

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI PISA

NUOVA SERIE - *Atti di Convegno*

LA FUNZIONE DELLE NORME GENERALI SUI CONTRATTI E SUGLI ATTI DI AUTONOMIA PRIVATA

Prospettive di riforma del Codice civile

Atti del Convegno

Pisa, 29, 30 novembre e 1° dicembre 2018

a cura di Emanuela Navarretta



G. Giappichelli Editore

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI PISA

NUOVA SERIE – *Atti di convegno*

6

LA FUNZIONE DELLE
NORME GENERALI SUI CONTRATTI
E SUGLI ATTI DI AUTONOMIA PRIVATA
Prospettive di riforma del Codice civile

Atti del Convegno

Pisa, 29, 30 novembre e 1° dicembre 2018

a cura di Emanuela Navarretta



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4272-5

ISBN/EAN 978-88-921-5244-1 (ebook - pdf)

Comitato scientifico:

F. Barachini, A.M. Calamia, E. Catelani, F. Giardina, T. Greco, E. Malfatti,
E. Marzaduri, O. Mazzotta, S. Menchini, E. Navarretta, A. Petrucci, R. Tarchi,

Responsabile scientifico:

F. Dal Canto

Il presente volume è stato pubblicato con un finanziamento di Ateneo dell'Università di Pisa per la pubblicazione degli atti di convegni.

Composizione: Media Print s.r.l. - Livorno

Stampa: Media Print s.r.l. - Livorno

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLAREdi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

| | |
|---|-------------|
| | <i>pag.</i> |
| EMANUELA NAVARRETTA INTRODUZIONE AL CONVEGNO | 1 |

PRIMA SESSIONE

| | |
|---|----|
| CARMELITA CAMARDI L'AUTONOMIA PRIVATA FRA CODICE CIVILE E STATUTI SPECIALI. LA PARTE GENERALE DEL CONTRATTO E LE PROSPETTIVE DI RIFORMA | 13 |
| 1. Considerazioni di apertura sul tema | 13 |
| 2. Le norme generali del diritto contrattuale nel contesto del codice civile. Il dibattito civilistico su "generale" e "speciale" | 19 |
| 2.1. Sull'art. 1323 c.c. | 19 |
| 2.2. Oltre il quadro dell'art. 1323 | 25 |
| 2.3. Diritto primo e diritti secondi | 28 |
| 2.4. La frammentazione dei modelli contrattuali | 32 |
| 3. Oltre la frammentazione, ancora "alla ricerca" delle norme generali | 33 |
| 4. (<i>segue</i>) Il senso della ricerca | 38 |
| 5. Suggestioni finali. Premesse metodologiche per una possibile riforma della parte generale dei contratti, tra contrattazione individuale e contrattazione seriale (o di flussi) | 46 |
| 6. (<i>segue</i>) Alcune possibili linee direttive per una riforma della parte generale | 52 |
| MARISARIA MAUGERI LA FUNZIONE DELLE NORME GENERALI E GLI <i>SMART CONTRACTS</i> | 61 |
| 1. Rapporto fra parte generale e altre norme in tema di contratto. Articolazione del sistema | 61 |
| 2. <i>Smart Contracts</i> e contratti | 64 |
| 3. La nuova tecnologia | 65 |

| | <i>pag.</i> |
|---|-------------|
| 4. L'intervento del legislatore nazionale | 72 |
| 5. Gli <i>Smart Contracts</i> e la disciplina in tema di contratto | 74 |
| 6. Il dibattito sull'opportunità o meno di intervenire per disciplinare il nuovo fenomeno | 83 |
| GUIDO ALPA | |
| CONCLUSIONI DELLA PRIMA SESSIONE | 85 |

SECONDA SESSIONE

| | |
|--|-----|
| ENRICO GABRIELLI | |
| LA NOZIONE DI CONTRATTO E LA SUA FUNZIONE. APPUNTI SULLA PROSPETTIVA DI UNA NUOVA DEFINIZIONE DI CONTRATTO | 93 |
| 1. La nozione e la definizione di contratto | 93 |
| 2. La nozione di contratto e le "nozioni concettualmente affini" | 96 |
| 3. La funzione della nozione di contratto | 97 |
| 4. La nozione di contratto e le trasformazioni del diritto dei contratti | 98 |
| 5. Una nuova definizione di contratto? | 101 |
| STEFANO PAGLIANTINI | |
| IMMAGINI EUROPEE DI UN DIRITTO COMUNE DEI CONTRATTI: VARIAZIONI SUGLI ARTT. 1105 <i>CODE CIVIL</i> E 1323 C.C. | 107 |
| 1. Il nuovo art. 1105 <i>Code civil</i> : una tradizione aggiornata à l'italienne? | 107 |
| 2. Gli artt. 1105 e 1323 come tecniche o luoghi di un <i>ritrovamento disciplinare</i> | 109 |
| 3. La normalizzazione dell'art. 1105, comma 3: le norme speciali <i>integnano</i> eccetto per i casi di un'antinomia | 112 |
| 4. Circolarità del processo applicativo del diritto e <i>ratio</i> di una «parte generale» | 114 |
| 5. Gli artt. 1105 e 1323 quali norme assiologicamente gemelle? | 116 |
| 6. Parte generale e disciplina per tipi in sette proposizioni: il pregiudizio dogmatico come malattia dell'art. 1105 <i>Code civil</i> ? Criteri testuali e non di coordinamento | 118 |
| 7. I corollari di una parte generale secondo la lente di una <i>dinamica complessa</i> | 123 |
| 8. Una norma che il <i>Code civil in parte qua</i> non ha: l'art. 1469- <i>bis</i> c.c. | 126 |
| 9. La rinascita principalista della parte generale nel diritto delle Corti: la meritevolezza maneggiata da clausola generale | 128 |
| 10. Riepilogo: il canone della «maggior tutela» come grimaldello introduttore un secondo discontinuo tra c.c. e c. cons.? | 130 |

pag.

| | |
|--|-----|
| ALBERTO MARIA BENEDETTI | |
| LA FORMAZIONE DEL CONTRATTO NELLA PROSPETTIVA DI UNA RIFORMA | 135 |
| 1. Le disposizioni sulla formazione del contratto e la loro genesi | 135 |
| 2. I punti di forza ... | 136 |
| 3. (<i>segue</i>) ... e di debolezza | 138 |
| 4. Proposte di riforma | 139 |
| 5. Conclusioni | 141 |
| GREGORIO GITTI | |
| DALL'AUTONOMIA REGOLAMENTARE E AUTORITATIVA ALLA AUTOMAZIONE DELLA DECISIONE ROBOTICA | 143 |
| 1. Introduzione | 143 |
| 2. La decisione robotica negoziale | 145 |
| 3. Il persistente interesse per la parte generale del diritto dei contratti | 147 |
| 4. La conclusione di contratti mediante algoritmi su piattaforme digitali | 149 |
| 5. Gli interventi delle autorità indipendenti tra regolazione ed autonomia | 151 |
| 6. Le autorità indipendenti e la regolazione «autonoma» dell'automazione | 152 |
| GIUSEPPE AMADIO | |
| IL CONTENUTO ACCIDENTALE DEL CONTRATTO NELLA PROSPETTIVA DI UNA RIFORMA | 157 |
| 1. Premessa | 157 |
| 2. L'oggetto da valutare: la presunta categoria degli elementi accidentali | 158 |
| 2.1. Il <i>modus</i> | 158 |
| 2.2. Il termine | 160 |
| 3. La prospettiva di osservazione: la parte generale sul contratto | 162 |
| 4. Il modello di disciplina | 163 |
| 5. Questioni aperte e prospettive di riforma | 165 |
| 6. Un mutamento di metodo | 172 |
| ANDREA ORESTANO | |
| DEGLI EFFETTI DEL CONTRATTO | 177 |
| 1. Premessa | 177 |
| 2. La "forza di legge" del contratto e le sue deroghe pattizie | 178 |
| 3. L'integrazione, la buona fede e l'esecuzione | 181 |
| 4. Il consenso traslativo e l'obbligo di dare | 185 |
| 5. L'accertamento | 192 |
| 6. La destinazione | 194 |

pag.

GIUSEPPE VETTORI

NORME GENERALI E RIMEDI
NEL PROGETTO DI RIFORMA

DEL CODICE CIVILE SUL CONTRATTO

| | |
|--|-----|
| | 197 |
| 1. I soggetti della regolazione. Stato e Repubblica | 197 |
| 2. Le nuove invalidità | 199 |
| 3. Il Disegno di legge delega e la revisione della disciplina generale del contratto | 201 |
| 4. Alcune riflessioni | 203 |
| 5. Ancora sulla Giustizia contrattuale | 208 |
| 5.1. Democrazia e giustizia nel contratto | 208 |
| 5.2. I principi generali nell'Unione europea. Regole e principi | 211 |

CLAUDIO SCOGNAMIGLIO

PER UNA LETTURA IN CHIAVE FUNZIONALE
DEL 'SISTEMA' DELLE INVALIDITÀ

| | |
|---|-----|
| | 217 |
| 1. Il problema e la delimitazione dell'area di indagine | 217 |
| 2. L'assetto tradizionale del sistema delle invalidità ed il suo superamento | 220 |
| 3. Le nullità: tra 'frammentazione' e 'destrutturazione' | 222 |
| 4. La natura degli interessi tutelati dalla nullità ed il problema del rilievo d'ufficio | 224 |
| 5. Due esempi: il recupero del contratto di locazione di immobili nullo per difetto di registrazione a seguito del pagamento dell'imposta e la validità del contratto monofirma | 231 |
| 6. Conclusioni | 236 |

