

## 1. CONTRATTO: PER UNA VOCE \*

SOMMARIO: 1. Contratto e ordinamento statale. – 2. Contratto e categorie contrattuali. – 3. La rilevanza dei temi. – 4. I contratti internazionali. – 5. I contratti tra imprenditori. – 6. I contratti del consumatore. – 7. I contratti tra privati. – 8. I contratti collettivi. – 9. I contratti della Pubblica Amministrazione. – 10. La forza di legge del contratto. – 11. Il controllo sul contenuto. – 12. Il controllo sull'equilibrio contrattuale. – 13. Il controllo sulla parità di trattamento. – 14. Gruppi di contratti e tipi contrattuali.

### 1. CONTRATTO E ORDINAMENTO STATUALE.

Appare logico che una voce giuridica, qual è quella sul contratto, chiarisca innanzitutto in relazione a quale ordina-

---

\* Al § 1 è L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, Roma, 1993, 4, a definire frammentario ed anche frastagliato l'intervento delle direttive comunitarie; al § 2 è M.J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law, The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 2<sup>a</sup> ed., Irvington, New York, 1997, a chiarire che l'espressione «contratti commerciali», in relazione ai Principi Unidroit, intende escludere i contratti del consumatore; il § 9 è largamente debitore della voce «Accordi pubblici» di E. BRUTI LIBERATI, in *Enc. dir.*, V aggiornamento; al § 11 si fa riferimento a Cass. 15 giugno 1999, n. 5917, in *Giust. civ.*, 2000, I, 135 e a Cass. 1° marzo 1995, n. 2340, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2438; al § 12, dove si dialoga in particolare con G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 20 ss., in tema di clausola penale si richiama Cass. 24 settembre 1999, n. 10511, in *Contratti*, 2000, 118, e la necessità che si concretizzi la clausola generale di buona fede e di *fair dealing* nei contratti tra imprenditori è sottolineata da M. FURMSTON, *The Law of Contract*, Butterworths, 1999, 158; al § 13 si richiamano Cass. 5 ottobre 1998, n. 9867 e Cass. 4 dicembre 1999, n. 13601.

mento statale venga svolto il discorso: se del contratto in diritto italiano si parla, ovvero del contratto in diritto francese, o piuttosto in diritto inglese.

Se non si rinviene un chiarimento iniziale, il fatto che la voce si inserisce in un'enciclopedia italiana induce a ritenere che il riferimento sia implicito, e sia al diritto italiano. Tanto che il lettore non si sorprende, leggendo ad esempio la voce «Contratti e atti giuridici in generale» redatta da Roppo per l'Enciclopedia delle Scienze Sociali Treccani, se, non avendo trovato *in limine* un espresso riferimento al diritto italiano, nel corso della voce trova poi costanti richiami al codice civile italiano, e trova i riferimenti ad ordinamenti diversi soltanto alla fine della voce, quali «cenni di comparazione».

La questione non è però così banale.

Innanzitutto accanto ai contratti connessi sotto ogni profilo al nostro ordinamento vi sono contratti con elementi di estraneità, contratti internazionali: e per questi la legge applicabile è non un dato scontato, bensì la soluzione di un problema.

Sin qui, per la verità, nulla di diverso rispetto ad ogni istituto giuridico, la cui concreta attuazione possa presentare elementi di estraneità: la filiazione, l'adozione, la successione *mortis causa*, l'atto illecito pongono essi pure problemi di legge applicabile.

Per il contratto, tuttavia, emerge, peculiare, il fenomeno del contratto senza legge, del contratto autosufficiente, o comunque al quale si applicano principi sovranazionali e non statuali.

Emerge, soprattutto, un fenomeno recente, legato alla dimensione globale dei mercati: il contratto, pur se destinato a regolare rapporti interni ad uno Stato, rapporti interni all'Italia, nel nostro caso, è pensato e scritto sulla base di un modello del tutto estraneo all'ordinamento italiano, che pure costituisce la legge applicabile al contratto. È quanto avviene, ad esempio, per le vendite di partecipazioni sociali di controllo

di società di capitali: il venditore è un italiano, la società oggetto è italiana, il compratore è italiano, ma il contratto è modellato sul *share and purchase agreement* statunitense.

