

NUMERO 3 - 2015

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

GIOVANNI DORIA

Il contratto tra post-modernità e tradizione



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	430
LUIGI ROVELLI	
<i>Un primo inquadramento sistematico sul tema della responsabilità civile dei magistrati.</i>	433
GIOVANNI AMOROSO	
<i>Sul bilanciamento tra responsabilità civile dei giudici e garanzie costituzionali della giurisdizione: dubbi di legittimità costituzionale dell'eliminazione del filtro di ammissibilità della domanda risarcitoria</i>	455
GIOVANNI DORIA	
<i>Il contratto tra post-modernità e tradizione</i>	485
ANGELO FEDERICO	
<i>L'interesse alla trascrizione e la pubblicità dell'atto di destinazione</i>	515
STEFANIA PACCHI	
<i>La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE 848/2015</i>	537
FILIPPO SARTORI	
<i>Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito</i>	569
PAOLOEFISIO CORRIAS	
<i>Le aree di interferenza delle attività bancaria e assicurativa tra tutela dell'utente e esigenze di armonizzazione del mercato finanziario</i>	617
RICCARDO CAMPIONE	
<i>Il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti tra (preminente) interesse del minore e principio di intangibilità delle competenze «forti»</i>	641

Il contratto tra post-modernità e tradizione

Il saggio considera i differenti tentativi di ri-edificazione decostruttiva del contratto alla luce d'una breve analisi dei principali interventi legislativi (specie di derivazione europea) che hanno progressivamente toccato la nozione e la disciplina generale del contratto, e che vengono posti a fondamento di quei medesimi tentativi. L'autore evidenzia i limiti di carattere tecnico e gius-culturale delle anzidette impostazioni, profilando la diversa "via" della interiorizzazione dei vari interventi legislativi onde ricondurre l'attuale quadro della *multilevel governance* dei contratti nell'ambito dell'unità normo-sistematica del contratto come consegnataci dall'evoluzione storica degli istituti contrattuali avutasi nei principali paesi europei.

485

The essay examines the different attempts of deconstruction and subsequent reconstruction of the contract, in the light of a brief analysis of the main legislative measures (especially European) that have gradually affected the notion and the general concepts or discipline of the contract and that are laid at the foundation of those same attempts. The author highlights the technical limits and those of juridical culture of the above-mentioned approach, outlining the different "way" of the internalization of the various legislative initiatives, in order to bring unity to the current framework of multilevel governance of contracts under systematic contract rules, as delivered to us by the historical evolution of the law of contracts that occurred in the major European countries.

Sommario: 1. Tentativi di ri-edificazione decostruttiva e crisi dell'unità del contratto. – 2. La nozione di contratto tra prassi, normazione europea e codificazioni nazionali. – 3. Doveri di informazione di matrice europea ed art. 1337 c.c. – 4. Il recesso del consumatore e il recesso di "pentimento" nel codice civile. – 5. Le "nullità speciali" di derivazione europea e la disciplina codicistica della nullità. – 6. La garanzia di conformità al contratto e l'art. 1453 c.c. – 7. Il contratto quale luogo "naturale" di possibili condizioni di disparità. – 8. Le dinamiche del mercato globale e l'emersione di archetipi di disparità tipizzabili *a priori*. – 9. La riaffermazione dell'unità normo-sistematica del contratto nel solco della tradizione dei sistemi di *civil law*. – 10. I limiti propri ai vari tentativi decostruttivi. – 10.1. (*Segue*): le difficoltà di carattere tecnico. – 10.2. (*Segue*): le aporie gius-culturali. – 11. Spunti per una impostazione *integrativo-includente* nella prospettiva della codificazione del diritto europeo dei contratti.

1. - Tentativi di ri-edificazione decostruttiva e crisi dell'unità del contratto.

L'ultimo ventennio di produzione legislativa essenzialmente di fonte europea e internazionale, in uno ai tentativi di *draft* a vocazione normativa, ha moltiplicato, nella nostra letteratura gius-civilistica, i punti di vista sull'odierna dimensione giuridica del contratto ¹.

La larga parte delle impostazioni ed elaborazioni sul contratto, pur tra le diversità, è, tuttavia, contrassegnata dall'esigenza, più o meno sottile, e più o meno esplicitata, di trascendere l'unità del contratto di matrice codicistica, avviando un'opera di erezione a sistema delle norme e dei tentativi normativi specie di origine europea, e di scomposizione ri-costruttiva del contratto ², che ha, di fatto, inaugurato (o, per taluno, portato a compi-

Il presente scritto riprende, in parte, con il corredo delle note, la relazione presentata nella giornata di studi dal titolo "*Tradizione e innovazione nella teoria generale del contratto*" tenutasi a Roma in data 30 giugno 2015.

¹ G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, 141 ss.

² V. SCALISI, (nella selezione sistematica di saggi compendiata nel volume dal titolo) *Il contratto in trasformazione (invalidità ed inefficacia nella transizione al diritto europeo)*, Milano, 2011, 155 ss., 169 ss.; V. ROFFO, (nel complesso di saggi raccolti nel volume dal titolo) *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, 3^a ed., 65 ss., 91 ss.; *Id.*, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669 ss.; *Id.*, *Il contratto*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, 2^a ed., 847 ss., 867 ss.; G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 841 ss.; G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 27 ss., spec. 30 ss.; ed ancora, cfr. l'analisi di H.U. MICKLITZ, *Zur Notwendigkeit eines neuen Konzepts für die Fortentwicklung des Verbraucherrechts in der EU*, in

mento ³⁾ il tempo della crisi dell'unità del contratto ⁴⁾. E ciò, se vogliamo, secondo quella linea di pensiero che qualifica la nostra epoca come epoca della «post-modernità»; termine che, utilizzato sovente in ambiti tra loro molto distanti, sta a indicare che la stagione delle certezze è ineluttabilmente cessato, e che l'uomo è oramai chiamato a vivere in una prospettiva di completa assenza di unità ⁵⁾.

Le ipotesi costruttive che, anche attraverso l'uso di formule evocative, tendono, in misura maggiore o minore, a scomporre l'unità normo-sistemica del contratto, da elaborare prevalentemente per statuti basati sulla qualità dei contraenti, ovvero sulle diverse classi o blocchi di operazioni economiche, e fondati sull'assunzione di una generalizzata condizione di disparità delle parti, colgono, certo, singoli aspetti della possibile articolazione della disciplina dei contratti.

A ben vedere, però, gli interventi che, nell'ultimo ventennio di produzione legislativa, hanno attraversato, sul piano del diritto positivo, la disciplina generale del contratto, non (mi) sembrano poi davvero così estranei alla trama del diritto dei contratti di tradizione codicistica, dal segnare, irri-

VuR, 2003, 2 ss., 9; nonché le riflessioni svolte da C. WENDENHORST, *1811 and all that – das ABGB im Prozess europäischer Rechtsentwicklung*, in *Vienna Law Inauguration Lectures*, 2, 2010, 36 ss. Insiste, ora, sulla necessità di un'opera di decostruzione in chiave innovativa G. VETTORI, *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, 56; e già A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 370-373.

³ A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 774 ss., ora, in *Id.*, *Il diritto come discorso*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2013, 227 ss., 248 ss.

⁴ Sul tema, e per alcune notazioni, cfr. U. BRECCIA, *La parte generale tra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore. Atti del Convegno di Pisa 25-26 maggio 2007*, Milano, 2008, 11 ss.; G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in G. GITTI-G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, 9 ss.; ed anche C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eu. e dir. priv.*, 2006, 2, 397 ss.; N. LIPARI, *Crisi del contratto e crisi del diritto*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2004, 513-519; V. BUONOCORE, *Presentazione del Trattato*, in G. OPPER, *Principi*, in V. BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, I, 1, Torino, 2001, 4 ss., e P. POLLICE, *Appunti sulla parte generale del contratto*, Torino, 2014, 115 ss. Si veda, inoltre, l'analisi di C. JAMIN, *Quelles nouvelles crises du contrat?*, in C. JAMIN-D. MAZEAUD (a cura di), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, 2003, 8 ss.

⁵ J.-F. LYOTARD, *La Condition postmoderne: rapport sur le savoir*, Paris, 1979, 7 ss., nella trad. di C. FORMENTI, *La condizione postmoderna: rapporto sul sapere*, Milano, 2004, 2^a ed., 11 ss. Per una importante indagine di teoria generale del diritto, si veda lo studio di A.E. PÉREZ LUÑO, *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Sevilla, 2003, 15 ss.; e, ancora, cfr. l'analisi di B. EDGEWORTH, *Law, Modernity, Postmodernity: Legal Change in the Contracting State*, dove, peraltro, un puntuale esame delle diverse impostazioni dei teorici della postmodernità da Zygmunt Bauman a Scott Lash, da John Urry a David Harvey.

mediabilmente, un divario che vede, come via di approdo necessitata, l'elezione di nuovi ideal-tipi di contratto, e, da qui, la edificazione teorica di un macro-cosmo contrattuale connotato da pianeti contrattuali paralleli, in più punti intersecantesi ⁶.

2. - La nozione di contratto tra prassi, normazione europea e codificazioni nazionali.