GIANROBERTO VILLA

METAMORFOSI DELL'INVALIDITÀ,
STABILITÀ DEI RAPPORTI
E CIRCOLAZIONE DEI DIRITTI

| | |
|---|-----|
| | 239 |
| 1. L'idea di riformare il codice civile tra realismo e nostalgia | 239 |
| 2. L'invalidità e i rapporti con la disciplina europea | 241 |
| 3. La nullità fondata sul bilanciamento degli interessi nel caso concreto e la circolazione dei diritti | 243 |
| 4. Modelli alternativi di invalidità. Tre soluzioni di derivazione europea | 245 |
| 5. Modelli alternativi dell'invalidità nel sistema interno | 247 |
| 6. Alcune conclusioni | 249 |

| | <i>pag.</i> |
|---|-------------|
| GIOVANNI D'AMICO | |
| GIUSTIZIA CONTRATTUALE E CONTRATTI ASIMMETRICI | 251 |
| 1. Premessa | 251 |
| 2. «Giustizia contrattuale» come valore immanente in qualsiasi sistema legale di regolamentazione del contratto | 252 |
| 3. «Giustizia commutativa» e «giustizia sociale» (o “distributiva”) | 253 |
| 4. «Giustizia commutativa» come equilibrio del regolamento contrattuale | 254 |
| 5. La c.d. «giustizia <i>procedurale</i> ». Strumenti attraverso cui si garantisce (o può garantirsi) la «giustizia contrattuale» mediante una disciplina meramente “procedurale” (<i>id est</i> : che non incida direttamente sul contenuto del contratto) | 257 |
| 6. (<i>segue</i>) Infondatezza della contrapposizione tra la c.d. «giustizia procedurale» e la «giustizia sostanziale» (o materiale) | 259 |
| 7. Le condizioni che rendono la «giustizia procedurale» (ancorché sempre necessaria) insufficiente ad assicurare un grado desiderabile di «giustizia contrattuale» | 264 |
| 8. (<i>segue</i>) Il problema delle “asimmetrie” e il nuovo modo di rapportarsi tra loro di “contratto” e “mercato”: <i>a</i>) il caso della contrattazione “di massa” nei mercati in cui agiscono i “consumatori” (o gli utenti) | 267 |
| 9. (<i>segue</i>) <i>b</i>) L’“ingiustizia” nei rapporti contrattuali tra “professionisti”, e il fenomeno della “frammentazione” del mercato ad opera del contratto. L’abuso di “dipendenza economica” | 269 |
| 10. Assenza, nel sistema, di un principio generale che consenta, in nome dell’esigenza di assicurare la “giustizia contrattuale”, un controllo (giudiziale) generalizzato sul contenuto del contratto. Questo principio non può essere identificato nella “buona fede” contrattuale | 273 |
| 11. (<i>segue</i>) La “giustizia” dei rimedi (e la buona fede) | 279 |
| 12. Conclusioni: la giustizia contrattuale tra legge e giudizio | 281 |
| FRANCESCO MACARIO | |
| DALLA RISOLUZIONE ALL’ADEGUAMENTO DEL CONTRATTO. APPUNTI SUL PROGETTO DI RIFORMA DEL CODICE CIVILE IN TEMA DI SOPRAVVENIENZE | 289 |
| 1. Le sopravvenienze e il diritto dei contratti: breve premessa storico-comparativa | 289 |
| 2. Il modello dominante nella tradizione civilistica del contratto come fattispecie (atto costitutivo o traslativo di diritti) e l’esigenza di valorizzare l’esecuzione (nel tempo) del rapporto, nel confronto tra la disciplina “generale” e le norme sui “singoli contratti” | 293 |
| 3. Tecniche e strumenti per l’adeguamento e la rinegoziazione, in funzione conservativa del rapporto in corso di esecuzione | 299 |
| 4. Recenti esperienze di codificazione delle norme in tema di adeguamento e rinegoziazione del contratto “in generale”: spunti per la riforma del codice civile | 303 |

pag.

PIETRO SIRENA

PROSPETTIVE DI RIFORMA CODICISTICA
DELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE

- | | |
|--|-----|
| 1. La tradizione romanistica e le sue contraddizioni | 309 |
| 2. La riforma del <i>Code civil</i> francese e del BGB tedesco | 310 |
| 3. L'impatto della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci e delle direttive europee sulla garanzia del venditore | 311 |
| 4. Il rapporto tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale | 314 |

ANDREA ZOPPINI

LE NORME GENERALI DEL CODICE CIVILE
E I CONTRATTI DEI MERCATI REGOLAMENTATI

- | | |
|--|-----|
| | 317 |
| 1. Considerazioni introduttive | 317 |
| 2. Teoria delle fonti, codice civile e regolazione del mercato | 318 |
| 3. Principi generali e mercati regolamentati | 319 |
| 4. Categorie del codice civile e interpretazione dei contratti nei mercati regolamentati | 323 |
| 5. Interpretazione contrattuale e regole comunitarie | 325 |
| 6. Fattispecie settoriali e interpretazione estensiva | 330 |
| 7. Regolazione del mercato e dialettica pubblico-privato | 333 |
| 8. Conclusione | 335 |

VINCENZO ROPPO

CONCLUSIONI DELLA SECONDA SESSIONE

337

TERZA SESSIONE

THOMAS GENICON

LIBERTÀ E GIUSTIZIA
NELLA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

- | | |
|--|-----|
| | 343 |
| 1. Quadro d'insieme della riforma | 344 |
| 2. L'obbligazione di informazione precontrattuale | 346 |
| 3. La revoca illegittima della proposta e la revoca illegittima del contratto di opzione | 347 |
| 4. La pretesa eliminazione della causa | 349 |

pag.

OLIVIER DESHAYES

LIBERTÉ ET JUSTICE

DANS LE NOUVEAU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS:

LE CONTRÔLE DU JUGE SUR LE CONTENU DU CONTRAT

353

1. Le contrôle de l'équilibre contractuel par le juge est limité 354
 - a) Le principe demeure: la lésion est indifférente 354
 - b) Les exceptions sont limitées 355
2. Le contrôle de l'équilibre contractuel par le juge est justifié 357
 - a) Le contrôle justifié par l'altération de la volonté 357
 - b) Le contrôle justifié par l'insuffisance de la volonté 358
 - c) Le contrôle justifié par l'impuissance de la volonté 358

JENS KLEINSCHMIDT

GENERAL RULES IN THE GERMAN MODERNIZATION
OF THE LAW OF OBLIGATIONS:

A STORY OF GENERALIZATION AND SPECIALIZATION

361

1. The German reform at a glance 362
 - 1.1. A brief history: Events up to the new law 362
 - 1.2. Purposes of the reform 364
 - 1.3. Limited scope of the reform 366
2. Remedies for breach of contract 367
 - 2.1. From cause approach to unified approach 367
 - 2.2. Selected problems 370
 - 2.3. Convergence and comparative dialogue 380
3. The unaffected general part 380
 - 3.1. Contract and juridical act 381
 - 3.2. Contract and unilateral promise 383
 - 3.3. Advantages and problems of a general part 383
 - 3.4. New challenges 386
4. A new approach towards consumer directives 387
 - 4.1. Integration or separation? 387
 - 4.2. Reasons for an integrated approach 390
 - 4.3. Challenges of an integrated approach 393
5. Conclusions and outlook 397

GREGOR CHRISTANDL

NORME GENERALI SUL CONTRATTO

NELL'ATTUALE DISCUSSIONE IN AUSTRIA

399

1. Il diritto dei contratti nella codificazione austriaca 399
2. Le norme generali sul contratto 400
3. Discussioni e proposte di riforma 402
4. Modernizzazione delle norme generali sul contratto nell'era digitale 405
5. Verso un diritto delle obbligazioni di dati (*Datenschuldrecht*)? 406
6. Conclusioni 409

AURELIO GENTILI

SULL'ATTUALITÀ DELLE NORME DI PARTE GENERALE
DEL DIRITTO DEI CONTRATTI

| | |
|--|-----|
| | 411 |
| 1. Le due funzioni di una parte generale del diritto contrattuale | 411 |
| 2. La funzione di conformare: a) struttura dell'atto di autonomia e differenze di disciplina e di concezione | 412 |
| 3. (<i>segue</i>) b) l'atto di autonomia come 'regola' | 415 |
| 4. La funzione di sindacarne i fini: la <i>ratio</i> comune delle forme di invalidità ed inefficacia | 418 |
| 5. Attualità della parte generale e possibilità di revisione | 420 |

EMANUELA NAVARRETTA

INTRODUZIONE AL CONVEGNO

1. Le “*Prospettive di riforma del codice civile*” delimitano il contesto nel cui ambito si colloca la riflessione del presente incontro dedicato a “*La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata*”.

Si tratta di un contesto rivolto al presente ma che cerca di interrogare il passato onde avere lumi su un incerto futuro. Il presente è dominato da un clima di rinnovamento che dalle fonti dell’Unione europea ben presto si è riverberato sul terreno delle legislazioni nazionali.

Il primo approccio del diritto contrattuale dell’Unione europea è apparso di tipo settoriale e ha attraversato in proiezione trasversale – tramite categorie intermedie rispetto a quelle del contratto in generale e dei singoli tipi negoziali – le legislazioni statali, recando con sé un’identità di tipo ordo-liberale.

A questo iniziale innesto tra differenti contesti ordinamentali è subentrata una istanza di sempre maggiore armonizzazione, riferita *in primis* al piano dei rimedi, che ha via via alimentato il dibattito su una possibile codificazione europea. Ne sono testimonianza le iniziative del Parlamento europeo, seguite con maggior cautela dagli interventi della Commissione, che nel complesso sono venuti a tratteggiare un andamento ciclico, con balzi in avanti e periodici ripensamenti, dovuti ai persistenti dubbi circa le competenze dell’Unione europea e alle spinte politiche centrifughe volte a preservare le differenti identità nazionali.

All’approccio meramente settoriale e caratterizzato da un’armonizzazione minima sono, dunque, seguiti una maggiore propensione all’armonizzazione massima e un duplice ambizioso progetto: quello di razionalizzare l’*acquis communautaire* e quello di unificare il diritto privato europeo, quantomeno con riferimento al diritto dei contratti e delle obbligazioni.

Il primo obiettivo, inizialmente rivolto ad una radicale riforma di ben sette direttive sui contratti dei consumatori, ha visto poi un graduale ripiegamento verso la direttiva 2011/83/CE, che si è limitata ad un mero *maquillage* della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, unitamente alla modifica della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che ha abrogato le direttive 85/577/CEE e la n. 97/7/CE.

Quanto al secondo e più lungimirante progetto, esso ha tratto origine dalle

risoluzioni del Parlamento europeo del 28 giugno 1989 (in GUCE, 28.6.1989, C-158/400), del 6 maggio 1994 (in GUCE, 25.7.1994, C-205/518) e del 15 novembre 2001 (A5-0384/2001), nonché dalla Comunicazione del 2001 della Commissione [COM (2001) 398], seguita dall'*Action Plan* del 2003 e dalla Comunicazione del 2004 [COM (2004) 651], che, quale quarto obiettivo, prospettava quello di redigere un quadro complessivo di regole (*Common Frame of Reference*) che potesse fungere da modello e da base di partenza per la redazione di un codice civile di diritto europeo. Sennonché tale progetto, che fra il 2008 e il 2009 ha condotto all'emanazione del *Draft Common Frame of Reference*, è progressivamente impleso. In una prima fase le consultazioni aperte con il Libro Verde del 2011 sulle possibili opzioni in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese, nonché la costituzione del gruppo di esperti impegnati sulla fattibilità del progetto (il *Feasibility Study Group*), hanno lasciato ancora intravedere prospettive di codificazione, almeno relativamente alla disciplina generale sul contratto. Di seguito, invece, l'imponente impegno profuso è stato circoscritto entro i confini della proposta di Regolamento sul diritto comune europeo della vendita, affidata alla tecnica *opt-in*, che ha poi lasciato il posto ad una riproposizione dell'approccio settoriale focalizzato sul mercato unico digitale.

