FERRI G., *L'impresa nel sistema del progetto del codice di commercio*, in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990.
- FERRI G., voce <<Diritto commerciale>>, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1946.
- FERRI, voce <<Concorrenza>>, in *Enc. Dir.*, vol. VIII, Milano, 1961.
- FERRO LUZZI P., *I contratti associativi*, Milano, 1971.

- FERRO LUZZI P., *Lezioni di diritto bancario*, Torino, 1995.
- FICI A., *Il contratto di franchising*, Napoli, 2012.
- FICI A., *La qualificazione del contratto di franchising*, in *Riv. dir. priv.*, I, 2009.
- FONTAINE M., DE LY F., *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Bruylant, 2003.
- FRANCO R., *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010.
- FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1999.
- FRIGNANI A., *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192 del 1998: problemi di diritto sostanziale*, in *I Contratti*, 1999.
- FRIGNANI A., *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and Carry, Merchandising*, Torino, 1991.
- GABRIELLI G., *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1997.
- GALGANO F., *Commento sub art. 41, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) G. Branca, Bologna-Roma, 1982.
- GALGANO F., *I contratti d'impresa; i titoli di credito; il fallimento*, Bologna, 1980.
- GALGANO F., *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario d'impresa*, in *Contr. impr. Eur.*, 1997.
- GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997.
- GALLO P., *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazione del contratto*, Torino, 2014.
- GAMBINO F., voce <<Rinegoziazione (dir. civ.)>>, in *Enc. giur. Treccani*, XV, 2006.

- GARDELLA TEDESCHI B., *Gentlemen's agreement*, in *Riv. dir. civ.*, 1990.
- GATTI S., *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1963.
- GENTILI A., *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004.
- GRAZIUSO E., *I nuovi contratti del turismo*, Milano, 2011.
- GUERINONI E., *I contratti del consumatore*, Torino, 2011.
- GUGLIELMETTI G., *I contratti normativi*, Padova, 1969.
- G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in G. Guizzi, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, Milano, 2010.
- GUZZARDI G., *Note preliminari allo studio del contratto di rete*, in *Contr. e impr.*, II, 2013.
- HOLTZMAN E.G., *Arbitration in Long-Term Transaction*, in *International Commercial Arbitration. Documents and Collected Papers*, (a cura di) Schimthoff, New York, British Institute of International and Comparative Law, London, 1975.
- IAMICELLI P., *Le reti di imprese: modelli contrattuali di coordinamento*, in *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, (a cura di) F. Cafaggi, Bologna, 2004.
- IANNELLI D., *L'impresa*, in *Giur. sist. civ. comm. Bigiavi*, Torino, 1987.
- IRTI N., "È vero, ma..." (replica a Giorgio Oppo), in *Riv. dir. civ.*, I, 1999.
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004.
- IRTI N., *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000.
- IRTI N., *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998.
- IUDICA G., *Sette questioni in tema d'appalto*, Milano, 2016.
- LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003.

- LIBERTINI M., *Il ruolo della causa negoziale nei contratti di impresa*, in *Jus*, II, 2009.
- LUMINOSO A., *I contratti dell'imprenditore*, in AA. VV., *Manuale di diritto commerciale*, (a cura di) V. Buonocore, Torino, 2009.
- LUMINOSO A., *La compravendita*, Torino, 2015.
- MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.
- MACARIO F., *Il "contratto" e la "rete": brevi note sul riduzionismo legislativo*, in *Reti di impresa e contratto di rete: spunti per un dibattito*, (a cura di) F. Macario, C. Scognamiglio, in *I contratti*, X, 2009.
- MAFFEIS D., *Abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura*, (a cura di) G. De Nova, Milano, 1998.
- MAJELLO U., *Considerazioni in tema di condizioni generali di contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1986.
- MARASCO P., *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, II, 2005
- MARINI G., *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986.
- MASKOW D., *Hardship and Force Majorure*, in *The American Journal of Comparative Law*, v. 40, 1992.
- MAUGERI M., *Abuso di dipendenza economica ed autonomia privata*, Milano, 2003.
- MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 1997.

- MENGONI L., *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”*, in *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, (a cura di) C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011.
- MESSINEO M., *Il contratto in genere*, Milano, 1961.
- MILELLA M., *Rapporti tra imprese e contratto di rete*, in *I contratti*, VII, 2009.
- MONATERI P.G., *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005.
- MONTAGNANI C., *Le garanzie prese sul serio: cortesia, pratiche generali interpretative e controlli nelle lettere di patronage*, nota a *Trib. Rom.*, 18 luglio 1985, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, II, 1986.
- MONTICELLI S., PORCELLI G., *I contratti dell'impresa*, Torino, 2013.
- MUSIO A., *La buona fede nei contratti dei consumatori*, Napoli, 2001.
- NANNI L., *La clausola generale di buona fede*, in *Clausole e principi generali sull'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998.
- NATOLI R., *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, Napoli, 2004.
- NAVARRETTA E., *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, V, 2005.
- NEBBIA P., *La subfornitura industriale*, in *I contratti di somministrazione e distribuzione*, (a cura di) R. Bocchino e A. M. Gambino, in *Trattato dei contratti*, (diretto da) P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2011
- NUZZO V., *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, vol. III, Napoli, 1982.
- ORLANDI M., *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in *Il terzo contratto*, (a cura di) G. Gitti, G. Villa, Bologna, 2008.