Il modello statunitense viene adottato perché ha capacità di circolazione globale, e il compratore potrebbe non essere italiano: se anche in concreto lo sarà, il modello continua ad essere adottato.

Questa circostanza rende, per determinati settori, meno ovvio il riferimento al diritto interno, e meno ovvia la contrapposizione tra contratto interno e contratto internazionale.

Al tempo stesso questa circostanza fa sì che venga progressivamente meno, nella prassi contrattuale, una differenza nello stile di redazione dei contratti che in passato divideva i paesi di *common law* dai paesi romanisti: mentre nei paesi di *common law* l'assenza per molti secoli di un diritto legiferato induceva le parti a stendere un contratto il più possibile analitico per prevedere ogni possibile patologia (e per altro verso i giudici a rispettare, almeno formalmente, ciò che le parti avevano pattuito, astenendosi dallo "scrivere" il contratto per le parti), nei sistemi romanisti la presenza di una analitica disciplina dei contratti nei codici induceva le parti a limitarsi a concordare i profili economici e gli aspetti particolari, nella convinzione che per il resto la disciplina sarebbe stata dettata in caso di necessità dalla legge (e per altro verso i giuristi a considerare la legge come fonte di disciplina concorrente rispetto alle clausole contrattuali).

Oggi in Italia molti contratti, almeno quelli a cui hanno messo mano i legali, sono la traduzione di modelli statunitensi, con aspirazione all'autosufficienza, pur se contengono una clausola che indica come applicabile la legge italiana: che talora si tratti di mostri, è altro discorso. Abbiamo parlato di "aspirazione" all'autosufficienza: perché i contratti sono comunque sempre incompleti in quanto le parti non possono prevedere tutti i possibili eventi, e comunque non è economico regolare anche l'allocazione di rischi improbabili.

Un esempio è offerto dalla vendita di partecipazioni societarie di controllo, cui si è accennato. L'adozione del modello statunitense ha portato all'ingresso, nella prassi contrattuale italiana, di un iter di conclusione del contratto, e di contenuti contrattuali, inediti e non agevolmente rapportabili al diritto interno. Quanto all'iter di formazione, alla scansione *letter of intent, due diligence, sale and purchase agreement, closing*, non rapportabili alla scansione trattativa/contratto preliminare/contratto definitivo; quanto al contenuto, a *representations and warranties*, ed *indemnity clauses*, non rapportabili alle nostre garanzie contrattuali.

Non solo. Il diritto italiano dei contratti è stato sotto più profili determinato da direttive comunitarie. Ciò in relazione al contratto in generale, sotto il profilo della formazione del contratto: si pensi alla direttiva n. 85/577 in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, alla direttiva n. 97/7 relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, ed alla direttiva n. 2000/31 sul commercio elettronico; sotto il profilo del controllo del contenuto, si pensi alla direttiva n. 93/13 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Ciò in relazione a singoli contratti: si pensi alle direttive n. 87/102 e n. 90/88 sul credito al consumo, alla direttiva n. 90/314 concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso", alle direttive nn. 92/96 e 92/49 sulle assicurazioni, alle direttive nn. 92/50, 93/36, 93/37, 93/38 sugli appalti, alla direttiva n. 96/92 sul mercato interno dell'energia elettrica, alla direttiva n. 99/44 sulle garanzie nella vendita di consumo.

Si è trattato di interventi dal carattere frammentario e anche frastagliato, ma che in ogni caso collaborano a formare all'interno del diritto italiano dei contratti un *corpus* di norme caratterizzato dalla necessità che l'interpretazione avvenga in conformità alla direttiva recepita, e dalla non disponibilità delle norme da parte del legislatore italiano, perché norme imposte da direttive europee.