Di qui si è infine diramata un'ultima, ma sempre più timida spinta verso la generalizzazione, il *New Deal* sulla tutela dei consumatori, che è tornata al vecchio progetto di revisione dell'*acquis communautaire*, ipotizzando, alla luce dell'evoluzione del settore del mercato digitale, una riforma generale della direttiva 93/13/CE, nonché delle direttiva sulla protezione dei consumatori in materia di indicazione di prezzo, sui diritti dei consumatori e sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori.

L'imponente dibattito sulla possibile codificazione europea, sia pur limitata alla disciplina generale del contratto e delle obbligazioni, pare, invece, definitivamente tramontato e i semi del rinnovamento sembrano puramente trasmigrati verso i processi di riforma dei sistemi nazionali.

Dopo la più risalente revisione del codice civile olandese, i due principali modelli ispiratori del codice civile italiano del 1942, il BGB e il *Code Napoléon*, sono stati interessati da importanti riforme: nel 2001 ha visto la luce la *Moder- nisierung* del codice civile tedesco nella parte relativa alle obbligazioni, ai contratti e alla prescrizione; nel 2016 la Francia ha riformato la disciplina codicistica dei contratti e delle obbligazioni.

Il dilagante vento riformista, pur nella diversità degli interventi, tende a trasfondere nelle categorie portanti dell'impianto civilistico non solo le nuove soluzioni interpretative e gli istituti elaborati nel tempo dal diritto giurisprudenziale, ma anche gli stimoli derivanti dal ricco e vivace dibattito europeo caratterizzato da una naturale vocazione internazionale e da una forte permeabilità al mondo delle nuove tecnologie.

Le varie esperienze di riforma codicistica attuate in Europa attestano, dun-

que, nel loro complesso, lo sforzo di sostituire ad un approccio normativo tutto autoreferenziale, e per lo più intriso di un'ideologia vetero-liberista, una maggiore contaminazione con altri modelli e una spiccata attenzione a istanze di giustizia contrattuale, in linea con il dibattito che ha infervorato il diritto dell'Unione europea. Resta talora sacrificata sul campo la coerenza sistematica, messa duramente alla prova da defatiganti processi di negoziazione e da una decostruzione dogmatica non sempre attenta alla complessità dei problemi.

2. In questo quadro nel 2017 l'Associazione dei civilisti italiani – anche dietro l'impulso del d.d.l. del 19 marzo 2019, ben presto tramontato – ha lanciato anche in Italia la sollecitazione ad una possibile riforma della disciplina dei contratti e delle obbligazioni del codice civile del 1942.

Immediato e naturale è stato rivolgere lo sguardo, innanzitutto, al passato, alla geometria di un testo normativo, la cui perfezione si esprime massimamente nelle norme generali sul contratto, chiamate a colmare lacune nella disciplina, così come a disegnare l'identità e la coerenza del sistema civilistico. Al sentimento di eusebeia, di timore reverenziale rispetto ad un testo sul cui rigore logico si è fondata l'intera scienza civilistica, si unisce la consapevolezza della capacità di rinnovamento che esso ha dimostrato al suo interno grazie al duplice registro che lo ha caratterizzato e che ha saputo resistere in maniera esemplare al trascorrere del tempo.

L'impianto di fondo era ispirato ad una logica di tipo liberista, che i redattori del codice avevano abilmente coniugato con il tecnicismo privatistico, ma non era mancato l'innesto di clausole generali capaci di assecondare, nel 1942, le istanze di funzionalizzazione care al regime fascista, e capaci tuttavia, repentinamente, di mutare identità, in quanto permeabili ai principi generali ispiratori dell'ordinamento giuridico. Già negli anni '50 e '60 del vecchio secolo, il vento rinnovatore dei principi costituzionali ha, infatti, trovato nelle clausole generali il tramite per far penetrare una nuova linfa nel contratto, ispirata ai principi del personalismo, della solidarietà e dell'eguaglianza. Di seguito, le spinte riformiste si sono, invece, avvalse negli anni '70 della tecnica della legislazione speciale, valorizzando la dimensione del tipo negoziale e così cambiando il verso dell'approccio alle norme generali sul contratto, cui l'interprete è chiamato a risalire solo dopo aver sperimentato le potenzialità dell'approccio tipologico.

Da ultimo, a partire dagli anni '90 sono giunti gli anni che hanno sconvolto il contratto (per parafrasare Enzo Roppo) e che hanno visto assegnare a tale categoria – grazie alle fonti dell'Unione europea – una inedita funzione regolatoria ispirata a dottrine ordo-liberali, che si avvalgono non più della dimensione del tipo, né delle norme generali, ma di un approccio categoriale e settoriale che entra come un cuneo nei sistemi nazionali con la forza della ripartizione di competenze e con la spinta del principio di effettività.

Questa rivoluzione ha generato quello che potremmo definire un laboratorio aperto di ricerca, che, sottotraccia, ha iniziato ad alimentare riflessioni generali

cui non è estranea la percezione di una incipiente inadeguatezza di alcuni fra gli stessi capisaldi codicistici. Il tema ha suscitato indagini teoriche e numerosi incontri di studi, tra i quali è doveroso ricordarne almeno alcuni: nel 2001 “Il Contratto e le tutele”, organizzato all’Università Roma Tre da Salvatore Mazzamuto; nel 2004 “Il diritto europeo dei contratti d’impresa”, organizzato da Pietro Sirena all’Università di Siena; nel 2006 “Il terzo contratto”, organizzato da Gregorio Gitti e da Gianroberto Villa all’Università Statale di Milano; nel 2007 “Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore”, tenuto all’Università di Pisa; nel 2008 “Tradizione civilistica e prospettive della parte generale del contratto”, organizzato da Francesco Macario all’Università di Foggia; nel 2017 il gruppo di ricerca coordinato da Marisaria Maugeri, presso l’Accademia dei Lincei, che ha predisposto un questionario sul rapporto fra parte generale e norme di settore.

Ebbene, è a questo laboratorio aperto di ricerca che il convegno odierno si rivolge, onde verificare, attraverso il pensiero di tanti, importanti esponenti della civilistica e nel confronto con Colleghi di altri paesi europei, se i cambiamenti verificatisi nella disciplina del contratto, e le nuove esigenze poste dalla prospettiva internazionale e dalle nuove tecnologie, possano ancora limitarsi a penetrare in via interpretativa nelle disposizioni codicistiche, e a lambirle tramite discipline di settore, o se si renda necessario, anche sulla scia di altre esperienze europee, innovare almeno in parte le stesse previsioni codicistiche.

3. Lo sfondo di tale riflessione è costituito dall’inedita complessità acquisita dal fenomeno contrattuale, una complessità che ha suscitato prevalentemente due opposte reazioni.

La prima è stata la fuga da ogni sforzo di tipo sistematico e la ipersettorializzazione della disciplina contrattuale posta al servizio dell’economia. È questo l’approccio più frequente proprio nel dibattito sul diritto europeo, dove ha generato la *European Regulatory Private Law*, fautrice della teoria dei c.d. *silos*, secondo la quale il diritto europeo andrebbe costruito in modo auto-sufficiente e per segmenti di mercato che rispondono a logiche autonome, in cui il diritto privato regolatorio si integra con la dimensione economica e con quella pubblicistica.

Agli antipodi si collocano quegli orientamenti, specie di matrice nazionale, che, nei vuoti di tutela che genera la complessità e nel tentativo di dare voce a ideologie ispirate non soltanto a logiche di tipo economico, si rifugiano nel ruolo unico e salvifico delle clausole generali e dei principi, cui attribuiscono ruoli inediti. Si pensi alle ricostruzioni che si avvalgono della buona fede per applicare il rimedio della nullità ai contratti iniqui, così giungendo implicitamente a disapplicare o a rendere quanto meno inutili istituti codificati come l’annullabilità e la rescissione.

Nel mezzo si colloca l’ipotesi di lavoro sottesa a questo convegno, chiamato a verificare se i tanti volti della complessità possano trovare risposta non

solo attraverso le discipline settoriali e la loro applicazione analogica e non solo attraverso le clausole generali e i principi, con la loro attitudine a dare flessibilità e respiro assiologico al sistema, ma anche attraverso norme collocate a vari livelli di generalità che potenzino la flessibilità della disciplina del contratto, aiutando a modernizzare il sistema senza assecondare il rischio di un'arbitrarietà giudiziale.

4. La richiamata ipotesi di lavoro deve, in primo luogo, confrontarsi con i tanti volti della complessità.

Il primo riguarda la dimensione nello spazio del diritto che tende a divergere dalle coordinate del contratto. Quest'ultimo si colloca sempre di più in una dimensione transnazionale che, grazie alle nuove tecnologie, attrae qualunque forma di negoziazione e non più solo gli accordi fra imprenditori, che già da tempo avevano cercato nella *lex mercatoria* una via di fuga dalla varietà e imprevedibilità delle soluzioni nazionali. La stessa Unione europea, che aveva provato a supplire nella sua dimensione (che pure non è quella globale) a questa sfasatura fra contratto e diritto, non è riuscita – come si è già anticipato – a raggiungere l'obiettivo di un diritto europeo unificato neppure con riguardo alla disciplina generale del contratto.

Questa prima dimensione della complessità si presta ad una possibile opposta lettura, che si offre alla riflessione dei relatori. Può suggerire l'idea dell'inevitabile fallacia di un progetto di riforma che, incidendo sulla disciplina codicistica nazionale, non può rispondere al bisogno di una normazione che tende a sfuggire ai particolarismi nazionali. O, al contrario, potrebbe suggerire una revisione delle norme generali capace di renderle meno distanti da altri sistemi e più adeguate alla competizione fra ordinamenti, non nella prospettiva di un gioco al ribasso nelle tutele, ma di una maggiore flessibilità rimediale tale da renderle più appetibili per gli operatori economici.