La discussione può prendere avvio dalla stessa nozione di contratto emergente da una serie di interventi legislativi sorti a “valle” della costante e sempre più crescente complessità delle relazioni economico-interindividuali e dei sistemi di produzione ed erogazione di beni e servizi. Complessità rilevabile sul piano dei rapporti commerciali, bancari, finanziari ed assicurativi, tutti, correlativamente, connotati da sistemi di interessi particolarmente compositi ed articolati, e, come tali, insuscettibili di riconduzione entro i confini strutturali propri del tipo (legale o sociale). È sufficiente richiamare, qui, la ben nota figura del c.d. *project financing* ⁷; e, ancora, quella dei contratti c.d. *full* o *global service* costituenti, specie nel mercato nazionale, una specie del più generale fenomeno del contratto c.d. «chiavi in mano», presente nel settore della manutenzione di imponenti complessi immobiliari e, ora, anche e soprattutto in quello dei servizi ospedaliero-sanitari, anche in virtù delle prescrizioni, di fonte comunitaria, contenute nella norma UNI 10685, e delle disposizioni richiamate nelle leggi 23 dicembre 1998, n. 448 e 28 dicembre 2001, n. 448 ⁸. Si considerino,

⁶ Rileva, in proposito, G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, cit., 186, che il «contratto, appare uno strumento straordinario, buono per tutte le stagioni, e le regole che lo disciplinano non appaiono superate, perché la dottrina, seguita lentamente dalla giurisprudenza, ha saputo via via adeguarle alle nuove esigenze»; dello stesso avviso è G.B. FERRI, *Le stagioni del contratto e le idee di Guido Alpa*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 215 ss. Nella stessa linea argomentativa, cfr. N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 4; e, soprattutto, R. ZIMMERMANN, *Codification. The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, in *European Review of Contract Law*, 8, 2012, 377 ss., e S. AUGENHOFER, *Die Zukunft des Europäischen Verbraucherrechts und seine Bedeutung für die Weiterentwicklung des Vertrags- und Wettbewerbsrechts*, in *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, 2010, 1062 ss.

⁷ Per una analisi degli incerti accostamenti tipologici del *project financing* cfr. D. SCANO, *Project financing. Società e impresa*, Milano, 2006, 42 ss.

⁸ Sulle difficoltà qualificatorie che incontrano i contratti *full* o *global service*, cfr. R. BOCCHINI-A. GENOVESE, *Il contratto di outsourcing*, in R. BOCCHINI-A.M. GAMBINO (a cura di), *I*

inoltre, i *contratti di fornitura OEM (Original Equipment Manufacturer)*, nati dalla prassi del decentramento produttivo, attraverso cui un soggetto acquista prodotti, concepiti e progettati dal produttore – che li vende come propri, e con il proprio marchio –, inserendoli nella propria gamma di prodotti ed immettendoli nel mercato come propri⁹. Ed ancora, si pensi ai *contratti di trasferimento di tecnologie*¹⁰, al *leasing finanziario mobiliare*, al *leasing immobiliare*¹¹, e così via.

La ricognizione, per così dire, del “materiale negoziale” di queste, come di molte altre figure contrattuali, evidenzia che la complessiva ed ampia trama di interessi, costituita da frammenti corrispondenti ad intere sequenze tipologiche, trova composizione e sintesi in una funzione complessiva unitaria, tale, per ciò stesso, dal risultare più ampia rispetto al tipo. Si tratta, in altri termini, di contratti rivolti ad un risultato unitario; nel senso che le parti non hanno alcun interesse, sul piano economico e giuridico, alla realizzazione del risultato proprio dei singoli frammenti tipologici, se non in ragione dell’ottenimento di un risultato complessivo. E, rispetto a tale risultato, ciascun frammento tipologico costituisce una mera piastrina del mosaico; sicché la pluralità tipologica, ravvisabile attraverso una operazione di scomposizione, coglie esclusivi momenti del contratto, ma non il contratto nella sua interezza.

La corrispondente ricaduta normativa, riflessa in una serie di interventi legislativi (pur) inerenti alla disciplina di taluni, specifici fenomeni con-

contratti di somministrazione e di distribuzione, in P. RESCIGNO-E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2011, 152 ss.

⁹ In proposito, e per uno sguardo tipologico d'impronta (essenzialmente) dubitativa, cfr. A. FRIGNANI-M. TORSSELLO, *Il contratto internazionale: diritto comparato e prassi commerciale*, 2ª ed., in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2010, 552 ss.

¹⁰ La problematica riduzione tipologica dei contratti di trasferimento di tecnologie (e, segnatamente, del contratto di trasferimento di *know-how*) è stata, già da tempo, avvertita da P.G. MARCHETTI, *Nuove tendenze per una disciplina internazionale del know-how e degli scambi di tecnologia*, in P. VERRUCOLI (a cura di), *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale. Profili comparatistici*, Milano, 1978, 230 ss.; per alcune riflessioni, oggi, alla luce del Regolamento CE del 7 aprile 2004, n. 772, cfr. R. BIANCHI, *I regolamenti d'esenzione nel diritto europeo dei contratti: il caso degli accordi di trasferimento di tecnologia*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti*, cit., 731 ss., spec. 736 ss.

¹¹ Per una ampia panoramica delle difficoltà di inquadramento tipologico dei contratti di *leasing*, cfr. R. CLARIZIA, *I contratti di leasing*, in E. GABRIELLI-R. LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, in P. RESCIGNO-E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2011, 1601 ss.

trattuali, pone in evidenza che il contratto è assunto dalla legge in termini di complessivo ed unitario assetto di interessi tra le parti, indipendentemente dai limiti strutturali propri del tipo.

E così, in particolare, si consideri la disciplina di cui agli artt. 121 ss. d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*), relativa ai contratti di credito al consumo aventi ad oggetto l'acquisto di beni o la prestazione di servizi. La trama degli interessi delle parti, se pur suscettibile di scomposizione tipologica (vendita di beni tra fornitore e consumatore o appalto di servizi tra prestatore e consumatore; mutuo tra finanziatore e consumatore e una sorta di mandato di credito tra il fornitore o prestatore ed il finanziatore terzo), acquista un evidente significato unitario dal punto di vista economico e giuridico. Ed è proprio questa la prospettiva prescelta dalla legge sin dalla primigenia formulazione degli artt. 121 ss. d.lgs. n. 385 del 1993 (di attuazione, per il medio della l. 19 febbraio 1992, n. 142, della direttiva 87/102/CEE¹²), che, soprattutto qualora vi fosse un patto di esclusiva tra il fornitore ed il finanziatore – in virtù dell'art. 11, comma 2, della direttiva 87/102/CEE e dell'art. 125, comma 4, d.lgs. n. 385 del 1993, poi abrogato dall'art. 146, comma 1, lett. r), cod. cons., ma confluito nell'art. 42 del medesimo cod. cons. –, profilava l'esistenza di un unico contratto¹³, laddove, in particolare, accordava al consumatore, nel caso di inadempimento del fornitore (ed una volta che quest'ultimo fosse stato inutilmente costituito in mora), il diritto di agire nei confronti del finanziatore nei limiti del credito concessogli¹⁴. Prospettiva, questa, che ha trovato sostanziale conferma nella direttiva 2008/48/CE

¹² Sulle modalità di attuazione delle prime direttive sul credito al consumo, si vedano G. ALPA, *L'attuazione della direttiva sul credito al consumo*, in *Contr. e impr.*, 1994, 6 ss.; e G. DE NOVA, *L'attuazione in Italia delle direttive comunitarie sul credito al consumo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 905 ss.

¹³ In questa prospettiva, cfr., per alcune notazioni, R. CALVO, *I contratti del consumatore*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2005, 267 ss.

¹⁴ La Corte di Giustizia UE, nella decisione 23 aprile 2009, C-509/07 (in *Contratti*, 2009, 653), senza far alcun cenno circa la struttura contrattuale dell'operazione di credito al consumo, ha, tuttavia, evidenziato che la previsione concernente la sussistenza di un patto di esclusiva tra il fornitore ed il finanziatore, contenuta all'art. 11, comma 2, della direttiva 87/102/CEE, non è costitutiva di un limite normativo ai rimedi esercitabili dal consumatore nei riguardi del finanziatore, ma è volta solo a rafforzare la tutela giuridica di cui il consumatore avrebbe già potuto avvalersi, anche secondo il diritto nazionale.

del 23 aprile 2008 (recepita con d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, che ha sostituito gli artt. 121-126 d.lgs. n. 385 del 1993, abrogando, al contempo, gli artt. 40-42 cod. cons.¹⁵), dove, all'art. 3, lett. n), è previsto che la fornitura di beni o la prestazione di servizi, e il relativo finanziamento, possono costituire «*d'un point de vue objectif, une unité commerciale*» anche qualora il finanziatore sia un terzo, ove costui «*recourt aux services du fournisseur ou du prestataire pour la conclusion ou la préparation du contrat de crédit ou lorsque des biens particuliers ou la fourniture d'un service particulier sont mentionnés spécifiquement dans le contrat de crédit*»¹⁶.

Si pensi, ancora, alla disciplina inerente ad alcuni aspetti dei contratti aventi ad oggetto il godimento turnario di un bene immobile, in origine contenuta nel d.lgs. 9 novembre 1998, n. 427 (attuativo della direttiva 94/47/CE), poi confluita nel cod. cons., e, successivamente, abrogata e sostituita dalla direttiva 2008/122/CE, cui si è data attuazione con d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 che ha novellato l'intero titolo quarto, capo primo, cod. cons. In particolare, l'art. 8 d.lgs. n. 427 del 1998 (corrispondente all'art. 7, comma 1, direttiva 94/47/CE), e, oggi, l'art. 77, comma 2, cod. cons. (corrispondente all'art. 11, comma 2, direttiva 2008/122/CE), contemplano l'ipotesi della concessione di credito erogato dal venditore o da un terzo (in base ad un accordo tra il venditore ed il terzo) all'acquirente del diritto di godimento sul bene immobile. Anche in tal caso, si è in presenza di una trama di interessi delle parti senz'altro suscettibile di scomposizione tipologica (vendita tra venditore e acquirente; mutuo tra finanziatore e acquirente e una specie di mandato di credito tra il venditore ed il finanziatore), che presenta, però, un significato essenzialmente in termini unitari. Tant'è che il legislatore (comunitario e nazionale) dimostra di ravvisare un

¹⁵ È stato – non a caso – sottolineato che, in realtà, il recepimento dell'art. 3, lett. n), della direttiva 2008/48/CE, non sarebbe stato operato fedelmente dal legislatore italiano all'art. 121, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 385 del 1993: in tal senso, cfr. A. D'ADDA, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, in *Eu. e dir. priv.*, 2011, 743; ed anche G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *Contratti*, 2010, 1056; diversamente M.R. MAUGERI, *Cenni su alcuni profili della riforma del t.u.b. in materia di "credito ai consumatori"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 466 ss.