Non si tratta soltanto di una fonte aggiuntiva rispetto a quelle proprie dell'ordinamento interno, si tratta di una fonte eterogenea. Le direttive comunitarie sono scritte in una *koiné* artificiale, ed il legislatore nazionale, aduso ad una ricezione affrettata, poco si preoccupa se nel "fotocopiare" la direttiva riproduce termini che non appartengono al nostro linguaggio tecnico. Non solo: talora i nuovi termini sono il veicolo di nuovi istituti. Così la normativa comunitaria in tema di trasparenza ha portato ad appuntare al termine "forma" questioni come la necessità che il contratto sia redatto per iscritto, che sia consegnata una copia del documento al cliente, che il contratto disponga espressamente su questo o quell'altro punto. In tal modo accanto alle tradizionali ipotesi della forma per la validità del contratto e della forma per la prova del contratto si è aggiunta un'inedita forma "informativa".

È dunque con la duplice consapevolezza della compresenza di fonti sovranazionali e di fonti comunitarie che occorre parlare del contratto in diritto italiano.

È infine necessario considerare che l'avvento di Internet ha reso quotidiana la conclusione di contratti in un mercato che non ha regole, quantomeno che non ha regole che promanino da una autorità il cui ambito di imperio sia pari a quello della rete.

## 2. CONTRATTO E CATEGORIE CONTRATTUALI.

Consumato negli anni settanta-ottanta l'addio al negozio giuridico come categoria ordinante e unificante dell'autonomia privata, il contratto ne ha assunto il ruolo.

Ma in questi ultimi anni ci si è chiesti se si possa utilmente discutere del contratto come figura generale: e la risposta negativa ha trovato via via consensi crescenti. Troppe sono le differenze tra contratti tra imprenditori, contratti del consu-

matore, contratti tra privati e contratti collettivi perché se ne possa trattare unitariamente.

Di qui la necessità di articolare anche il presente discorso generale sul contratto in più parti, ciascuna dedicata ad una categoria contrattuale. Utilizzando la terminologia del commercio elettronico, distinguiamo tra *business to business* (indulgendo alla mania dell'acronimo, B2B), *business to consumer* (B2C), *person to person* (P2P), e così tra contratti tra imprenditori, contratti del consumatore, contratti tra privati, accanto ai quali si collocano le manifestazioni di autonomia contrattuale di soggetti collettivi (*infra*, §§ 5, 6 e 7).

La ripartizione qui adottata non è pacifica.

Le codificazioni napoleoniche segnavano la distinzione tra *contrats commerciaux* e *contrats civils*, i primi caratterizzati dall'essere almeno una delle parti commerciante.

È poi emersa negli Stati Uniti la categoria dei *consumer contracts*, fatta propria in Europa da numerose direttive comunitarie.

La Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili del 1980 espressamente esclude che «*the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention*» (art. 1.3), ma al tempo stesso esclude la propria applicazione «*to sales of goods bought for personal, family or household use*» (art. 2.a), vale a dire ai *consumer contracts*.

I Principi sui contratti commerciali internazionali elaborati da UNIDROIT nel 1994 e rielaborati nel 2004 regolano appunto i contratti commerciali, espressione che, viene chiarito dai redattori, intende escludere i contratti del consumatore.

I Principi del diritto contrattuale europeo sin qui elaborati dalla «Commissione per il diritto contrattuale europeo» presieduta da Ole Lando pretendono di applicarsi anche ai contratti del consumatore, anche se i redattori espressamente dichiarano di volersi astenere dal dettare regole speciali per i

contratti del consumatore, di cui quindi riconoscono la necessità, e anche se le norme sull'applicazione dei Principi assai poco si adattano ai contratti del consumatore (si pensi all'applicazione in forza di richiamo alla *lex mercatoria*).

Pur consapevoli dell'attuale incertezza dei confini, crediamo che la ripartizione proposta sia la più adatta a dar conto dei diversi problemi che per ciascuna categoria contrattuale si pongono e delle diverse discipline applicabili.

### 3. LA RILEVANZA DEI TEMI.

L'importanza relativa dei temi che si pongono in materia di contratto varia nel tempo. Il tema dei vizi del consenso, errore, violenza e dolo, un tempo centrale, è oggi di rilievo assai scarso, sia perché i contratti sono sempre più spesso stipulati da soggetti che operano in nome e per conto altrui, sicché semmai diventa centrale il problema dei poteri di chi agisce, sia perché invocare un vizio della volontà per liberarsi da un vincolo contrattuale significa imboccare una via impervia, quando la via più agevole è oggi quella di valersi dello *jus poenitendi* o di mettere in discussione la conformità del contratto a questa o quella fra le tante norme imperative.