In stretta correlazione con la complessità riferita alla dimensione dello spazio si delinea quella connessa con l'impatto delle nuove tecnologie che, a sua volta, si presta potenzialmente a prognosi di opposta ispirazione circa l'utilità di una possibile riforma codicistica a livello nazionale. Si può infatti ritenere che la sfida nelle nuove tecnologie renda del tutto inutile e fallace ipotizzare riforme capaci di assecondare l'irraggiungibile velocità e mutevolezza delle tecnologie. O, per converso, a fronte di una realtà sempre più complessa e variegata, può apparire necessario avere norme che identifichino con maggiore chiarezza cosa sia il contratto, in luogo dell'attuale rassegnazione a percepire a malapena "quel che contratto non è" (così Umberto Breccia). Parimenti una revisione delle norme generali nel segno di una maggiore flessibilità potrebbe offrire una gamma di rimedi capaci di rispondere a fenomeni nuovi che esprimono esigenze spesso opposte. L'innovazione a volte si associa a modelli contrattuali incompleti, che invocano una flessibilità attuata attraverso innovativi rimedi successivi, così come, viceversa, vi sono tecnologie, quali *Blockchain*,

che, associate al contratto, implicano una automaticità dell'esecuzione e, dunque, spostano l'equilibrio rimediabile del contratto sulla determinazione del suo contenuto e sui rimedi originari.

Da ultimo, le nuove tecnologie, con la loro capacità di immettere nel contratto nuove dimensioni personalistiche, ci introducono nella terza dimensione della complessità: il pluralismo delle ideologie che cercano di condizionare il contratto. Da un lato, si delineano la pluralità di concezioni economiche sottese alla costruzione del contratto che ha visto succedersi: la concezione liberista immanente al codice del 1942, la parentesi dell'interventismo statale in economia attraverso la legislazione degli anni '70, l'irrompere della logica regolatoria ispirata al pensiero ordo-liberale, sino all'insinuarsi del *Behavioral Approach to Law and Economics* che confuta l'idea dell'assoluta razionalità degli agenti. Da un altro lato, il pluralismo ideologico si riferisce alla pluralità di richiami al personalismo in rapporto al contratto che ha visto susseguirsi: l'idea che i diritti della persona umana possano operare solo come limite all'autonomia; lo sforzo di proiettare sul contratto l'uguaglianza sostanziale, e non soltanto formale; i tentativi di ampliare lo spazio di intervento del divieto di discriminazione; l'ambizione a perseguire, attraverso il contratto, obiettivi di giustizia sociale.

Ebbene anche la complessità ideologica si presta ad una duplice lettura. Si può sostenere l'inutilità di interventi sulle norme generali tanto ritenendo che l'ideologia debba puramente ispirare specifiche norme di settore, quanto sostenendo che a tal fine ci si debba avvalere delle clausole generali e dei principi. In antitesi, un diverso tipo di lettura può ravvisare un'utilità in tutti quegli interventi su livelli intermedi di regole generali che siano in grado di farsi interpreti di differenti approcci di tipo economico, così come di concretizzare le varie istanze che emergono dal personalismo, evitando che tale aspirazione, specie tramite le clausole generali, si dilati ingenuamente sino a comprimere l'essenza stessa del contratto.

5. Da quanto sopra illustrato emerge l'esigenza di una riflessione non solo sul senso delle norme generali e sulla loro funzione, ma proprio sui livelli di generalità delle norme.

Innanzitutto, paiono maturi i tempi per mantenere ad un livello di assoluta generalità solo pochissime previsioni, ripensando lo stesso rapporto fra art. 1321 c.c. e art. 1325 c.c.

Andrebbero all'uopo selezionati gli elementi che servono all'identificazione del contratto e al suo controllo in termini di liceità rispetto ai requisiti finalizzati a garantire una tutela ai contraenti, onde poi valutare quando e a quali condizioni la tutela debba essere di tipo originario e quando possa essere invece spostata sui rimedi successivi.

Ai fini dell'esistenza del contratto paiono, in particolare, imprescindibili, insieme all'accordo, quell'ossatura dell'oggetto e della causa che serve alla produzione di effetti giuridici e a individuare un programma dotato di una qualche

razionalità che non si risolve nella pura produzione dell'effetto.

In tale accezione, a ben vedere, la causa non solo non appare un concetto divisivo rispetto alle varie ricostruzioni teoriche, ma a ben vedere si rinviene finanche in ordinamenti ritenuti tradizionalmente anticausalisti, come la Germania. Se è vero infatti che l'ordinamento tedesco sposta l'accertamento della concreta sussistenza della causa su rimedi di tipo successivo, qual è l'arricchimento ingiustificato, ciò non toglie che tale rimedio induce a verificare che a monte del negozio esecutivo sussista un contratto obbligatorio dotato di un programma causale: il *Verpflichtungsgeschäft cum causa*.

Quanto invece alla funzione di tutela dei contraenti, che pure svolgono nel nostro sistema gli elementi essenziali del contratto e i loro requisiti, qui si tratta di valutare se e a quali condizioni il legislatore o l'autonomia privata possano spostare la tutela dal rimedio originario della nullità (che potrebbe declinarsi anche quale nullità di protezione) a rimedi di tipo successivo. Altro è, infatti, consentire di sottrarre alla nullità la realizzabilità della causa nei contratti ad efficacia obbligatoria, e sempre che i rimedi successivi possano nello specifico contesto operare (il che ad esempio sembra debba escludersi per gli *smart contracts*). Altro è ammettere un'analogia soluzione nei contratti ad efficacia traslativa in un sistema dominato dal principio consensualistico, perché allora si tratterebbe di rimettere in discussione tutti i meccanismi traslativi oltre che i rimedi successivi e restitutori.

Non è stata questa la soluzione adottata dai francesi in materia di causa, in quanto, pur avendo fatto un tentativo di dare maggiore concretezza, flessibilità e proiezione internazionale al sistema, si sono invero preoccupati più di togliere la parola causa e la categoria generale che di dare risposte adeguate sul piano dei rimedi, che vengono tutti affidati ad un approccio tipologico. Sennonché tacere ogni riferimento alla causa per poi farla riemergere nei contratti di scambio o nella donazione, apre una infinità di interrogativi: come comportarsi rispetto ai contratti con funzione di garanzia, o di copertura del rischio o negli atti a titolo gratuito diversi dalle liberalità? Come considerare il patto nudo e astratto? E se esso è valido, come applicare l'arricchimento senza causa quando l'art. 1303-1 neppure menziona il concetto di giusta causa dell'arricchimento?

Evidentemente non si può eliminare il problema della causa che è comune a tutti i sistemi, senza garantire un adeguato apparato di tutele. Per converso, si può rendere meno rigida la connessione fra rimedio originario e accertamento sulla realizzabilità della causa, magari valorizzando – come si è già detto – le due sottocategorie dei contratti ad efficacia obbligatoria e dei contratti ad efficacia reale.

Significativo in tal senso è che un invito a rivalutare tale distinzione sia stato formulato anche con riferimento alla disciplina della conclusione del contratto da chi ha rilevato (così Enzo Roppo) che nei contratti ad efficacia obbligatoria i conflitti sulla conclusione si sdrammatizzano poiché si risolvono in differenti quantificazioni del danno, sino a poter assecondare la logica nordamericana

dell'*efficient breach*, mentre un'analoga considerazione non pare prospettabile per i contratti ad efficacia reale.

L'esigenza di una maggiore flessibilità, nel segno di un approccio categoriale e funzionale, non è dunque isolata e, a ben vedere, emerge anche con riferimento all'elemento della forma. Alla tradizionale prospettiva impostata sul rapporto fra regola ed eccezione è infatti subentrata dapprima la differenziazione funzionale tra contratti a struttura forte e contratti a struttura deboli e poi la distinzione che separa la forma che serve a rivestire il contratto, poiché richiama l'attenzione di ambo i contraenti sulla sua conclusione, dalla forma dei contratti asimmetrici che serve invece ad informare il contraente debole sul contenuto al quale il medesimo si sta vincolando.

Da ultimo, la flessibilità che può conseguirsi modulando la disciplina generale attraverso un pluralismo categoriale può essere, a ben vedere, funzionale anche all'obiettivo di dar voce al pluralismo ideologico.

Tramite il citato percorso può darsi ulteriore compimento alla giustizia contrattuale secondo la logica ordo-liberale, ampliando il controllo sostanziale alle condizioni generali di contratto. Parimenti può assecondarsi l'esigenza di una disciplina modellata sulla *unfair exploitation* che tenga conto della non assoluta razionalità dell'agente, nei contesti in cui la vita rende il contraente un soggetto fragile. E ancora potrebbe consentirsi un'espansione del divieto di discriminazione a tutte le contrattazioni concluse tramite l'offerta al pubblico e la sua disciplina, così come quella dei contratti lesivi di diritti inviolabili, potrebbero associarsi a rimedi improntati all'esigenza di tutelare il contraente discriminato o vittima della lesione del diritto.

In tal modo il contratto potrebbe svolgere una funzione regolatoria proiettata non solo verso obiettivi economici, con una pluralità di declinazioni, ma anche verso finalità personalistiche e nel complesso la possibilità di valorizzare l'attitudine regolatoria del contratto potrebbe consentire una redistribuzione della ricchezza capace di contribuire alla prevenzione delle ingiustizie sociali.

Punto focale della riforma, dunque, dovrebbe essere una maggiore articolazione della disciplina contrattuale anche per sottocategorie generali e dovrebbe riguardare soprattutto il piano dei rimedi.

Non si può continuare ad attingere flessibilità dal rimedio che il legislatore aveva concepito come sanzione e come *extrema ratio*, la nullità, in quanto solo questa è associata ad una previsione non rigida quale l'art. 1418, comma 1, c.c., mentre rimedi dalle conseguenze meno dirimenti, come l'annullabilità o la rescissione, restano imbrigliati in una rigida tipizzazione specchio di superate logiche vetero-liberiste.

Parimenti, la risoluzione del contratto non può restare vincolata al mero paradigma sinallagmatico e alla logica prettamente giudiziale senza considerare le diverse dinamiche associate a differenti categorie contrattuali. Né si può disattendere l'esigenza di rimedi che consentano la revisione del contratto, specie quando questo richiede una flessibilità nella dimensione relazionale.

In definitiva, la sfida di questo convegno è quella di provare a ripercorrere il sentiero che viene dal basso – dalle leggi di settore e dalla complessità fattuale – per verificare se si possano immaginare regole generali più articolate e flessibili, che delineino livelli intermedi di generalità, capaci di sostenere l'interprete nella ricerca di soluzioni rimediali più aderenti alla realtà.