¹⁶ Si sottolinea, peraltro, e rettamente, che la disposizione non pone alcun limite all'ambito di rilevanza dell'unitarietà delle operazioni di credito al consumo: cfr., al riguardo, G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, cit., 1049; M.R. MAUGERI, *Cenni*, cit., 466-467.

unico contratto ¹⁷, prevedendo che il recesso, operato dall'acquirente relativamente all'acquisizione del godimento turnario, determina, automaticamente, la cessazione dei rapporti tra finanziatore ed acquirente medesimo.

Si consideri, inoltre, la direttiva 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso», cui si è data attuazione con d.lgs. 17 marzo 1995 n. 111, e la cui disciplina, dapprima confluita nel cod. cons., è, oggi, contenuta, con una serie di modifiche, nel già citato d.lgs. n. 79 del 2011. L'art. 2, n. 5, della direttiva 90/314/CEE definisce, infatti, il «contratto» come l'«accordo che lega il consumatore all'organizzatore e/o al venditore» avente ad oggetto il «servizio tutto compreso» (secondo la formula dell'art. 2, n. 1, direttiva 90/314/CEE) ovvero i «pacchetti turistici» (secondo la formulazione dell'art. 33 d.lgs. n. 79/2011), costituenti – sia ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva 90/314/CEE, che dell'art. 34, comma 1, d.lgs. n. 79 del 2011 –, la «combinazione (...) di almeno due dei seguenti elementi (...): a) trasporto; b) alloggio; c) servizi turistici non accessori al trasporto o all'alloggio (...)» ¹⁸.

La nozione di contratto che emerge dai richiamati interventi legislativi, richiama, dunque, all'accordo avente ad oggetto un rapporto giuridico di natura patrimoniale che, pur laddove connotato da intere sequenze proprie di diversi e differenti tipi contrattuali, non perde la propria unità strutturale qualora sia dato ravvisare una trama unitaria degli interessi delle parti e, in questa prospettiva, sia identificabile una funzione complessiva unitaria (trascendente i tipi eventualmente ravvisabili).

Questa nozione di contratto è, però, ed a ben vedere, null'altro se non la nozione di contratto propria del nostro ordinamento nazionale; così come corrisponde alla nozione di *contract* posta all'art. 1101 del *Code civil* ¹⁹ ed a

¹⁷ In proposito, e per alcuni spunti, cfr. Trib. Bologna, 16 novembre 2011, in *Riv. it. dir. tur.*, 2012, 101 ss., con commento di G. CASCELLA, *Multiproprietà, collegamento negoziale ed effetti reciproci delle vicende contrattuali*.

¹⁸ R. CIPPITANI, *I contratti e le obbligazioni*, in A. PALAZZO-A. SASSO-R. CIPPITANI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, 143.

¹⁹ J. GHESTIN, *Le contrat en tant qu'échange économique*, in *Rev. d'économie industrielle*, 2000, 81 ss., spec. 85 ss.

quella di *Vertrag*, ritratta dal “ceppo” del *Rechtsgeschäft*, ed assunta, comunemente, in termini di «dichiarazione di volontà di due o più parti»²⁰.

Il contratto, infatti, come concetto normativo risultante dalla definizione di cui all'art. 1321 c.c. ed all'art. 1101 del *Code civil*, nonché dalla nozione di *Vertrag* assunta nel diritto tedesco, non presenta (non può presentare) i confini (e, conseguentemente, i limiti) strutturali propri del tipo, ma si modella in relazione al concreto atteggiarsi dell'intero rapporto che le parti hanno inteso costituire, regolare o estinguere²¹. E ciò perché il tipo, i tipi contrattuali sono null'altro che la prefigurazione, da parte della legge, del possibile manifestarsi dell'autonomia privata, rilevabile dall'opera di semplificazione, storicamente considerata, di rapporti interindividuali basati, essenzialmente, su trame di interessi (o affari) semplici, suscettibili di semplificazione.

I limiti strutturali sono, dunque, del tipo (e, perciò, dello schema legale), non del contratto e, cioè, del paradigma gius-economico di una determinata attività pratica.

L'esigenza e, al contempo, la difficoltà della nostra giurisprudenza di recuperare l'unitarietà degli interessi delle parti a fronte della pluralità di strutture tipologiche, è, per ciò, figlia di una idea costituente un eccesso della mentalità tipizzante: l'idea, cioè, che il tipo contrattuale, quale traduzione normativa (operata della legge) della figura (astratta) di contratto, segna, necessariamente, e *sub specie iuris*, i confini strutturali dell'attività contrattuale. Con l'inevitabile conseguenza che ogni qual volta si oltrepasino i confini del tipo, lì occorrerebbe ravvisare un'altra e diversa struttura contrattuale; un altro e diverso contratto²². Da qui il timido tentativo – non solo dei nostri giudici, ma anche dalla maggior parte degli autori – di

²⁰ W. BOECKEN, *BGB-Allgemeiner Teil*, 2^a ed., Stuttgart, 2007, 170 ss.

²¹ A. CATAUDELLA, *I contratti*, 4^a ed., Torino, 2014, 222 ss.; cfr. anche R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA (a cura di), *Il contratto*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, 3^a ed., I, 87.

²² Non vi è dubbio che, in questa prospettiva, il tipo contrattuale, da criterio di conoscenza dell'attività contrattuale, strumentale alla identificazione di una serie (più o meno ampia) di regole proprie di un determinato rapporto, diviene e si pone quale monade strutturale; sicché la valutazione in senso tipologico della trama contrattuale, conduce alla identificazione di un tipo-unità strutturale, soggetto, nella sua “solitudine”, alla disciplina generale del contratto ed alle regole eventualmente predisposte per quel determinato tipo di contratto; al riguardo, cfr. i rilievi di L. BARCHIESI, *Il contenuto del contratto tra atto e rapporto*, Torino, 2005, 52 ss.

escludere senz'altro che la possibile sussistenza di differenti strutture tipologiche possa ostacolare una lettura in senso unitario del regolamento contrattuale, erigendo, però, l'unità della trama di interessi mediante la teorica del collegamento tra contratti strutturalmente autonomi, per modo che al regolamento complessivo, risultante dal collegamento, dovrebbe aversi riguardo in sede di disciplina del contratto ²³.

La nozione di contratto, in realtà, come pre-disposta nel nostro ordinamento nazionale, e quella tradizionalmente posta o elaborata negli altri ordinamenti nazionali di *civil law* – rispetto a cui gli interventi legislativi dianzi richiamati segnano, come detto, null'altro che una linea di continuità –, non sono affatto di ostacolo e, anzi, permettono affermare che, sul piano della valutazione giuridica delle manifestazioni di autonomia a contenuto patrimoniale, il contratto si profila ogni qual volta la trama complessiva degli interessi di due o più parti possa essere riguardata, sotto l'aspetto economico e giuridico, in senso unitario (o, meglio, non possa che essere riguardata se non in senso unitario).

Sicché, laddove sia rilevabile un unitario assetto di interessi tra due o più

²³ Limitatamente alle ipotesi considerate in precedenza nel testo, si vedano – con riguardo ai contratti di credito al consumo di cui agli artt. 121 ss. d.lgs. n. 385 del 1993 – G. OPPO, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1987, 13; G. FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, 607; F. MACARIO, *Il credito al consumo*, in E. GABRIELLI-E. MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, in P. RESCIGNO-E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2005, 544 ss.; e, in giurisprudenza, cfr. da ultimo, Cass. 29 settembre 2014, n. 20477, in www.iusexplorer.it/Dejure; analogamente, ed a seguito della direttiva 2008/48/CE (nonché del d.lgs. n. 141 del 2010), anche alla luce della definizione di «*contrat de crédit lié*» contenuta all'art. 3, lett. n), della citata direttiva, cfr. S. MAZZAMUTO-A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, 22; M.R. MAUGERI, *Cenni su alcuni profili della riforma del t.u.b. in materia di "credito ai consumatori"*, cit., 466 ss.; G. ROSSI, *La rilevanza del collegamento contrattuale nel credito al consumo*, in *Contr. e impr.*, 2010, 1432 ss.; R. VOLANTE, *I "contratti collegati" nella direttiva 2008/48/CE*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, Torino, 2009, 148 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 255; e, anche per una serie di notazioni critiche, A. D'ADDA, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore*, cit., 739. Con specifico riferimento, poi, alla disciplina di cui all'art. 8 d.lgs. n. 427 del 1998, cfr. G. DE NOVA, in G. DE NOVA-P. GIUGGIOLI-C. LEO, *La multiproprietà. D.lgs. 9 novembre 1998, n. 427*, Milano, 1999, 74 ss.; A. MUNARI, *Problemi giuridici della nuova disciplina della multiproprietà*, Padova, 1999, 134; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, 213 ss.; e, in relazione all'art. 77, comma 2, cod. cons. cfr. G. CASCELLA, *La nuova multiproprietà. Forme, disciplina e tutela del consumatore*, Padova, 2012, 206 ss.

parti suscettibile di valutazione economica, lì esiste un *unico contratto* (bilaterale o plurilaterale), e, pertanto, un unico rapporto contrattuale connotato da una funzione complessiva unitaria, al quale risulta applicabile, in linea di principio, la disciplina generale del contratto ²⁴.

3. - Doveri di informazione di matrice europea ed art. 1337 c.c.

Il *corpus* dei vari interventi legislativi che ha progressivamente toccato, poi, la disciplina generale del contratto, è caratterizzato da un apparato di regole che ha inciso, fondamentalmente, su quattro differenti aspetti: sull'ordinamento della fase pre-contrattuale, sulla regolazione del potere di scioglimento unilaterale del vincolo, sul regime della nullità e sul sistema dei rimedi nei contratti di alienazione ²⁵.