- OPPO G., *Categorie contrattuali e statuto del rapporto obbligatorio*, in Atti del Convegno di Studi per il cinquantenario della Rivista di diritto civile (Treviso, 23-25 marzo 2006), in *Riv. dir. civ.*, I, 2006.
- OPPO G., *Disumanizzazione del contratto?* in *Riv. dir. civ.*, I, 1998.
- OPPO G., *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Scritti giuridici, vol. VII: Vario diritto*, Padova, 2005.
- OPPO G., *L'iniziativa economica* (1988), in *Scritti giuridici, vol. I: Diritto dell'impresa*, Padova, 1992.
- OPPO G., *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, in *Scritti giuridici, vol. VI*, 2000.
- OPPO G., *Lo <<squilibrio>> contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1999.
- OPPO G., *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1995.
- OPPO G., *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1976.
- ORLANDI M., *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in *Il terzo contratto*, (a cura di) G. Gitti, G. Villa, Bologna, 2008.
- PARDOLESI R., *Prefazione a Colangelo, L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004.
- PATTI S., *I contratti di impresa: caratteristiche e disciplina*, in *Obblig. e contr.*, 2010.
- PERLINGIERI P., *La contrattazione tra imprese, Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.
- PERLINGIERI P., *Relazione conclusiva*, in *Diritto privato comunitario*, II, Napoli, 2008.
- PETRAZZINI B., *Patronage e fideiussione: una massima da precisare*, commento a *Cass. civ.*, 26 gennaio 2010, n. 1520, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2010.

- PROSPERI F., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, III, 1993.
- PORTALE G.B., *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Riv. soc.*, 2008.
- POSNER R.A., *Economic Analysis of Law*, New York, 2007.
- PRADO M.C.A., *La théorie du hardship dans les Principes Unidroit relatif aux contrat du commerce international. Un approche comparative des principe set les solution adoptées par le droit français et par le droit américain*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1997
- RENNA L., *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contratto e impresa*, II, 2013.
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv dir. civ.*, I, 1965.
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione delle Sezioni unite)*, in *Corr. Giur.*, 2008.
- RESCIGNO P., *L'autonomia dei privati*, in *Persona e comunità – Scritti giuridici*, vol. II, Padova, 1988.
- RICCIO A., *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1998.
- RIMKE J., *Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, in *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer, 1999-2000.
- RIVOLTA G.M., *Gli atti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1994.

- RODOTA' S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967.
- RODOTA' S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, rist. 2004.
- RONDINONE N., *L' <<attività>> nel Codice civile*, Milano, 2001.
- ROPPO V., *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975.
- ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in AA. VV., *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, (a cura di) S. Mazzamuto, Torino, 2002.
- ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, (a cura di) G. iudica e P. Zatti, Milano, 2001.
- ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2011.
- ROSSI CARLEO L., *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004.
- RUSSO E., *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, "terzo contratto"*, in *Contr. e impr.*, v. 1, 2009.
- SAMBUCCI L., *Il contratto dell'impresa*, Milano, 2002.
- SANTINI G., *Commercio e servizi – Due saggi di economia del diritto*, Bologna, 1988.
- SACCO R., G. DE NOVA, *Il contratto, I*, in *Trattato di diritto civile* (a cura di) R. Sacco, Torino, 2004.
- SCONAMIGLIO C., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950.
- SEGNI M., *La "lettre de patronage" come garanzia personale impropria*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1975.
- SHMITTHOFF C.M., *Hardship and intervent clause*, in *Journal of Business Law*, 1988.

- SICCHIERO V., *La rinegoziazione*, in *Contr. Impr.*, II, 2002.
- SINZHEIMER L., *Der korporative Arbeitsnormenvertrag*, vol. I, Lipsia, 1907.
- SIRENA P., *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Global law v. Local law – Problemi della globalizzazione giuridica*, (a cura di) C. Amato, G. Ponzanelli, Torino, 2006.
- SOLDATI N., *Le lettere di patronage nella prassi bancaria*, in *Ventiquattrore avvocato*, IX, 2008.
- SPADA P., *Diritto commerciale – II. Elementi*, Padova, 2009.
- TERRANOVA G., *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1995.
- TOFFOLETTO A., *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996.
- ULLMAN H., *Enforcement of Hardship Clauses in the French and American Legal Systems*, in *California Western International Law Journal*, v. 19, 1988.
- VANONI S., *Lettere di patronage deboli e responsabilità del patronnant*, in *Banca e Borsa*, 1994.
- VASSALLI F., *Estrastatualità del diritto civile*, in *Scritti giuridici*, vol. III, t. II, Milano, 1960.
- VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, I, 2000.
- VETTORI G., *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Remedies in Contract – The Common Rules for a European Law*, (a cura di) G. Vettori, Padova, 2008.
- VILLA G., *Invalidità e contratto tra imprenditori*, in *Il terzo contratto*, (a cura di) G. Gitti, G. Villa, Bologna, 2008.