Da ultimo, non può tacersi che se il bisogno di una stratificazione di norme generali più articolate e vicine alle complesse sfaccettature del dato reale si delinea all'interno del fenomeno contrattuale, *a fortiori* non può bastare la disciplina generale del contratto a soddisfare – con il mero filtro della compatibilità di cui all'art. 1324 c.c. – le varieguate esigenze di disciplina che pongono i tanti atti di autonomia privata che non rientrano nel paradigma generale del contratto.

6. Nel lasciare, a questo punto, alle analisi degli autorevoli relatori queste mie poche e sparse riflessioni introduttive non posso, in conclusione, esimermi da alcuni doverosi ringraziamenti.

Il primo è rivolto ai relatori, italiani e stranieri, che ci hanno onorato con la loro presenza e con il loro impegno, nonché all'Associazione civilisti italiani che ha voluto concedere il suo patrocinio.

L'espressione della mia gratitudine deve poi volgersi al Rettore, Paolo Mancarella, che ci ha consentito di essere finalmente e nuovamente nella sede storica della Sapienza.

Infine, desidero esprimere il mio sincero e profondo ringraziamento ai giovani Colleghi, Federico Azzarri e Giulia Donadio, che hanno reso possibile la concreta realizzazione del Convegno e sempre a Federico Azzarri per la preziosa collaborazione nella raccolta degli atti.

PRIMA SESSIONE

CARMELITA CAMARDI

L'AUTONOMIA PRIVATA
FRA CODICE CIVILE E STATUTI SPECIALI.
LA PARTE GENERALE DEL CONTRATTO
E LE PROSPETTIVE DI RIFORMA

SOMMARIO: 1. Considerazioni di apertura sul tema. – 2. Le norme generali del diritto contrattuale nel contesto del codice civile. Il dibattito civilistico su “generale” e “speciale”. – 2.1. Sull’art. 1323 C.C. – 2.2. Oltre il quadro dell’art. 1323. – 2.3. Diritto primo e diritti secondi. – 2.4. La frammentazione dei modelli contrattuali. – 3. Oltre la frammentazione, ancora “alla ricerca” delle norme generali. – 4. (*segue*) Il senso della ricerca. – 5. Suggestioni finali. Premesse metodologiche per una possibile riforma della parte generale dei contratti, tra contrattazione individuale e contrattazione seriale (o di flussi). – 6. (*segue*) Alcune possibili linee direttive per una riforma della parte generale.

1. *Considerazioni di apertura sul tema*

Non mi è semplice trovare l’incipit per trattare un problema come quello della funzione attuale delle norme cosiddette “generali”, e ciò per una serie di ragioni la cui indicazione fornisce anche il pretesto per formulare alcune premesse o cornici del discorso che tenterò di svolgere.

Disponendoci ad accettare una definizione semplice e al momento la più neutra possibile di queste norme, fondata sulla loro attitudine a governare una serie indefinita di casi non necessariamente del tutto omogenei, la funzione ad esse tradizionalmente assegnata in un ordinamento quantomeno composito si costruisce all’interno di una coppia o meglio di un trittico di altre norme che – per contrasto – si qualificano invece *speciali* o addirittura *eccezionali*, per indicare contestualmente la sospensione nelle fattispecie così definite dell’applicazione della norma generale e il carattere esclusivo dell’applicazione della norma speciale o eccezionale, in ragione delle circostanze di fatto o di contesto che ricorrono nel caso specifico. Senza entrare nel dettaglio di ciò che è “speciale” o “eccezionale”, e dell’ampiezza applicativa assegnata alle relative norme, la funzione tradizionale delle norme generali trascorre dunque dall’intento di operare una serie di classificazioni di fattispecie strumentale alla corretta sussunzione delle stesse, a quello di stabilire il corretto ambito di applicazione di un istituto; a quello infine di strutturare i rapporti sociali in

maniera tendenzialmente omogenea, e fornire così ai cittadini uno strumento non eccessivamente fallace di organizzazione dei loro progetti e di previsione delle conseguenze delle loro azioni¹.

Accettate queste prime parole elementari di individuazione del tema, posso provare a impostarlo come segue.

Innanzitutto si tratta di un tema antico e per così dire perenne del diritto dei contratti (oltre che del diritto di altre relazioni sociali). A parte il suo essere proprio della competenza del teorico e del filosofo del diritto, lo troviamo già all'orizzonte proprio del civilista interprete positivo all'indomani del codice del 1942 e della emanazione degli ancora vigenti art. 1323 (alla stregua del quale, dobbiamo ricordarlo, tutti i contratti sono sottoposti alle "norme generali" di cui al Titolo II del Libro IV) e art. 1324 (alla stregua del quale le norme generali si applicherebbero, in quanto compatibili e salvo diversa disposizione, anche agli atti unilaterali a contenuto patrimoniale)². Ma lo troviamo anche successi-

¹ Sul piano teorico, si rinvia per tutti al ricco volume di S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, 2010, in particolare 159 ss.; e al saggio di A. BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analoga*, in *Studium iuris*, 2008, 429 ss. Con riferimento alla tematica del contratto, che qui interessa, ma sempre in una prospettiva di ampio respiro sistematico, il rinvio è ai contributi di N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, 7; U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, *ibidem*, 31; ed ancora A. GAMBARO, *Parte generale e parte speciale nel diritto dei contratti: un approccio stilistico*, *ibidem*, 111. Nella stessa direzione, orientata alla riflessione storico-sistematica sulla parte generale del contratto, si collocano i contributi raccolti nel volume a cura di F. MACARIO-M. MILETTI, *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006, fra i quali vanno segnalati quelli di A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, 3; P. GROSSI, *Introduzione*, 7; P. RESCIGNO, *Tradizione e rinnovamento nell'unificazione dei codici in Italia*; S. PATTI, *Tradizione civilistica e codificazioni europee*, 77; N. LIPARI, *Relazione introduttiva alla sessione Unificazione, armonizzazione e parte generale del contratto*, 491; G. VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, 559. Per una riflessione elegantemente intesa a ribadire la validità della categoria codicistica del contratto "in generale", è invece d'obbligo ricordare il saggio di G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 690; ma anche quello di G.B. FERRI, *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali a una disciplina per tipi?*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, 421. Nella prospettiva più attenta alla conservazione della categoria del "generale" sul piano della formazione del giurista, si vedano i volumi di R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2015; P. POLLICE, *Appunti sulla parte generale del contratto*, Torino, 2014; nonché, in una prospettiva già più critica, C. CAMARDI, *Contratti. Parte generale*, in *Diritto privato* (a cura di S. PATTI), Padova-Vicenza, 2016, 540 ss.

² Per tutti, F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946; ID., *Sul rapporto sistematico fra gli artt. 1321-1469 e gli artt. 1470-1986 cc*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 16 ss., al quale si deve la tradizionale distinzione per cui la parte generale individuerrebbe le norme di *struttura* del contratto e la parte speciale, invece, i *contenuti* dei singoli contratti. Sicchè l'applicazione delle due serie di norme al singolo contratto avverrebbe sulla cifra della coesistenza e della combinazione delle varie norme, e non della esclusione; essendo le prime regole comuni, formali, idonee ad assicurare una uniformità di disciplina per tutti gli atti di autonomia privata pur differenti nei contenuti.

vamente, all'indomani della decodificazione e della nascita di plessi normativi a vocazione specialistica, ma non per questo privi di norme generali, che affiancano o in parte sostituiscono talune sezioni del codice civile³. E poi ancora e non secondariamente lo ritroviamo nel più complesso fenomeno del diritto privato europeo, il quale per necessità geonormative procede anch'esso per norme a vocazione generale, e però in un senso non del tutto coincidente con quello proprio assegnato alle norme evocate dall'art. 1323, e misurato invece sull'obiettivo dell'armonizzazione dei diritti nazionali; seppur il suo rivolgersi a questi ultimi può talvolta generare un problema di interferenza di norme e l'esigenza di stabilire il carattere generale o speciale delle norme europee⁴.

Ora, se questo è vero, e se dunque il tema è arrivato fino ai nostri giorni, allora sarebbe d'uopo trattarlo in maniera appropriata con riferimento al contesto nel quale si presenta: e cioè, per cominciare, il contesto *monordinamentale* e statutale dominato o comunque connotato fortemente dal codice civile del 1942, nel quale originariamente sono stati pensati gli articoli prima menzionati. E poi con riferimento al contesto odierno, che monordinamentale certamente non è, perché è semmai *pluriordinamentale*, sicché già d'intuito non possiamo assegnare a quegli articoli e alle altre norme generali lo stesso senso normativo.

In secondo luogo, e in relazione proprio a questa dimensione storica del problema ed al fatto che l'evoluzione degli ordinamenti – almeno quelli dei paesi membri dell'UE – da una dimensione statualistica ad una cifra plurior-

³ Il riferimento principale è al diritto dei consumi, che ha assunto una “forma codice”, come è accaduto anche per altri sottosettori – dal diritto bancario al diritto finanziario e delle assicurazioni – le cui discipline hanno pure assunto una forma “sistematica”. Vedi in argomento, *ex multis* ma significativamente in relazione al punto di vista che qui si adotta, C. SCOGNAMIGLIO, *L'autonomia contrattuale*, in *Norme, questioni, concetti*, a cura di G. AMADIO-F. MACARIO, Bologna, 2014, vol. I, 537 ss.; A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1479; S. PAGLIANTINI, *I nuovi luoghi di una parte generale del contratto e la Cattedrale dei contratti bancari*, in *I contratti*, 2018, 253; E. BATTELLI, *Codice del consumo, la codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, 425.

⁴ Qui il tema delle norme generali e speciali si intreccia con quello dell'armonizzazione, nella prospettiva di U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, cit.; ma si vedano anche C.U. SCHMID, *Il difficile coordinamento tra norme generali e norme speciali nel sistema pluri-ordinamentale europeo*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., 505; P. SIRENA, *La dialettica parte generale – parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, *ibidem*, 493; V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, *ibidem*, 289; e soprattutto S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 1^a ed., 2012, 3^a ed., 2017, il quale, pur assumendo quale presupposto della sua riflessione la mancanza nel diritto europeo dei contratti di un “supporto ordinamentale” univocamente identificabile, circostanza che gli fa poi individuare nel *rimedialismo* e nell'*opportunismo* le caratteristiche fondamentali del diritto europeo; tuttavia si pone successivamente in una prospettiva intesa a recuperare una sorta di continuità tra quest'ultimo e le espressioni classiche della dommatica civilistica di scuola romana, mutate – con ogni evidenza – dalla parte generale del contratto e dalla convinzione che in questa risiedono aspetti indefettibili dell'atto di autonomia privata (57 ss., 1^a ed.).

dinamentale è avvenuta per stratificazioni successive ciascuna delle quali non ha cancellato del tutto le precedenti, la questione delle norme “generali” si presenta con una “natura” cangiante, non soltanto legata al tema della loro *individuazione* in base ad un connotato tecnico e linguistico. Ma legata anche alla loro *funzione*, ora dogmatica e/o sistematica; ora piuttosto semplicemente interpretativa. E quest’ultima tanto più complessa quanto più le fonti che possono interferire nella soluzione di un caso sono numerose e/o eterogenee.