Il momento del «contatto» tra soggetti interessati alla conclusione del contratto è, in ordine logico, il primo contesto nel quale si è assistito, e si assiste alla massiccia tendenza della legge, soprattutto di derivazione europea, a fissare, se pur in ambiti tra di loro differenti, una serie di doveri di informazione a carico del professionista contraente ²⁶.

495

La proliferazione di regole e di criteri di informazione, posti a diversi livelli di normazione, esprime, invero – come è stato efficacemente osservato –, una sorta di diffidenza del legislatore circa «lo spontaneo adempimento del dovere di correttezza», che ha condotto all'esigenza di «tipizzare», di

²⁴ Non si intende, in questa linea, superare la nozione di tipo contrattuale, quanto, piuttosto, sottolineare che un determinato assetto di interessi tra le parti, pur se connotato da intere sequenze contrattuali tipiche (e, in questa prospettiva, sezionabile tipologicamente), può essere considerato un unico contratto nella misura in cui, dal punto di vista economico e giuridico, tale assetto di interessi si presenti unitario (e, dunque, sia identificabile una funzione complessiva unitaria). In proposito, cfr. ancora A. CATAUDELLA, *I contratti*, cit., 222 ss.

²⁵ P. SIRENA-Y. ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 363-364.

²⁶ V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti di impresa (autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato)*, Milano, 2006, 141 ss.; U. BRECCIA, *La parte generale tra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, cit., 41 ss.; L. DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali. I. La tutela del consumatore*, Milano, 2008, 49 ss.; S. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, 113 ss.; R. ALESSI, *I diritti del consumatore dopo la direttiva 2011/83/UE*, in A. ALESSI-S. MAZZARESE-S. MAZZAMUTO (a cura di), *Persona e diritto (giornate di studio in onore di Alfredo Galasso)*, Milano, 2013, 315 ss.

«standardizzare» schemi di condotta cui le parti devono obbligatoriamente attenersi durante la fase precontrattuale ²⁷.

La congerie di disposizioni poste a presidio di un retto svolgimento della fase dell'insorgenza del vincolo contrattuale costituisce, appunto, null'altro se non una specificazione del dovere di buona fede che percorre il momento formativo del contratto secondo la norma di cui all'art. 1337 c.c. L'art. 1337 c.c. esprime una *regula iuris* comprendente, infatti, anche il dovere di comunicare ogni elemento informativo atto ad incidere sull'economia del contratto nonché sul settore di mercato in cui esso opera ²⁸. Conclusione, questa, riaffermata, di recente, finanche con “piglio polemico”, dalla nostra giurisprudenza di legittimità ²⁹, evidenziandosi che l'obbligo di buona fede nel corso delle trattative può imporre, secondo le circostanze del caso, varie condotte, tra le quali informare la controparte su tutte le circostanze rilevanti, e relative all'affare; usare espressioni chiare ed intelligibili; non indurre la controparte a stipulare contratti inutili, invalidi, inefficaci o dannosi.

In questa stessa linea, la violazione dei singoli doveri di informazione durante la conclusione del contratto è violazione del precetto di cui all'art. 1337 c.c., che determina l'insorgere di responsabilità extracontrattuale in capo all'autore della condotta abusiva ³⁰. Assunto, quest'ultimo, ribadito dalle sezioni unite della Corte di Cassazione che hanno rettammente ricondotto la violazione degli obblighi informativi precontrattuali nella *sedes* della responsabilità, rilevando che la disposizione di cui all'art. 16, comma

²⁷ A. MUSIO, *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in *Comp. e dir. civ.*, 2010, 10.

²⁸ A. CATAUDELLA, *I contratti*, cit., 47.

²⁹ Cass. 24 aprile 2015, n. 8412, in www.iusexplorer.it/Dejure.

³⁰ S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, 460; A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977, 259 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, 2ª ed., Milano, 1999, 157 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 177 ss.; R. SACCO, *La preparazione del contratto*, 3ª ed., in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, X, 2, Torino, 2002, 510 ss. È questo, del resto, l'orientamento della Corte di giustizia dell'Unione Europea, espresso (in una ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative) nella decisione 17 settembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, 1321, e, da ultimo, della nostra Corte di Cassazione nelle decisioni del 26 febbraio 2013, n. 4802, in *Guida dir.*, 2013, 16, 50 ss., e del 20 marzo 2012, n. 4382, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1754. Per la diversa opzione costruttiva, peraltro prevalente nella nostra letteratura, cfr., in particolare, A. CATAUDELLA, *I contratti*, cit., 44 ss.; G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, 2ª ed., Padova, 2009, 317; ed ancora, C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, 325 ss.

4, d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190 attuativo della direttiva 2002/65/CE, oggi contenuto nell'art. 67-*septies decies*, comma 4, cod. cons., attraverso cui la legge commina la nullità dei contratti di prestazione a distanza dei servizi finanziari in tutti i casi in cui il fornitore violi i doveri di informativi precontrattuali (alterando significativamente la rappresentazione delle caratteristiche del servizio ³¹), costituisce una previsione «sistematicamente isolata nel nostro ordinamento», ed i cui «evidenti caratteri di specialità (...) non consentono di fondare su di essa nessuna affermazione di principio» ³².

4. - Il recesso del consumatore e il recesso di “pentimento” nel codice civile.

Trascorrendo dalla fase pre-contrattuale a quella successiva dell'insorgenza del vincolo, assume rilievo, fondamentalmente, il potere, disseminato dalla legge, e variamente accordato ad una delle parti, di recedere dal contratto entro un breve termine dalla conclusione dell'accordo, indipendentemente da qualsiasi presupposto giustificante la scelta del soggetto e l'esercizio del rimedio ³³.

Nonostante qualche opinione contraria – secondo cui tale disciplina inciderebbe sul principio di cui all'art. 1372, comma 1, c.c. ³⁴ –, può, anche qui, senz'altro affermarsi che le forme di diritto di recesso accordate dalla legge sono del tutto in linea con la norma posta all'art. 1373 c.c., dove è

³¹ Sul tema, cfr. F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, 67 ss.

³² Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Giust. civ.*, 2008, I, 1175 ss., con nota di G. NAPPI, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*; ed anche in *Foro it.*, 2008, c. 784, con nota di SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*. Al riguardo, cfr. anche G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 2, 104 ss.

³³ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., 29 ss.

³⁴ G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti. Appunti da una ricerca*, in G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994, 13.

testualmente previsto che ad una delle parti possa essere «attribuita la facoltà di recedere dal contratto»³⁵.

Nella nostra letteratura è stata, del resto, da oltre un trentennio, ben identificata la figura del recesso c.d. di pentimento – a fianco del recesso c.d. determinativo e del recesso c.d. di impugnazione³⁶ –, riconducendo, in quest’ambito, tutte quelle ipotesi in cui il recesso rappresenta lo strumento in grado di offrire al contraente la *chance* di ripensare alla bontà o alla convenienza della propria scelta gius-economica³⁷.

Il nostro codice civile del 1942 contempla, non a caso, una serie di ipotesi di recesso di “pentimento”. E così, l’art. 1899, comma 1, c.c., nella sua primigenia formulazione – anteriore, cioè, ad alcune modifiche introdotte tra il 2007 (art. 5, comma 4, d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, conv. in l. 2 aprile 2007, n. 40) ed il 2009 (art. 21, comma 3, l. 23 luglio 2009, n. 99) – disponeva che nei casi in cui il contratto di assicurazione fosse stato stipulato per una durata superiore ai dieci anni, «le parti, trascorso il decennio, e nonostante patto contrario, avessero facoltà di recedere dal contratto con preavviso di sei mesi». E, nella stessa prospettiva, fattispecie legali di diritto di recesso di “pentimento” possono essere rinvenute all’art. 1671 c.c. in materia di appalto, ed agli artt. 2227 c.c. e 2237 c.c. in materia di lavoro autonomo³⁸.

³⁵ Per quanto l’art. 1373, comma 1, c.c. – secondo l’opinione comune degli autori (M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 1998, 312) – attenga al solo recesso c.d. convenzionale, è indubbio che (anche in comb. disp. con l’art. 1372, comma 1, prima parte, c.c.), la disposizione esprime la *regula iuris* secondo la quale nulla osta, *in linea di principio*, a che ad una parte, o ad ambedue le parti, venga accordato *ex lege* un potere unilaterale di scioglimento del vincolo contrattuale. Evidenziano, tuttavia, che le fattispecie di *ius poenitendi* di “stampo consumeristico” inerbirebbero alla sola fase della formazione del contratto, R. SACCO, *Conclusioni del contratto (sintesi di informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, 211; V. ZENO-ZENGOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 57 ss.; e G. OPPO, *Principi*, in V. BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, cit., 71. Per la riconduzione al fenomeno condizionale di fattispecie di *ius (se) poenitendi* (di matrice consumeristica) accordate a seguito della conclusione del contratto, cfr. E. ROPPO, *Offerta al pubblico di valori mobiliari e tecniche civilistiche di protezione dei risparmiatori-investitori*, in *Giur. it.*, 1983, IV, 208; ID., *Investimento in valori mobiliari (Contratto di)*, in *Contr. e impr.*, 1986, 271 ss.; e, ora, C. FERRARI, *Ipotesi di qualificazione per il “recesso” del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 1 ss., 21 ss.

³⁶ G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 11 ss.

³⁷ A.M. BENEDETTI, voce *Recesso del consumatore*, in *Enc. dir., Annali*, IV, 958-959, dove una informata discussione circa le diverse opinioni inerenti all’inquadramento sistematico del recesso del “consumatore”.

³⁸ P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto. III. Effetti*, a cura di M. Costanza, Milano, 2006, 119-120.

5. - Le “nullità speciali” di derivazione europea e la disciplina codicistica della nullità.