Di qui la necessità di concentrare l'attenzione su alcuni nodi problematici soltanto, quelli più vivi: come la forza di legge del contratto, il controllo del contenuto, il controllo dell'equilibrio contrattuale, il rapporto tra autonomia e tipi contrattuali (*infra*, §§ 9, 10, 11 e 12).

### 4. I CONTRATTI INTERNAZIONALI.

Il contratto internazionale vive un singolare paradosso.

Per un verso, lo si è accennato, persegue una logica di autosufficienza: il testo contrattuale vorrebbe dare risposta ad

ogni possibile problema. Per altro verso proprio il settore dei contratti internazionali conosce un traffico di fonti di normazione particolarmente affollato.

Si va dalle condizioni generali di contratto elaborate da enti terzi rispetto alle parti (si pensi alle clausole FIDIC sugli appalti), alle regole uniformi di interpretazione di clausole (si pensi agli Incoterms, che dominano i contratti di trasporto), ai codici deontologici (si pensi a quelli in tema di *franchising*), alle fonti di normazione in senso stretto, come le convenzioni di diritto uniforme (si pensi alla Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita di cose mobili e a quelle di Ottawa del 1988 sul *leasing* e sul *factoring*).

Ed è in questo settore che quasi naturalmente trovano la loro prima ragion d'essere i tentativi di codificazione di principi sovranazionali: dai Principi UNIDROIT sui contratti commerciali internazionali ai tentativi di codificazione del diritto europeo, come i recenti ed ancora non completi Principi del diritto contrattuale europeo predisposti dalla Commissione presieduta da Ole Lando, di cui si è detto.

Tre punti vanno colti in relazione a questi Principi sovranazionali.

Un primo punto: la disciplina che dettano è quasi integralmente dispositiva.

Il secondo punto che va sottolineato è che entrambi i Principi si ispirano in larga misura alla Convenzione di Vienna sulla vendita di beni mobili del 1980, che costituisce così il modello di riferimento per i tentativi di uniformazione in materia contrattuale. Un modello che nasce nell'ambito delle Nazioni Unite, e che risente dell'influenza statunitense, sicché il modello statunitense influenza la codificazione europea.

Un terzo punto è il cosiddetto *favor contractus*: l'intento è di tenere in vita per quanto possibile il contratto, limitando i casi in cui se ne può discutere la validità o si può porvi fine *ante tempus*, e ciò nella convinzione che sia comunque inte-

resse delle parti tenere in vita l'affare originario piuttosto che cercare di procurarsi altrove i beni o i servizi sostitutivi.

## 5. I CONTRATTI TRA IMPRENDITORI.

La contrapposizione tra “*business to business*” e “*business to consumer*”, tra contratti tra imprenditori e contratti del consumatore, non coincide con la distinzione tra contratti civili e contratti commerciali dei codici di derivazione napoleonica: così in base al codice di commercio italiano del 1882 i contratti del consumatore sono contratti commerciali, perché è vero che «non sono atti di commercio la compra di derrate o di merci per uso o consumo dell'acquirente o della sua famiglia» (art. 5), ma se un commerciante vende ad un consumatore il contratto è commerciale, perché «se un atto è commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono per ragione di esso soggetti alla legge commerciale» (art. 54).

La distinzione tra contratti tra imprenditori e contratti del consumatore guarda allo scopo per il quale una parte conclude il contratto: se quella parte è una persona fisica e conclude il contratto per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta si è in presenza di un contratto del consumatore, e ciò sia che il consumatore acquisti beni o servizi, sia che li ceda o fornisca (cfr. l'art. 3, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206).

I contratti tra imprenditori sono essi pure disciplinati da direttive comunitarie: è il caso – come accennato – degli appalti pubblici, e dei contratti che hanno ad oggetto le *utilities*.

Non mancano direttive che hanno portata generale: così la direttiva n. 2000/35 relativa ai pagamenti prevede la decorrenza automatica degli interessi moratori, dalla scadenza o da date congrue ivi indicate, senza necessità di messa in mora (direttiva che appunto non si applica ai contratti del consumatore).