Si vuol dire, con altre parole, che in certi contesti normativi le norme generali possono rivestire una funzione tale per cui l’interprete può – attraverso di esse – costruire sistemi normativi e categorie del pensiero a loro volta capaci di orientare la qualificazione e soluzione dei casi o della maggior parte di essi e di strutturare i rapporti sociali secondo opzioni predeterminate. In tal caso, peraltro, le norme generali avrebbero un contenuto *assiologico* e un peso sistematico prevalenti rispetto alle altre tipologie di norme, circostanza idonea a conferire all’ordinamento una maggiore stabilità. In altri contesti invece, nei quali l’operazione concettuale ora segnalata non risultasse possibile (o risultasse anacronistica), le norme generali possono svolgere una più limitata funzione tecnica, quella tendenzialmente *residuale* di aiutare l’interprete a colmare una lacuna e/o a completare la disciplina di un caso già inquadrato in base a un differente plesso normativo⁵.

Ma ciò vuol dire anche che – contemporaneamente – *quali siano e a cosa servano* le norme generali dipende anche e non poco dalla metodologia che il giurista vuole adottare di fronte al vario trascorrere della fenomenologia contrattuale dalla società e dal contesto normativo proprio del codice civile, alla società e al contesto del diritto privato contemporanei.

In via di prima e parzialissima sintesi, perciò, in questa variabilità di significati e di atteggiamenti culturali, le norme generali sembrerebbero esibire comunque una loro sorta di necessaria, *minima* esistenza *tecnica*, in relazione al fatto or ora notato per cui in presenza di una lacuna della normativa specifica del caso e della conseguente esigenza di completarne il quadro delle norme applicabili, esse possono rivestire il ruolo assai utile di regole di ultima istanza che soccorrono l’interprete alla ricerca della soluzione finale, disciplinando l’eventuale eccessiva creatività e contribuendo in tal modo a stabilizzare la funzione d’ordine dell’ordinamento.

Ma vi è però un altro ragionamento che potrebbe suggerire di tributare alle norme generali sul contratto (e specificamente a queste e non ad altre) un parti-

⁵ Lo sottolinea bene in apertura nel suo lucido, importante contributo, M. LIBERTINI, *Alla ricerca del “diritto privato generale”. Appunti per una discussione*, in A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell’autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, 266 ss.; ma anche G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, cit., 673, pur privilegiando – come si dirà a breve – una prospettiva assiologica di inquadramento delle norme di parte generale, allude ad una funzione residuale delle stesse in relazione alla “illusione” della completezza dei regolamenti di settore.

colare valore assiologico, e accreditare – di nuovo – l'idea di una loro necessaria esistenza. Ed è quel ragionamento per cui il contratto, indipendentemente dal fatto di rivestire il ruolo disegnato dall'art. 1321, è lo strumento che meglio di altri rappresenta il principio dell'accordo, o meglio dell'*accordarsi*. Un principio generale anch'esso della più ampia portata sociale e istituzionale, in ragione del quale si sancisce la regola primaria per cui qualunque decisione che non riguardi soltanto un individuo viene presa considerando le idee, la volontà e la partecipazione di tutti gli individui che ne sono coinvolti. Regole generali sull'accordarsi, coniate nella cifra della obbligatorietà, sarebbero dunque l'antidoto all'instaurazione di metodi autoritari di decisione sulle cose "comuni" o "di interesse generale" e assicurerebbero in quanto tali, per la loro vocazione ad un'applicazione ampia, la massima diffusione del metodo inclusivo dell'accordo paritario, quale strumento di partecipazione alle decisioni, suscettibile anche di espandersi oltre i confini del diritto contrattuale in senso stretto. O meglio, da un'altra specola, capace di espandere il diritto contrattuale oltre i limiti dei rapporti patrimoniali tra privati (ad esempio, a quelli privati non patrimoniali e a quelli "non" privati tra cittadini e PA). E questa generalità, con il suo valore assiologico, sarebbe tanto più ampia quanto più l'ordinamento allargasse la platea dei soggetti o delle occasioni nelle quali la decisione da prendere si struttura sul metro dell'accordo: e quindi ben oltre i soggetti capaci di agire e a favore degli incapaci o dei minori di età (cui sempre più spesso si rivolgono norme destinate a regolare determinati rapporti non necessariamente contrattuali); e ben oltre i rapporti patrimoniali, per coinvolgere rapporti strettamente personali in particolari circostanze, e non necessariamente bilaterali (ed è questo il tema del consenso informato). In altre parole, se questo fosse vero, sarebbero inderogabili e generali più di altre le norme che permettono di identificare un consenso autentico e ne stabiliscono le modalità di espressione. E lo stesso carattere avrebbero, di conseguenza, anche le norme che sanciscono il valore dell'accordo/consenso nel tempo e lo rendono effettivo (*pacta sunt servanda*)⁶.

⁶ Sembra muoversi in questa prospettiva S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, 597, nel descrivere per un verso una sorta di recupero del "consenso negoziale" per tutti gli interessi che non si prestano ad essere compresi nello strumento contrattuale e nel dispositivo dello scambio; e per altro verso, la tendenza a privilegiare – specie nella dimensione europea – la scelta libera e consapevole dei contraenti (la scelta cosiddetta *razionale*) in luogo della astratta volontà negoziale, in un quadro che esalterebbe l'autonomia privata contrattuale come strumento principe di realizzazione della libertà individuale e dell'autonomia della persona. Il che troverebbe riscontro nella moltiplicazione degli obblighi informativi, a presidio di qualunque scelta di autodeterminazione personale (da quelle contrattuali nei rapporti asimmetrici, a quella concernente l'utilizzo dei dati personali, o le terapie sanitarie); ma anche nella rimodulazione della disciplina della nullità posta in funzione anche protettiva dell'integrità della scelta del contraente protetto, a fronte della predominanza di mercato dell'altro (sulla quale rinviamo in questa sede, per tutti, al pregevole volume di A. LA SPINA, *Ristrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, 215 ss.): terreno sul quale si può misurare – di nuovo – il tema della crisi delle norme generali.

Dunque, l'opzione per una tale struttura generale del pensiero e dell'azione sociale andrebbe garantita da norme generali, dotate del carattere della vincolatività, almeno per quello che si ritiene debba essere il nucleo minimo (di elementi e/o di comportamenti) indispensabile per ritenere esistente un accordo nelle diverse circostanze: fra due o più soggetti, o nell'ambito di strutture più complesse in cui l'accordarsi è rimesso a tecniche di semplificazione che ne garantiscono il raggiungimento, come è il caso del principio di maggioranza nelle organizzazioni collettive (nelle società, nei condomini, nelle organizzazioni altre)⁷.

Ciò che più riveste interesse in questo ragionamento, e contribuisce a renderlo attendibile seppur nei limiti di tale peculiarità, è dunque il fatto per cui – diversamente da altre – tali norme generali, considerate dal punto di vista dell'ampiezza potenziale del loro campo di applicazione, assolverebbero infine al significativo compito di garantire l'effettività del *principio*, forse più che generale e di rilevanza istituzionale, della libertà e dell'autodeterminazione individuali: quello per cui l'individuo – dal momento nel quale *non è più suddito di altri e nemmeno del sovrano* – esprime il suo consenso sugli affari che lo riguardano e pertanto si autodetermina in piena libertà e consapevolezza e in questi stessi termini si accorda con altri. Sicchè in tal senso le regole generali sulla manifestazione del consenso e sull'accordo rivestirebbero un significato normativo e simbolico ben più ampio di quello riconducibile alla sua funzione nel diritto (dell'autonomia) contrattuale privato⁸.

Le considerazioni che precedono intendevano mostrare come, in relazione allo specifico punto di vista adottato, il tema delle norme generali può esibire aspetti contraddittori, a seconda che se ne consideri la portata in relazione al contesto della progressiva moltiplicazione delle fonti che regolano le materie contrattuali, ove risulta difficile individuare, definire e misurare il campo del-

⁷ Viene intesa nella chiave indicata nel testo la nozione di contratto contenuta nei Principi di diritto europeo dei contratti (in particolare nell'art. 2:201), a proposito della quale è divenuta di uso comune l'espressione per cui – ridotto alla sua essenza – il contratto come nudo consenso, depurato di ogni altro elemento contenutistico primo fra tutti la causa, sembrerebbe essere ormai una sorta di "osso di seppia". L'espressione fu coniata da C. CASTRONOVO (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti* (versione italiana), Milano, 2001, XXIII, e poi ripresa, fra i tanti da V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 330; C. SCOGNAMIGLIO, *L'autonomia contrattuale*, cit., 538, 544 ss.; ID., *I contratti d'impresa e la volontà delle parti contraenti*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, Milano, 2006, 504. Nel contesto del ragionamento che si sta svolgendo, il fenomeno indicato segnalerebbe una riduzione numerica delle norme generali a fronte – per contro – di un loro più ampio campo di applicazione.

⁸ È questo il messaggio finale restituito dal recente saggio di C. DE CORES HELGUERA, *Sulla teoria generale del contratto*, in *Jus Civile*, 2016, 306, tutto inteso a ricostruire sul piano storico il significato di una teoria generale del contratto come atto di libertà individuale, che ancora oggi rivestirebbe un valore imprescindibile e irrinunciabile, indipendentemente dalla frammentazione che il diritto positivo presenta, ad esempio, con riferimento a due modelli generali di contratto, quello ordinario e quello di consumo.

le norme generali e di quelle speciali. Ovvero in relazione al contesto variegato dell'autodeterminazione dell'individuo, ove al contrario talune norme generali(ssime) si avvicinano al rango di norme di principio e manifestano attitudine espansiva.

Ciò posto, credo che l'attenzione possa adesso concentrarsi sul tema della disciplina o regolazione dei contratti e dell'autonomia contrattuale privata.

2. *Le norme generali del diritto contrattuale nel contesto del codice civile. Il dibattito civilistico su "generale" e "speciale"*

Una breve ricognizione delle dottrine si impone, se non altro per misurarne la fruibilità attuale dei risultati. Non sembri perciò un fuor d'opera risfoderare qualche significativo dibattito, sulla scia di quanto fin qui precisato.