L'analisi del c.d. *acquis communautaire* inerente al regime della nullità consente, ancora, di rilevare che la nullità *necessariamente* parziale di clausole predisposte unilateralmente dal professionista contraente (art. 36 cod. cons.), nonché la nullità *solo eventualmente* parziale di un contratto frutto di un contegno abusivo dell'imprenditore operante in posizione di dominanza assoluta ovvero relativa, specificatamente configurata (all'art. 3, l. 10 ottobre 1990, n. 297 ³⁹) ovvero predisposta (all'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192) dalla legge, non costituiscono “innesti” estranei all'ambito della disciplina generale del contratto ⁴⁰.

Il potere accordato al giudice, cui compete, in chiave di valutazione della in-validità di clausole contrattuali, un controllo sul «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» tra il professionista ed il consumatore, ovvero sull'«eccessivo squilibrio di diritti e obblighi» nonché sul «carattere ingiustificatamente gravoso e discriminatorio» di condizioni contrattuali nei rapporti tra imprese di cui l'una in posizione di dominanza assoluta o relativa, o anche tra imprese dominanti e terzi, si inquadra, infatti, in un sistema di tutela di una parte, rispetto ad un'altra, già presente nel nostro codice civile ⁴¹.

³⁹ G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 74; e, in tal senso, cfr. anche G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 20 ss.; ed A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, 340, ed *ivi* anche nota 116; discutono, invece, di annullabilità, se pur in differenti prospettive, R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Dir. priv.*, III, Milano, 1997, 217; e U. BRECCIA, *Il contratto: nuovi itinerari di ricerca. Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 161.

⁴⁰ Occorre, peraltro, rilevare che anche l'inefficacia dei contratti “esecutivi” delle “intese” nulle di cui all'art. 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287, è generalmente ricondotta all'ambito della nullità per illiceità della causa (cfr. Trib. Roma, 25 maggio 2000, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, 88; Trib. Roma, 20 febbraio 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, 449; ma, per un diverso orientamento giurisprudenziale, cfr. M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006, 41, *sub* nota 16), ovvero per illiceità (parziale) dell'oggetto (Cass. 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, c. 831; in letteratura, cfr. A. ALBANESE, *Contratto. Mercato. Responsabilità*, Milano, 2009, 258; e già C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469; *Id.*, *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e resp.*, 2004, 1168).

⁴¹ Per alcune riflessioni in tal senso cfr. S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, 455; ed anche P. SIRENA, *La dialettica parte generale-parte speciale nei*

Oltre all'art. 1341, comma 2, c.c., che contempla un tipo di inefficacia inidonea ad incidere sulla "vita" del contratto, e che è suscettibile di applicazione estensiva ⁴², occorre soprattutto rilevare che un generale potere di valutazione giudiziale dello squilibrio normativo, in funzione della corrispondente delibazione in termini di nullità della clausola, oltre a fondarsi sul piano della valutazione della c.d. causa in concreto dell'operazione, secondo un certo approdo – invero non del tutto condivisibile ⁴³ – della nostra giurisprudenza di legittimità ⁴⁴, può basarsi, in particolare, sulla contrarietà del patto ad un'esecuzione del contratto secondo buona fede oggettiva ⁴⁵, come traspare, in chiave applicativa, da talune recentissime decisioni della nostra Corte costituzionale ⁴⁶.

L'affermato ampliamento, poi, del "contenuto" della nullità, in ragione di una più marcata tendenza della legge a pre-disporre forme di nullità relativa e, in qualche misura, sanabili, è, invero, anch'esso un formante normativo già da tempo presente nel nostro ordinamento nazionale.

contratti stipulati con i consumatori, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, 493.

⁴² F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, 2ª ed., II, Padova, 2010, 168-169; da ultimo, nella nostra giurisprudenza, cfr. Cass. 29 maggio 2014, n. 12044, in *Dir. e giust.*, 2014, 1, 7, con nota di VILLA.

⁴³ Al riguardo, e per un compiuto esame, si veda lo studio di A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 95 ss.

⁴⁴ Cass. 23 maggio 2011, n. 11295, in *Giust. civ.*, 2012, 2, 430.

⁴⁵ G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in S. PAGLIANTINI-G. D'AMICO, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, 238 ss.; discute, invece, di inefficacia, M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. II, Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, 2ª ed., in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2013, 295 ss.; e, per qualche spunto (in chiave di nullità), S. SENOFONTE, *Buona fede e fideiussione per obbligazione futura: art. 1956 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1990, I, 134 (nota a Cass. 18 luglio 1989, n. 3362); ed ancora, se pur con formulazione troppo ampia (comprendente, cioè, anche la norma di cui all'art. 1337 c.c.), F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, 423; e V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia nella prospettiva europea dei rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 851 ss., ora in V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione*, cit., 282 ss.; ma, al riguardo, cfr. (a quanto pare) lo stesso F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 572; e, ancora, A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 346 ss.; e G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eu. e dir. priv.*, 2006, 64.

⁴⁶ Corte cost. 2 aprile 2014, n. 77, in G.U. Corte cost., 9 aprile 2014, 1ª Serie Speciale, n. 16 (dove, alla stregua dei doveri di solidarietà integrativi del contenuto del contratto, è stato posto in luce il divieto di pattuire, a titolo di caparra confirmatoria, una somma suscettibile di divenire, nel caso di inadempimento, pressoché pari o superiore al corrispettivo contrattuale convenuto); la medesima vicenda era già stata risolta in senso analogo nella precedente ordinanza n. 248 del 21 ottobre 2013 (in G.U. Corte cost., 9 aprile 2014, 1ª Serie Speciale, n. 16).

L'art. 1421 c.c. pone sì la regola della legittimazione assoluta all'azione di nullità, *ma* dopo aver fatte salve «le diverse disposizioni di legge»⁴⁷, di cui la legislazione speciale, finanche anteriore al codice del 1942, era – come si indicherà in seguito – già ampiamente connotata *anche* nella prospettiva di tutelare il contraente più debole.

Analogamente, e con riguardo alle ipotesi di recupero di validità del contratto nullo⁴⁸, esse si rinvenivano non solamente nel codice del 1942 – e così, ad esempio, si consideri la “eliminazione della causa di nullità” dell'atto costitutivo della società per azioni, contemplata all'art. 2332, ult. comma, c.c., *ante* riforma, ed ora al comma 5⁴⁹ –, ma, storicamente, anche nella legislazione speciale, pur anteriore al codice civile, in particolare nei casi di violazione di norme tributarie ed urbanistiche⁵⁰.

⁴⁷ A. CATAUDELLA, *I contratti*, cit., 341.

⁴⁸ Sull'ambito normativo dell'art. 1423 c.c., si veda lo studio di S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, 77 ss., 127 ss.; e Ib., *Il valore dell'eccezione: glosse a margine dell'art. 1423 c.c.*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, Milano, 2008, III, 2002 ss.; ma, per una differente impostazione, cfr. S. MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, 174 ss.

⁴⁹ F. GIARDINA, *Tutela reale e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario (in particolare, l'art. 2377, 4° comma, c.c.)*, in A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, 83 ss.; cfr. anche A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità ed inefficacia adeguata*, Milano, 2012, 130 ss.

⁵⁰ In materia tributaria, può richiamarsi il r.d. 14 luglio 1866, n. 3121 che, agli artt. 99 ss., predisponesse una ipotesi di nullità del contratto per omessa registrazione (cfr. F. SERAFINI, *Sulla nullità degli atti giuridici compiuti senza l'osservanza delle forme prescritte dalla legge. Lettera all'Avv. Giuseppe Saredo*, Roma, 1874, 56 ss.), tuttavia sanabile in caso di registrazione tardiva (arg. *Atti parl.*, *Camera dei Deputati*, *Leg. XI, Discussioni, Sessione del 1873-1874*, 18 maggio 1874, 3745); vicenda, questa, che – nonostante la portata dell'art. 10, l. 27 luglio 2000, n. 212 (c.d. Statuto del contribuente), e, se si vuole, in un ambito gius-civilistico diverso rispetto a quello proprio del codice del 1865 (dove, come è stato rilevato, v'era una sostanziale concordanza circa il fatto che l'atto nullo era normalmente sanabile: cfr. G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 14 ss.) – è singolarmente ricomparsa per effetto della l. 30 dicembre 2004, n. 311, che, all'art. 1, comma 346, dispone la nullità, per omessa registrazione, dei «contratti di locazione, o che comunque costituiscono diritti relativi di godimento, di unità immobiliari, ovvero di loro porzioni», tuttavia, sanabile per effetto della registrazione tardiva (Trib. Napoli, 19 ottobre 2009, in *Notariato*, 2010, 170; Trib. Bari, sez. Monopoli, 24 ottobre 2011, ord., in *Giur. mer.*, 2012, 2335; ma, per una differente qualificazione dell'inefficacia del contratto, cfr. Trib. Modena, 12 luglio 2006, in *Giust. civ.*, 2007, 2, 484 ss.). Per una analisi puntuale, cfr. V. CUFFARO, *Violazione di obblighi tributari e nullità del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, 357 ss. In ambito urbanistico, il riferimento è, in particolare, all'art. 40, comma 3, l. 28 febbraio 1985, n. 47 (e, ora, all'art. 46, comma 4, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380), in relazione al quale si rinvia allo studio di A. CATAUDELLA, *Nullità formali e nullità sostanziali nella normativa del condono edilizio*, in *Quadrimestre*, 1986, 487 ss., ora in *Scritti giuridici*, Padova, 1991, 159 ss.

6. - La garanzia di conformità al contratto e l'art. 1453 c.c.

Coerente con l'impianto di matrice codicistica è, infine, anche quell'ulteriore fronte di produzione legislativa relativo alla in-esecuzione del contratto, e costituito, fondamentalmente, dalle norme rivolte a garantire la conservazione del contratto di alienazione nei casi di consegna di beni non corrispondenti al "piano" contrattuale; e ciò attraverso la predisposizione del rimedio, alternativo alla risoluzione, della sostituzione o della riparazione dei beni non conformi al contratto di alienazione⁵¹.