ZENO ZENCOVICH V., *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra “contratti commerciali” e “contratti dei consumatori”*, in *Giur. it.*, IV, 1993.

ZOPPINI A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratto di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008.

ZUCCARO D., *La forma del contratto di subfornitura tra finalità di protezione ed esigenze di certezza*, in *Riv. dir. priv.*, III, 2012.

Giurisprudenza di merito

Trib. Roma, 6 febbraio 1960, in *Temi rom.*, 1960, 545.

Trib. Pescara, 24 gennaio 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 613.

Trib. Roma, 12 febbraio 1999, in *Nuovo dir.*, 1999, 1035.

Trib. Bari, 2 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3208.

Trib. Milano, 28 febbraio 2002, in *Giurisprudenza milanese*, 2002, 273.

Trib. Roma, 16 agosto 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3207.

Trib. L’Aquila, 13 dicembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 1275 ss.

Trib. Taranto, 17 settembre 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 3440.

Trib. Taranto, 22 dicembre 2003, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 262 ss.

Trib. Catania, 5 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 262 ss.

Trib. Bari, 11 ottobre 2004, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 651 ss.

Trib. Roma, 5 novembre 2004, in *Foro it.*, 2003, I, 3440.

Trib. Trieste, 20 settembre 2006, in *Corr. Mer.*, 207, 178 ss.

Trib. Roma, 5 febbraio 2008, in *Giur. It.*, 2009, 108 ss.

Trib. Parma, 15 ottobre 2008, in *Obbl. contr.*, 2009, 77 ss.

Giurisprudenza di legittimità

Cass., 16 marzo 1984, n. 1818, in *Mass. Foro it.*, 1984, fasc. 3-4.

Cass., 14 febbraio 1986, n. 873, in *Giur. it.* 1987, I, 1, 282.

Cass., 18 febbraio 1986, n. 960, in *Mass. Foro it.*, 1986, fasc. 2.

Cass., 6 dicembre 1988, n. 6630, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc.12.

Cass., 5 settembre 1991, n. 9374, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 86.

Cass., 29 maggio 1993 n. 6031, in *Foro it.*, 1993, I, p. 1794 ss.

Cass., 1 ottobre 1993, n. 9084, in *Foro it.*, I, 1825 ss.

Cass., 1 marzo 1995, n. 2347, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 489.

Cass., 27 settembre 1995, n.10235, in *Giur.it.*,1996, I, 1, 738.

Cass., 27 ottobre 1995, n. 10235, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 738.

Cass., 17 maggio 1996, n. 4570, in *Foro it.*, I, 1990 ss.

Cass., 18 novembre 1997, n. 11450, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1355.

Cass., 8 febbraio 1999, n. 1078, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 290.

Cass., 5 novembre 1999, n. 12310, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 2190.

Cass., 15 gennaio 2000, n. 426, in *Foro it.*, 2000, I, 1160.

Cass., 20 giugno 2000, n. 8378, in *Giustizia civile*, 2001, I, 1327.

Cass, 3 aprile 2001, n. 4888, in *Giur. it.*, 2001, 2254 con nota di A. M. Musy.

Cass., 25 settembre 2001, n. 11987, in *Studium juris*, 2002, 393.

Cass., 23 maggio 2002, n. 7543, in *Foro it.*, 2003, I, 557.

Cass., 16 ottobre 2002, n. 14726, in *Danno e resp. civ.*, 2003, 174.

Cass. 24 aprile 2003, n. 6516, in. *Giur. it.*, 2004, 515.

Cass., 16 luglio 2003, n. 11131, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 7-8.

Cass., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725 in *Il civilista*, 2009, 12, 13 con nota di M.

Minardi.

Cass. 29 febbraio 2008, n. 5733, in *Giust. civ. Mass. Mass*, 2008, 3, 347.

Cass. 26 settembre 2008, n. 24262, in *Foro it.*, 2008, 12, I, 3528 con nota di R.

Pardolesi.

Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, 1, I, p. 85.

Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 231 ss.

Cass. 20 agosto 2010, n. 18785, in *Giust. civ. Mass*, 2010, 9, 1201.

Cass., 25 maggio 2011, n. 11520, in *Mass. Giust. Civ.*, 2011, 5, 803.

Cass. 11 giugno 2012, n. 9492, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 774.

Cass., 26 novembre 2013, n. 26365, in *Rep. Foro it.*, 2013, 48.