Il primo è per l'appunto quello che ha investito il valore dell'art. 1323 c.c.

Il secondo è quello che pone l'accento sul moltiplicarsi delle fonti e delle *rationes* di disciplina del contratto.

Ed il terzo ed ultimo è quello che non si accontenta di aver svelato gli esiti dispersivi della differenziazione delle discipline, ma continua ciononostante a cercare un bandolo per riavvolgere queste matasse o evitare quantomeno che le stesse si impiglino in un intreccio inestricabile.

2.1. *Sull'art. 1323 c.c.*

Stando al suo tenore letterale, e se ancora in tale ottica volessimo prenderlo in considerazione, l'art. 1323 sembrerebbe la soluzione di tutti i problemi. Nella limpida ricostruzione che Giuseppe Benedetti ne fa nel 1991, esso costituisce il fondamento positivo della categoria civilistica del contratto, la cui esistenza dunque non sarebbe più il mero effetto di un'opzione dogmatica, ma diventerebbe piuttosto una *necessità applicativa*. Tale categoria per di più presenterebbe una carica espansiva e addirittura un'*eccedenza di contenuto assiologico*, nella misura in cui il carattere astratto e generalissimo delle norme cui l'art. 1323 si riferisce è tale da potersi candidare a regolare in via diretta i contratti nominati, in combinazione con le norme che ne recano la disciplina particolare, e i contratti innominati, in combinazione con le norme create dagli autori del contratto e con quelle – applicabili in via analogica – dei contratti tipici funzionalmente più vicini⁹.

⁹ G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, cit., in particolare 660 ss. Il ragionamento dell'illustre A. è condotto in dialogo con le scuole che osteggiano l'unitarietà della figura generale del contratto, e trovano addirittura "inaffidabile" e sfuggente la norma cardine dell'art. 1321 e quella di cui all'art. 1325, che dovrebbe integrarla (in tal senso R. SACCO, *La*

Ciò che rende ancora utile ricordare questa costruzione è il suo connotato di completezza rispetto a tutti gli ingredienti del ragionamento civilistico classico. Quello *dogmatico*, nella misura in cui l'art. 1323 legittima il concetto e la categoria astratta di contratto, quale paradigma generale dell'autonomia privata, potenzialmente idoneo a comprendere tutte le manifestazioni concrete dell'autodeterminazione dei privati nel campo patrimoniale; quello *sistematico*, nella misura in cui esso fornisce un criterio per organizzare il rapporto tra le diverse sezioni della disciplina contrattuale, assegnando un'evidente primazia alle norme generali; quello *tecnico interpretativo*, perché sulla scia del precedente fornisce all'interprete gli strumenti di applicazione alla singola fattispecie delle norme del caso, nel rispetto dell'art. 12 delle preleggi, assegnando contestualmente alle norme generali il compito teorico di esprimere regole aventi talvolta il valore di principi, e quello pratico di entrare automaticamente in applicazione tutte le volte in cui i privati non abbiano diversamente disposto. Sicché in teoria nulla potrebbe restare fuori dall'eccedenza assiologica dell'art. 1323, e lo strumento Codice assolverebbe fedelmente al compito di assicurare la completezza dell'ordinamento, perfino di fronte allo sviluppo senza sosta delle leggi speciali e al dilagare delle legislazioni di settore, nessuna delle quali capace, però, di fornire una disciplina completa delle fattispecie previste: il che, ancora una volta, chiama in causa le norme generali¹⁰.

Questo dunque il punto di partenza. Ma adesso occorre andare oltre.

Un primo passo in avanti verso la rottura di questo edificio concettuale viene da chi, già in quegli anni, contesta la linearità del rapporto tra norme generali e norme speciali contenute nello stesso codice per disciplinare i singoli contratti tipici (Sacco, De Nova), vuoi perché poco si crede nella categoria generale del contratto, vuoi perché un'indagine attenta fra le maglie del codice civile rivela non indifferenti ipotesi nelle quali la norma speciale esclude quella generale (secondo il noto brocardo), sì da far dire che le norme generali non sono poi totalmente generali e che la frammentazione e la forza centrifuga delle disci-

nozione de contratto, nel *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1995, vol. X, 5, 15 ss.), e ciò – come meglio vedremo – in ragione della selva di significati riconducibili sia al termine “contratto” che al termine “accordo”. Ma per Benedetti la pluralità delle tecniche di formazione dell'accordo non inficia l'unità della figura contrattuale, che sarebbe garantita attraverso il *superiore* concetto (*più generale*) di “procedimento di formazione”, che esalta la dimensione dinamica della molteplicità degli atti di indole anche diversa che conducono all'atto finale della sequenza contrattuale: l'accordo, che mai può mancare (*op. cit.*, 655).

¹⁰ La chiave metodologica seguita da Benedetti è analoga a quella evidenziata nella nota precedente anche quando affronta il tema della utilità della parte generale del contratto a fronte delle articolazioni o frammentazioni restituite dalle leggi speciali. Anche qui, la pluralità non nega di per sé l'unità, attesa l'irrinunciabilità di un quadro sistematico, quale fornito dalle norme generali, al fine di evitare l'arbitrio nella soluzione dei problemi di disciplina posti dai regolamenti speciali, la cui completezza nient'altro sarebbe che una “colpevole illusione” (*op. cit.*, 672, 673 ss.).

pline speciali, se non addirittura eccezionali, rende poco utile discorrere di norme o di parte generale del contratto¹¹.

Questo tipo di critica tuttavia, a parte la palese ostilità dogmatica, si gioca prevalentemente nel contesto istituzionale del codice civile e delle sue articolazioni e in tal senso permette qualche precisazione utile. La prima è quella per la quale il codice non è di per sé un complesso del tutto monocromatico. La circostanza di prevedere diverse discipline per la risoluzione dei contratti, ovvero per l'annullamento in caso di dolo o errore, ne mostra per un verso la capacità di adattare le soluzioni alle varianti sociali più diffuse (l'essere una delle parti un imprenditore; ovvero l'essere il contratto a titolo gratuito piuttosto che oneroso, a prestazioni corrispettive, ovvero a esecuzione istantanea piuttosto che a tratto successivo); senza per questo sacrificare l'impostazione unitaria dell'autonomia contrattuale nei suoi pilastri fondativi, rispetto ai quali spostare la tutela ora a vantaggio di un contraente, ora a vantaggio di un altro, non è operazione che necessariamente modifica la *ratio* affermata nella cosiddetta parte generale¹²). A tutt'oggi, ad esempio, la giurisprudenza discute se la disciplina speciale dell'appalto in materia di inadempimento si applichi a tutti gli inadempimenti dell'appaltatore, oppure solo a quelli riscontrabili sull'opera compiuta e ultimata (ma difettosa e non funzionale); laddove invece al ritardo nella consegna, oppure all'adempimento parziale si applicherebbe la disciplina generale di cui agli artt. 1455 e seguenti del Libro IV¹³. E se pur

¹¹ Il prototipo della critica antigeneralista è rappresentato dal saggio di G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, 327, già paradigmaticamente pronunciato al Convegno veneziano della Civilistica italiana dello stesso anno, configurato dalla coppia crisi dogmatica/ riforme legislative. De Nova ritiene quasi 'mendace' il disposto dell'art. 1323, atteso che il lineare rapporto tra parte generale parte speciale non avrebbe (mai) trovato riscontro – a suo dire – nel diritto positivo. Per una ricostruzione più flessibile e articolata di queste posizioni e del relativo dibattito si vedano l'intervento pronunciato nella stessa occasione da P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, anch'esso pubblicato in *Contr. impr.*, 1988, 804; e i due contributi in sequenza di E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 379, 821 ss.

¹² Come si diceva in nota precedente, sembra più corretto osservare l'assetto codicistico per un verso in modo più analitico, ricostruendo il rapporto generale/speciale in modo tale da evidenziare quanto generali siano singoli gruppi di norme rispetto ad altri (quelle sulla risoluzione, ad esempio, rispetto a quelle sull'annullamento); per altro verso in modo non unilaterale, considerando le diverse interazioni tra norme generali e norme speciali (se sulla cifra dell'integrazione, o della deroga, o della specificazione). In tal senso si muove il secondo contributo di E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale*, cit., 521 ss., che conclude come la complessità del rapporto tra le due discipline non esclude, ma anzi postula la funzione necessaria della parte generale, quale disciplina anche di principi, idonea per ciò a contrastare i limiti di una normativa costruita unicamente sui "tipi" (*op. cit.*, 863 ss.).

¹³ In argomento, una efficace e ragionata rassegna degli orientamenti giurisprudenziali si trova in L. FOLLIERI, *L'appalto tra rimedi sinallagmatici generali e speciali*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 521, che argomenta sull'applicazione integrata delle due categorie di norme, nell'ambito della quale le norme generali avrebbero una posizione prevalentemente residuale.

si arrivasse ad ammettere, come si ipotizza in questo caso, una concorrenza fra norma generale e norma speciale, si prospetta che ciò sarebbe dovuto alla difficoltà di qualificare l'adempimento parziale nell'appalto rispetto ai "vizi quantitativi" dell'opera; ma non certo ad un depotenziamento di quelle tra le norme generali – dotate di un *quid pluris* – che assegnano al contraente infedele la responsabilità del suo operato, regolandone diversamente e in maniera diversa e appropriata nei vari casi il *come* e il *quanto*¹⁴.

Le norme generali dunque possono sopravvivere ad un fenomeno di differenziazione *interna* delle fattispecie in regole speciali riconducibili ad un medesimo principio: queste ultime sarebbero speciali nel senso di "particolari", *specie particolari di un genere comune*, come pure è stato evidenziato, e non nel senso di "altre" in quanto appartenenti ad altro genere¹⁵. In tal senso, anzi, potrebbe forse aggiungersi che le norme particolari perfezionano e arricchiscono il modello sociale di contratto (e di scambio) disegnato nelle norme generali e potenziano la capacità espansiva dello stesso agli schemi atipici che la prassi degli affari esibisce all'interprete, consolidando altresì la funzione di quel modello volta a strutturare i rapporti sociali secondo una certa logica. Non è casuale da questo punto di vista, la collocazione che il codice ha dato ai due modelli di contratto antitetici a quello strutturato dalle norme generali cui si riferisce l'art. 1323 con il suo disposto "espansivo". Ed infatti, se a questo plesso normativo generale riconduciamo – secondo un'idea condivisa – il modello di contratto espressione tipica dell'autonomia privata e perciò autodeterminato, paritario, causalmente connotato e tendenzialmente corrispettivo¹⁶,

¹⁴ La complessità crescente delle fattispecie è a sua volta ragione di un articolarsi delle norme generali in regole più particolari, o speciali, che tengono conto dell'esigenza di protezione di interessi specifici che nelle norme generali non troverebbero adeguata soddisfazione, senza per questo smentire i principi di fondo che sono alla base delle norme generali. È questo il caso, ad esempio, dell'applicazione dell'art. 1176, comma 2, alla responsabilità (professionale) per inadempimento degli istituti di credito attraverso la creazione della figura dell'*accorto banchiere*, che innalza il livello di diligenza della banca a prestazioni di maggior sicurezza anche di fronte a comportamenti del cliente non propriamente conformi agli standard legali o contrattuali, a motivo della nota "debolezza" di quest'ultimo e del livello di rischi tipici cui si fa carico al banchiere (non al cliente) di fronteggiare. In argomento si vedano le due non lontane sentenze della Cassazione n. 806 del 2016 e n. 25442 del 2015, in *Danno e responsabilità*, 2016, 844, con commento di M. GERBI, *La responsabilità delle banche tra principi generali e norme speciali*, 849.