Al riguardo, è, infatti, sufficiente considerare che se è vero che la disciplina *generale* della risoluzione del contratto per inadempimento è costruita per i contratti ad efficacia obbligatorio-strumentale, mentre la disciplina della risoluzione del contratto per in-esecuzione della prestazione traslativa si rinviene nella *sedes* della vendita⁵², è altrettanto vero che quest'ultima disciplina riguarda solo e unicamente l'inattuazione dell'effetto traslativo-finale.

Nei casi di inesatto adempimento dell'obbligazione di consegna della cosa venduta, pertanto, il compratore, avvalendosi del *generale* rimedio di chiedere l'esecuzione del contratto secondo la disposizione di cui all'art. 1453, comma 1, c.c., era, come è legittimato a pretendere l'esatta esecuzione dell'obbligazione di consegna della cosa di genere dedotta in contratto, e, dunque, la sostituzione della cosa viziata ovvero la sua riparazione. E ciò a prescindere dalla possibilità di qualificare come «professionista» il venditore e come «consumatore» il compratore.

7. - Il contratto quale luogo "naturale" di possibili condizioni di disparità.

La "carrellata" di considerazioni fin qui operata, se pur in rapida sequenza, permette di affermare che la produzione legislativa che, in quest'ultimo ventennio, ha attraversato, in diversi punti, la disciplina generale del

⁵¹ E.M. LOMBARDI, *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, Milano, 2010, 292 ss.; diversamente G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 889 ss.

⁵² E. RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965, 277 ss.; e Id., *Vendita e consenso traslativo*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2010, 6 ss., 182 ss.

contratto, non disvela, in realtà, differenti modelli di contratto, ma esalta, semmai, la connotazione *naturale* del contratto: quella, cioè, di “mezzo” attraverso cui (e di “luogo” in cui) interessi divergenti, talora conflittuali, pervengono ad una sintesi.

Come è stato (da tempo) messo in luce da Eugen Ehrlich, pensare al contratto attraverso la legge sui contratti significa «setzen (...) *das Abstrakte vor das Konkrete*»⁵³, incorrendo, così, in un errore logico; sottolineandosi, nella stessa linea, che «[d]er Staat war früher da als die Staatsverfassung, [als] die Familie ist älter als die Familienordnung, der Besitz ging dem Eigentum voraus (...) und selbst das Testament, wo es urwüchsig entstanden ist, müsse ein, reicht über das Testamentsrechts hinaus»⁵⁴.

Il contratto è, appunto, ed anzitutto, un fatto del mondo esterno, laddove la legge positiva sui contratti (quella che Ehrlich indica come «*Rechtssatz*») è una norma formale, un fatto gius-gnoseologico.

È, per ciò, coesenziale, potrebbe dirsi connaturale al fatto-contrattuale, che, in concreto, possano esservi e darsi forme di disparità, tali da incidere su un retto assetto di regole contrattuali, come è dimostrato, anche storicamente, dalle varie esigenze di tutela di una parte rispetto ad un'altra, già presenti nella legislazione speciale anteriore allo stesso codice civile del 1942. E così, ad esempio, si consideri l'art. 122, comma 5, l. 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore, dove la comminatoria della nullità del contratto di edizione “per edizione”, per la mancata indicazione del numero delle edizioni e di esemplari, è predisposta solo a tutela e, per ciò, in favore dell'autore, e non anche dell'editore⁵⁵. Ed ancora, si pensi all'art. 15, comma 7, l. 28 gennaio 1977, n. 10 (c.d. legge Bucalossi), che disponeva la nullità dei contratti di alienazione di unità edilizie costruite in assenza di concessione laddove dall'atto non risultasse che l'acquirente

⁵³ E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München-Leipzig, 1913, 28 (anche nella trad. it. di A. FEBBRAJO, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, 1976).

⁵⁴ E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, cit., 28.

⁵⁵ M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, 243, ed ivi nota 84; ed anche F. DI MARZIO, *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Giust. civ.*, 2000, 465 ss. La nostra più recente giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di rilevare specificatamente che trattasi di «disciplina a tutela del contraente debole, cioè l'autore» (così Cass. 26 giugno 2007, n. 14792, in *Foro it.*, 2008, c. 568).

fosse a conoscenza della mancanza della concessione ⁵⁶. E le esemplificazioni potrebbero moltiplicarsi con riguardo, tra gli altri, all'abrogato art. 79 della l. 27 luglio 1978, n. 392, che accordava la legittimazione all'azione di nullità al solo conduttore ⁵⁷; all'art. 12 della l. 23 marzo 1983, n. 77 (poi abrogato dal TUF) che, sostituendo l'art. 18 d.l. 8 aprile 1974, n. 95 (conv. in l. 7 giugno 1974, n. 216), ebbe a "confezionare" in termini di nullità relativa la nullità delle clausole che derogassero alla facoltà di recesso dell'acquirente di titoli collocati porta a porta ⁵⁸; e così via.

8. - Le dinamiche del mercato globale e l'emersione di archetipi di disparità tipizzabili *a priori*.

La massiccia produzione legislativa, specie di fonte europea, che ha toccato e tocca, a più riprese, la disciplina dei contratti, riflette, dunque, *null'altro* che una frequenza sistemica di disparità ⁵⁹, legata al "passaggio" da una economia "urbana" di tipo prevalentemente industriale, governata dai singoli Stati nazionali, e retta da soggetti *in linea di principio* liberi ed eguali, che negoziano, *generalmente*, su un piano di parità confrontando le loro volontà ⁶⁰, ad un'unica economia globale integrata, basata su un sistema economico-produttivo delocalizzato, sulla compressione del rap-

⁵⁶ P. SCHLESINGER, *Commento all'art. 15 della l. 28 gennaio 1977, n. 10*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, 120; R. CALVO, *Nullità urbanistiche e irragionevolezza del legislatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 1319 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 407 ss. La "lettura" in chiave di nullità relativa è unanime nella nostra giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass. 17 agosto 1999, n. 8685, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 1813; Cass. 27 ottobre 1995, n. 11196, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2866 ss.; Cass. 27 aprile 1993, n. 4926, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1884; Cass. 31 ottobre 1989, n. 4554, in *Rass. giur. Enel*, 1991, 523.

⁵⁷ R. QUADRI, *Le c.d. nullità protettive*, in F. BOCCHINI (a cura di), *Diritto dei consumi e nuove tecnologie*, I, Torino, 2003, 417-418.

⁵⁸ E. ROPPO, *Offerta al pubblico dei valori mobiliari e tecniche civilistiche di protezione dei risparmiatori-investitori*, cit., 208; ma cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, cit., 74 ss.

⁵⁹ In proposito, e con riflessioni d'ordine più ampio e generale, cfr. J. HABERMAS, *Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie*, in *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main, 1996, 293 ss. (anche nella trad. it. di L. CEPPA, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 1998).

⁶⁰ Si veda, al riguardo, anche sul piano storico-costruttivo, l'analisi di J. HABERMAS, *Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral*, in *Die Einbeziehung des Anderen*, cit., 28.

porto spazio-tempo nella circolazione di persone, merci e servizi ⁶¹, e sul venir meno della sovranità politica degli Stati sul governo dell'economia ⁶².

Il processo (oramai) definitivo di liberalizzazione transazionale dei mercati, in uno al sostanziale svuotamento del governo politico dell'economia, ed al conseguente, necessitato adattamento dei mercati interni alla dinamica del mercato globale, a sempre più incisive forme di flessibilità nei rapporti di lavoro ed alla tendenziale prevalenza della finanza sull'economia reale (grazie anche alle nuove applicazioni tecnologiche), tratteggia un'attuale assetto del mercato esposto a stereotipi di disparità. Apre, cioè, ad un serie di contesti negoziali in cui si accresce la frequenza di forme di disparità ⁶³, che, per ciò, vengono a standardizzarsi ⁶⁴.

Rileva bene, in proposito, Alain Supiot, che il «processo di relativizzazione della legge all'interno di un ordine giuridico fondato sull'idea di “mercato unico”» ⁶⁵, se, da un lato determina, come ha determinato, il «proliferare di (...) Autorità Indipendenti incaricate di vigilare sui contratti all'interno di un'area regionale (Commissione Europea) o di uno specifico settore di attività (borsa, settore dell'energia ...)» ⁶⁶, ha, dall'altro lato, condotto ad un massivo rinvio «alla negoziazione ed al contratto», che ha «moltiplica[to] le ipotesi di conflitto, incrementando, dunque, il bisogno di una deontologia

⁶¹ D. HARVEY, *The Condition of Postmodernity. An Enquiry into the Origins of Cultural Change*, Cambridge, 1990, 260 ss. (anche nella trad. it. di M. VIEZZI, *La crisi della modernità*, 3ª ed., Milano, 2010).

⁶² F. GALGANO, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Pol. dir.*, 2009, 179-180; si veda anche l'analisi di M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2007.

⁶³ È, in altri termini, la stessa tensione verso forme di autoregolazione slegate da vincoli eteronomi, l'aspirazione, cioè, ad una *globalization without law*, che reca in sé – come evidenziato da Anthony Giddens (*The Consequences of Modernity*, Cambridge, 1990, 100 ss., anche nella trad. it. di M. GUANI, *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Bologna, 1994) – forme di adattamento ai meccanismi impersonali del mercato, che, evidentemente, aprono ad un serie di contesti negoziali in cui si accresce la frequenza di forme di disparità.

⁶⁴ Per una precisa analisi dei presupposti socio-economici, si veda J. HABERMAS, *Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie*, in *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Frankfurt am Main, 1998, 91 ss.

⁶⁵ A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, 2005, nella trad. it. di X. RODRÍGUEZ, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano, 2006, 100.

⁶⁶ A. SUPIOT, *Homo juridicus*, cit., 128.

contrattuale fondata sulla valutazione delle persone concrete [e, da qui,] la domanda di leggi e di Stato»⁶⁷.

La richiamata produzione legislativa sul contratto riflette, per ciò, solamente l'emersione di aspetti della negoziazione e del contratto che traducono *in atto* ciò che la negoziazione e il contratto sono, per loro stessa natura, *in potenza*. Nell'ambito del contratto che, "in natura", è *potenzialmente* "dispari", emergono, oggi, forme di contrattazione e contratti che presentano solo *archetipi di disparità identificabili* a priori, e, per ciò, tipizzabili in chiave di rilevanza giuridica, con la corrispondente (possibile, ma al contempo necessaria) tipizzazione di regole di protezione giuridica⁶⁸.

9. - La riaffermazione dell'unità normo-sistematica del contratto nel solco della tradizione dei sistemi di *civil law*.

Prima profilare, allora, lo sgretolamento dell'unità del contratto, proponendo nuove categorie di contratto da porre a fianco del contratto di matrice codicistica – inneggiando, così, al "terzo contratto"⁶⁹, ovvero al "contratto asimmetrico"⁷⁰ –, occorre, piuttosto, verificare se, effettivamente, l'intera congerie di innesti normativi legittimi il frazionamento dell'unità normo-sistematica del contratto, progressivamente creatasi nell'area dei sistemi di *civil law*, dal diritto romano e dalla relativa elaborazione dello *ius commune* altomedievale, alla successiva opera di sistemazione della pandettistica tedesca fino all'"azione di consolidazione" propria del Codice napoleonico⁷¹. Per arrivare, se vogliamo, al codice civile

⁶⁷ A. SUPPIOT, *Homo juridicus*, cit., 129.

⁶⁸ Per alcune considerazioni, anche sul piano tecnico-applicativo, cfr. E. RUSSO, *Le transazioni commerciali (commento teorico-pratico al d.lgs. n. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti)*, Padova, 2005, 250 ss.

⁶⁹ R. PARDOLESI, *Prefazione* a G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, XIII; G. AMADIO, *Il terzo contratto*, cit., 9 ss., 17 ss. F. ROSARIO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010, 7 ss.; E. PIRRO, *Tutela del consumatore e terzo contratto*, Roma, 2013, 115 ss.; e, da ultimo, R. NAVARRA, *Il terzo contratto: evoluzione e sviluppo delle forme contrattuali. Analisi comparata con l'ordinamento tedesco*, Napoli, 2014, 11 ss.

⁷⁰ Si vedano, in particolare, V. ROPPO, *Contratto di diritto comune*, cit., 26 ss.; Id., *Parte generale del contratto*, cit., 695 ss., 669 ss.; e G. VETTORI, *Il contratto europeo fra regole e principi*, cit., 56.

⁷¹ Per una indagine generale cfr. R. FERRANTE, *Codificazione e cultura giuridica*, 2^a ed., Torino, 2011.

italiano del 1942, frutto dell'impianto, nell'apparato del codice Pisanelli del 1865 (ispirato al *Code Napoléon*), degli influssi delle correnti pandettistiche e post-pandettistiche ⁷², e dell'opera di *reductio ad unitatem* («per connessione di materia» ⁷³) della disciplina generale del diritto delle obbligazioni e dei contratti posta nel codice di commercio del 1882 e nel codice del 1865 ⁷⁴.

10. - I limiti propri ai vari tentativi decostruttivi.

La possibilità di immaginare nuovi ideal-tipi di contratto, da elaborare per statuti, e fondati su una generalizzata assunzione di disparità, (mi) sembra, del resto, presentare per lo meno due ordini di limiti: l'uno di carattere propriamente tecnico; l'altro d'ordine giuridico-culturale.

10.1. - (Segue): le difficoltà di carattere tecnico.

I vari testi legislativi di fonte europea e internazionale, adottati talora “a singhiozzo”, sono connotati da un fastello di regole che, spesso il frutto di un compromesso in sede politica, risultano essere un composto asistemato di modelli giuridici dei singoli Stati membri, costituente il riflesso della difficoltà di conciliare la tradizione continentale con quella di *common law*, e, in alcuni casi, anche con quella dei paesi nordici e dell'est europeo ⁷⁵.

Tutto ciò non agevola, certo, il processo di miglioramento della regolazione civilistica ⁷⁶. Ed anzi, quell'intera congerie di regole rischia di portare, se non sorretta da una adeguata opera di sistemazione, ad una sorta di

⁷² G. CIAN, *L'evoluzione del sistema privatistico italiano e l'influsso tedesco: spunti per una riflessione generale*, in M.G. CUBEDDU-G. GABRIELLI-F. PADOVINI-S. PATTI-S. TROIANO-A. ZACCARIA (a cura di), *Parte generale e persone. Liber amicorum per Dieter Henrich*, I, Torino, 2012, 9 ss.

⁷³ Così la *Relazione al progetto preliminare del codice di commercio*, voce *Criteri generali della riforma*. Ministero di Grazia e Giustizia, *Lavori preparatori del codice civile (1939-1941). Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del codice di commercio e del libro del lavoro*, Volume III, Roma, 1942, 169.

⁷⁴ Su cui cfr. lo studio di G. LEVI, *La commercializzazione del diritto privato: il senso dell'unificazione*, Milano, 1996.

⁷⁵ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, 2ª ed., Torino, 2015, 270.

⁷⁶ U. BRECCIA, *Il contratto in generale. Causa*, in M. BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, III, Torino, 1999, 86.

paradossale involuzione dell'ordinamento verso forme di tutela meno protettive, e, al contempo, verso condizioni di disparità di trattamento tra situazioni ugualmente abbisognevole di tutela.

È sufficiente, qui, segnalare solo alcuni aspetti, che, tuttavia, rivestono un certo significato.

Occorre, anzitutto, considerare se la nullità *necessariamente* parziale della clausola vessatoria nei contratti tra professionista e consumatore, costituisca, effettivamente, il rimedio più efficiente ⁷⁷, o non occorra, piuttosto, lasciar spazio a “meccanismi” di etero-re-integrazione della legge derivanti dalla carica normativa del fatto ⁷⁸, pervenendo, per tal via, anche mediante l'applicazione dell'art. 1419 c.c., alla nullità dell'intero contratto nei casi in cui l'assetto contrattuale (come) “mutilato” non possa, obiettivamente, più riflettere l'originaria sintesi degli interessi delle parti ⁷⁹.

È necessario, inoltre, valutare se in tutti i casi in cui non sia possibile isolare, rispetto al complessivo assetto delle norme contrattuali, le condizioni od i patti contrattuali «ingiustificatamente gravosi», «svantaggiosi» e «discriminatori» frutto di un contegno abusivo dell'operatore dominante in senso assoluto o relativo, la “sanzione” predisposta di una nullità *non necessariamente* parziale, e, da qui, la nullità dell'intero contratto, costituisca davvero il rimedio più adeguato ⁸⁰. O non occorra, anche qui, lasciar spazio a “modalità” di etero-re-integrazione della legge derivanti dalla carica normativa del fatto, privilegiando, in questi casi, la strada della validità del contratto, arrestando la rilevanza dell'abuso alla sola fase

⁷⁷ In tal senso V. SCALISI, *Invaldità e inefficacia nella transizione al diritto europeo: quadro di sintesi*, in V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione*, cit., 449 ss.; cfr. anche S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, in *Persona e mercato*, 2012, 104 ss.

⁷⁸ Su tale approccio, si rinvia al mio *Le prospettive della legge civile*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2011, 361 ss.

⁷⁹ È questa, in qualche misura, la soluzione adottata al (nuovo) § 306, Abs. 3, BGB, su cui – anche con riguardo all'incidenza della decisione della Corte di Giustizia UE del 15 marzo 2012, C-453/10 – cfr. C. WERKMEISTER, *Verbraucherrecht: Gesamtnichtigkeit eines verbrauchers kreditvertrages*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2012, 305; da noi, per alcune informate considerazioni, cfr. L. VALLE, *La vessatorietà delle clausole oltre la nullità parziale*, in *Contr. e impr. EU*, 2014, 120 ss. Nella giurisprudenza comunitaria, si veda anche Corte giust. UE, 30 maggio 2013, C-397/11 (G.U.C.E. – C 225, del 3 agosto 2013).

⁸⁰ Pare (anche se indirettamente) cogliere il problema A. LA SPINA, *Destutturazione della nullità ed inefficacia adeguata*, cit., 186.

formativa, ed aprendo, così, ai rimedi risarcitori ⁸¹, secondo una direttrice che, ancora una volta, è già nella disciplina generale del contratto (come attesta la norma di cui all'art. 1440 c.c.) ⁸², e che, del resto, incontra specifica applicazione da parte della nostra giurisprudenza di legittimità ⁸³.

Allo stesso tempo, la nullità del patto attraverso cui si realizza l'abuso di un operatore dominante in senso assoluto o relativo, reca con sé il rischio di approdare alla conclusione secondo cui clausole o patti contrattuali «ingiustificatamente gravosi», «svantaggiosi» e «discriminatori», e pur tuttavia estranei a contesti di dominanza assoluta, o di dipendenza economica dell'un contraente rispetto all'altro, sarebbero irrilevanti in chiave di nullità. L'involuzione giuridica che, in tal caso, verrebbe a prospettarsi è di tutta evidenza. E ciò richiama ad un «recupero» dell'unità normo-regolatrice del contratto, che parta dalla constatazione secondo cui quelle ipotesi di nullità c.d. «speciali» costituiscono null'altro che applicazioni della norma imperativa del dovere di buona fede in fase esecutiva. Conclusione, questa, che, oltre ad emergere dalla «spia normativa» di cui all'art. 33, comma 1, cod. cons. ⁸⁴, appartiene, concettualmente, alla disciplina del contratto

⁸¹ Per alcune recenti riflessioni sul tema, cfr. le notazioni formulate da G. DE NOVA, *La modificazione delle condizioni economiche del contratto tramite il risarcimento del danno ex art. 2043*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 10 ss.; e i rilievi di V. ROPPO, *Spunti in tema di responsabilità "pericontrattuale". Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di cassazione sul lodo Mondadori*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 19 ss.

⁸² M. FRANZONI, *L'illecito*, I, 2^a ed., in M. FRANZONI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, 1223 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 180; in una diversa prospettiva (specie in ordine alla natura propria del danno risarcibile), si vedano G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, Milano, 1983, 83 ss.; E. MANTOVANI, *"Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, 118 ss., 131 ss.; G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, 59 ss.; sulla difficoltà, invece, di coniugare validità del contratto e insorgenza di una situazione di responsabilità tra le parti, cfr., in particolare, G. D'AMICO, *"Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 245 ss.; Id., *Buona fede "in contrahendo"*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 351 ss.; e A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in A. CICU-F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1995, 744 ss.

⁸³ Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1105 ss., con commento di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*; Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, I, c. 440, con commento di E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*; e, da ultimo, Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3122 ss. (oggetto di svariate analisi e commenti).

⁸⁴ Sul valore della locuzione «malgrado la buona fede» utilizzata all'art. 33, comma 1, cod. cons., si veda F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*,

di matrice codicistica, tradizionalmente costellata da puntuali specificazioni del dovere di buona fede in fase esecutiva, declinate in termini di norme comminatrici della nullità di determinate clausole contrattuali. E così, si consideri l'art. 1229 c.c. che dispone la nullità delle clausole di esonero della responsabilità per dolo o colpa grave⁸⁵; ed ancora, si pensi all'art. 1266, comma 1, seconda parte, che, in materia di cessione del credito, commina la nullità del patto di esclusione della garanzia dell'esistenza del credito nei casi in cui l'inesistenza del credito dipenda da fatto proprio del cedente; analogamente, si consideri l'art. 1487, comma 2, c.c., che, in materia di vendita, irroga la nullità della clausola di esclusione della garanzia per evizione derivante da fatto proprio del venditore⁸⁶; e così via. In questa prospettiva, allora, clausole contrattuali «ingiustificatamente gravose», «svantaggiose» e «discriminatorie» possono esser ritenute, *in via generale*, clausole nulle, e determinare, ai sensi dell'art. 1419 c.c., la nullità dell'intero contratto⁸⁷.

10.2. - (Segue): le aporie gius-culturali.

Un ulteriore limite costruttivo si profila sul piano giuridico-culturale, e consiste in ciò che una elaborazione del contratto per singoli statuti, si erige, al fondo, per quanto inconsapevolmente, su una aporia dalla quale è possibile, invece, rimanere immuni, laddove si riconduca l'intero amalgama della produzione legislativa, anche di fonte europea e internazionale, entro l'ambito della tradizionale elaborazione del contratto.

La costruzione del contratto per statuti, declinata in chiave tecnico-giuridica, conduce, infatti, in via generale, ad una sorta di funzionalizzazione della autonomia privata in ragione dell'esigenza del ri-equilibrio di

1997, 418; ID. *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, 924; ed anche M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, 88.

⁸⁵ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2012, 79.

⁸⁶ Per una specifica analisi cfr. F. FESTI, *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"*, Milano, 2007, 109 ss.

⁸⁷ Per una possibile applicazione (sulla scia di una interpretazione della clausola operata *ex postfacto* alla stregua del comportamento tenuto da una delle parti), cfr. Cass. 16 maggio 2013, n. 11979, in *Notariato*, 2013, 364.

stati di disparità⁸⁸, che, nei suoi epigoni, ma nel suo naturale svolgimento, schiude ad una generalizzata, quanto criticabile, possibilità di controllo giudiziale integrativo-autoritativo sui termini dello scambio⁸⁹.

Questa proposta costruttiva, si pone, dunque, sul piano politico-culturale prima, e giuridico poi, quale *canone inverso* dello stesso comparto normativo che dovrebbe presiedere a quella stessa costruzione.

La congerie di interventi legislativi (specie) di matrice europea ed internazionale è, infatti, essenzialmente preordinata alla rimozione degli ostacoli che impediscono un esercizio effettivamente libero dell'autonomia contrattuale, allo scopo di porre le basi normative della concorrenza economica in funzione di un più efficiente funzionamento del mercato interno unico (operando, per ciò, in una prospettiva macro-economico-giuridica)⁹⁰. Senonché, e dal lato della rinnovata costruzione *tecnica* del contratto (e, dunque, se si vuole, in una prospettiva micro-economico-giuridica), quella stessa congerie di interventi legislativi costituirebbe la base di una neo-funzionalizzazione della autonomia privata alle istanze di protezione dei soggetti coinvolti, e, a tal fine, la base per la posizione di

⁸⁸ V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti*, cit., 253 ss., ora in V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione*, cit., 345 ss.; V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. dir.*, 2007, 451 ss.; M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione. Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eu. e dir. priv.*, 2008, I, 33 ss.; A. ALBANESE, *Contratto. Mercato. Responsabilità*, cit., 38; G. VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione europea". Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, 83 ss.; Id., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 21 ss.; e, al riguardo, cfr. già R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985, III, 309 ss.

⁸⁹ Sulle perplessità cui conduce l'ammissibilità, *de iure*, di un controllo giudiziale integrativo-autoritativo del contenuto del contratto, cfr. A. CATAUDELLA, *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 625 ss.; ed ancora, si veda l'ormai inequivoco orientamento della Corte di Giustizia UE espresso nelle decisioni del 14 giugno 2012, C-618/10 (in *Contratti*, 2013, 16 ss., con commento di D'Adda, *Giurisprudenza comunitaria e massimo effetto utile per il consumatore: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*), del 30 maggio 2013 nella causa C-488/11 (G.U.C.E. - C 225, del 3 agosto 2013) e 30 aprile 2014 nella causa C-26/13 11 (G.U.C.E. - C 194, del 24 giugno 2014).

⁹⁰ B. HEIDERHOFF, *Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts*, München, 2004, 219 ss.; J. BASEDOW, *A Common Contract Law for the Common Market*, in *Common Market Law Review*, 1996, 1180 ss.; S. GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, 369 ss.; K. RIESENHUBER, *Europäisches Vertragsrecht*, 2^a ed., 2006, 61 ss., 89 ss.; e, da noi, cfr. A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, III, Padova, 2003, 3 ss.; e C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi*, cit., 423 ss.

limiti intrinseci, o eteronomi, ad un sistematico intervento interno, o esterno, da parte dello Stato (giudice).

Il che evidenzia una problematica conciliabilità tra i tentativi di riedificazione del contratto e lo spirito del comparto normativo che dovrebbe fondare tale nuova epoca dell'elaborazione del contratto ⁹¹. Così come emerge un certo (non trascurabile) contrasto con la massiccia esaltazione del libero esercizio del potere di autonomia, profilantesi, talora, anche in forme eccessive – ma, per tal verso, in modo vieppiù eloquente –, dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ⁹².

11. - Spunti per una impostazione *integrativo-includente* nella prospettiva della codificazione del diritto europeo dei contratti.

Le considerazioni svolte non intendono, certo, condurre all'affermazione secondo cui la tradizionale elaborazione del contratto sia e debba rimanere immune dall'attuale quadro della *multilevel governance* dei contratti, emergente dall'insieme di fonti nazionali, europee ed internazionali.

Le precedenti considerazioni costituiscono, molto più semplicemente, la premessa per interrogarsi se, rispetto alle varie proposte decostruttive, non occorra, piuttosto, procedere da una pacata interiorizzazione dei vari interventi legislativi, muovendo nella direzione di ricondurre l'attuale quadro della *multilevel governance* dei contratti nell'ambito dell'unità normo-sistematica del contratto, così come consegnataci dall'evoluzione storica degli istituti contrattuali avutasi nei principali paesi europei ⁹³.

Tale proposta che – mutuando una felice espressione di Sergio Cotta (adoperata in una differente prospettiva) ⁹⁴ – potrebbe, per ciò, definirsi *integrativo-includente*, oltre che sul piano tecnico-costruttivo, intende porsi

⁹¹ Evidenzia, invece, la compatibilità tra le due prospettive, S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 28 ss.; per una analisi dei differenti profili e rapporti problematici, cfr. V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche*, cit., 456 ss.

⁹² S. CHASSAGNARD-PINET, *Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel. Contrat et CEDH*, in *Libre droit. Mélanges Philippe le Tourneau*, Paris, 2008, 225 ss., spec. 239 ss.

⁹³ Una proposta in tal senso, se pur relativamente alla disciplina del diritto contrattuale dei consumatori, è operata, sotto diversi aspetti, da H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. C. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER e R. ZIMMERMANN nel volume *Revision des Verbraucher-acquis*, Tübingen, 2011, spec. 53 ss.

⁹⁴ S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenomenologia giuridica*, Milano, 1991, 2^a ed., 131 ss.

sul più generale piano del senso della riflessione gius-speculativa, che deve contrapporsi alla settorialità costruttiva, trascendendo la rilevanza della congerie di regole micro-sistematiche, se non addirittura a-sistematiche, orientando l'elaborazione concettuale verso la ricerca del fondamento che deve sorreggere ogni costruzione ⁹⁵.

Ed è proprio in questa linea che la ricerca deve procedere dalla “riscoperta” di quel patrimonio gius-culturale costituito dalla tradizionale elaborazione del contratto, assimilando ed assorbendo i differenti innesti legislativi, per modo da affondare, così, nelle radici della tradizione, un pensiero originale, nuovo e progettuale rivolto ad un'opera di vivificazione *ab interno* della teoria generale del contratto. E, da qui, alla sua apertura ai valori giuridici europei e internazionali, oltre che costituzionali, nella prospettiva della costruzione di un diritto dei contratti, e della (possibile) edificazione di una codificazione europea, che parta da un assetto sistematico consolidato, storicamente condiviso e condivisibile.

⁹⁵ A. FALZEA, *Dogmatica e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 735 ss., ora in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. I. Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, 223 ss.