¹⁵ A. GENTILI, *Contratti dei consumatori e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1479, che articola il concetto di specialità nel duplice, differente senso indicato nel testo. In applicazione di queste categorie, il contratto dei consumatori sarebbe "altro" dal diritto comune dei contratti, non solo per l'operare di regole "altre" (non meramente eccezionali), ma fondamentalmente per essere l'espressione di un diritto regolatore basato non su concetti astratti ma su politiche finalistiche intese a costruire un'altrimenti impossibile mercato razionale (*op. cit.*, 1489). Nell'analisi successiva tuttavia, l'A. individua una sorta di flusso di ritorno ad opera del diritto vivente, che attenua l'alterità prima descritta. Ma di ciò si dirà ampiamente più avanti.

¹⁶ Sarebbe interessante al proposito approfondire una riflessione che, per taluni aspetti, riduce il contrasto tra norme generali e norme speciali (o fra contratto in generale e tipi contrattuali

diventa interessante stigmatizzare i “luoghi” nei quali il codice ha collocato i due modelli ad esso antagonisti. Il modello del contratto seriale, eterodeterminato dal contraente forte e concluso per condizioni generali, è collocato sì nel medesimo libro, ma nella sezione dell'accordo delle parti, a sottolineare – camuffandola – la deviazione eccentrica del mancato incontro delle volontà nelle forme tipiche, sostituito dalle regole “integrative” della conoscibilità (quale onere del disponente, a pena di inefficacia) e della doppia firma delle clausole vessatorie¹⁷. E poi il modello del contratto liberale, rappresentato dallo schema della donazione, e significativamente collocato a ridosso della disciplina delle successioni, con la quale condividerrebbe in qualche modo la circostanza di orbitare intorno agli atti che hanno a riguardo la circolazione dei diritti *mortis causa*, semplicemente anticipandola¹⁸.

specifici) per come finora lo stesso è stato svolto, e sposta il terreno della discussione su altri temi. Ed è la riflessione per cui la cosiddetta parte generale del contratto altro non sarebbe che il risultato della forza espansiva del modello della vendita, il quale avrebbe fornito alla parte (e alla teoria) generale più che un istituto o una soluzione regolamentare; senza contare l'influenza del modello sulla configurazione di altri tipi contrattuali. In questa chiave, la crisi della parte generale sarebbe indice non tanto della crisi di un certo modo di costruire le regole, quanto della crisi di un modello di scambio preciso, rispetto a forme contrattuali che racchiudono operazioni economiche non proprio riducibili al modello (generale) della vendita. Si legga in questa prospettiva l'interessante saggio di G. D'AMICO, *La disciplina della vendita come “tipo generale”. Elogio della differenziazione, in Tradizione civilistica e complessità del sistema*, cit., 429, in particolare 441 ss., testo e note. Così come, ancora, sarebbe interessante rileggere il contrasto o comunque il rapporto tra norme generali e norme speciali alla luce dei processi culturali che hanno preceduto e poi seguito l'unificazione dei codici civile e commerciale nel Codice del 1942, nel quale, dalle due sponde del diritto civile e del diritto commerciale, si riscontra(va) ora un fenomeno di “commercializzazione del diritto privato” (anche con riferimento all'aumento di norme di chiara origine commercialistica); ora una sorta di persistente primazia del diritto civile a motivo proprio della sua tendenziale “generalità”, rispetto alla (peraltro sempre) rivendicata “specialità” del diritto commerciale. Sicché in questa chiave, la crisi della parte generale esprimerebbe, invero, un accrescimento dell'importanza dei diritti speciali e l'acquisto da parte di questi di una *vis espansiva* e ... generalizzante. Sulla qualcosa torneremo in seguito nel corso di questo lavoro. Per queste ultime riflessioni rinviamo al bel saggio di M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2015, 3, 1, e poi 21, 28, 34 ss.

¹⁷ Un *camuffamento*, questo, destinato ad essere svelato e a definitivamente scomparire con il recepimento della prima Direttiva europea sui consumatori, per aprire la stagione della *consumer law*, quale oggetto di successiva, apposita e sempre crescente codificazione.

¹⁸ Il confinamento della disciplina del contratto di donazione e delle altre liberalità nel libro delle successioni, e la sua configurazione apparentemente acasale e a forma solenne, sebbene articolata in più figure non sempre sceve da elementi di corrispettività, assumono il valore simbolico proprio di una codificazione fortemente orientata ad un modello economico di circolazione della ricchezza prevalentemente corrispettivo, ritenuto in quanto tale “razionale”, che vuole in tal modo occultare il ruolo giocato dai contratti gratuiti nei paradigmi sociali di comportamento e nella organizzazione efficiente dei rapporti economici. Vedi in argomento G. RESTA, *Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e “irrazionali”*, in *Oltre il soggetto razionale*, a cura di G. ROJAS ELGUETA-N. VARDI, Roma, 2014, 121 ss.; e G. D'AMICO, *La disciplina della vendita*, cit., 430 e nota 2.

Ad accettare queste considerazioni, dunque, il tema del ridimensionamento della valenza assiologica e interpretativa delle norme generali si sposta su un terreno diverso. Più precisamente, se l'elemento perturbatore viene identificato in un processo di frammentazione della disciplina del contratto, che potrebbe con altro linguaggio definirsi anche in termini di *differenziazione*; e se tuttavia non sembra possibile sostenere a priori che qualunque processo di frammentazione comporti necessariamente uno scadimento della funzione delle norme generali; allora l'interrogativo da porsi concerne il confine tra una frammentazione che rende ancora possibile una "vera" cultura giuridica generalista, e un processo di moltiplicazione delle normative che invece non la rende credibile, trasformandola piuttosto in un "desiderio... esigenza di una continuità lessicale e argomentativa..."¹⁹, come tale privo di valore sistematico.

Ora, lo spartiacque tra l'uno e l'altro processo non sembra poter essere meramente quantitativo, ma dipende con ogni evidenza da fattori qualitativi, ai quali possa imputarsi la veicolazione di un modello antagonista rispetto ai valori che alimentano il paradigma veicolato dalle norme generali, il quale – come noto – si contraddistingue per una configurazione del contratto quale strumento di esclusiva realizzazione dei fini individuali dei contraenti che liberamente lo concordano, quale prodotto della loro autodeterminazione, e ne conservano il dominio anche nelle fasi di esecuzione e di scioglimento. Ove invece questo modello non emergesse dalle *altre* normative contrattuali, per far posto ad una concezione del contratto come strumento che si dispone per il raggiungimento *anche di altri fini*, non strettamente individuali, allora si porrebbe il problema della utilità, ma ancor prima della legittimità di un uso della categoria generale del contratto, fondata su norme generali.

Più in particolare, sembra di potere in proposito confermare che le norme e il paradigma generale di contratto evocato dall'art. 1323 non sono depotenziati per effetto della mera moltiplicazione – *in quanto tale* – degli statuti contrattuali, che modifichino l'equilibrio tra le parti generale e speciali, nel senso sopra accennato. E nemmeno per l'eventuale previsione di norme eccezionali

¹⁹ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 151 ss., nel contesto di una metodologia che assume il diritto vivente e la pluralità delle fonti formali e informali a presupposto di un necessario capovolgimento della sistematica tradizionale del diritto civile, che non potrebbe più dar corso alle categorie ordinanti, se non all'esito di un procedimento interpretativo che *a posteriori* – non più *a priori* – costruisce la categoria in funzione degli interessi da proteggere, cioè *dal basso*. Quanto una siffatta metodologia decostruttiva influisca nel depotenziamento delle norme generali è del tutto evidente, come peraltro lo stesso A. scrive alle p. 23 e ss., nelle quali non solo non riconosce alle "norme generali" anteposte alla disciplina dei tipi una "incidenza diretta sulla creazione di categorie", ma evidenzia anche la loro disapplicazione da parte della giurisprudenza in casi socialmente assai rilevanti (come quello del leasing, sottoposto alla disciplina dell'art. 1526 piuttosto che del generale art. 1458). Così come evidenti sono le difficoltà di praticare tale metodologia con esiti non improvvisati e casuali: ciò che con ammirazione ma anche preoccupazione mette in rilievo, discutendo della proposta di Lipari, F.D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1.

che derogano incisivamente a quel paradigma in un numero per definizione assai limitato di casi che lo richiedessero – ad esempio – nel nome di un valore che esige riconoscimento senza condizioni.

Quest'ultima precisazione, nell'evocare un problema difficile di teoria generale, in qualche modo paradossalmente semplifica il nostro discorso. Ed infatti, se della norma eccezionale si coglie, sulla scia dell'art. 14 delle preleggi, la prescrizione (non la definizione, che non c'è) per la quale dette norme non sono suscettibili di alcuna applicazione analogica né estensiva, sono cioè del tutto prive di potenzialità espansiva ad altre fattispecie che non siano quelle cui il legislatore le ha riferite; e se ovviamente si riesce a dare di queste norme una definizione meno vaga di quella che l'art. 14 fornisce in maniera tautologica, collegandone la vigenza (a parte le situazioni catastrofico/emergenziali) a valori superiori o nuovi che possano giustificarne la vigenza stessa e il relativo regime; ne conseguirebbe allora che quantomeno nel mondo dei contratti la norma eccezionale non è in grado di contrapporre alle norme generali un diverso modello di relazioni sociali, poiché il suo limitatissimo campo di applicazione non è idoneo a configurare un *altro* modello antagonista, ma solo a modificare parzialmente l'operatività del modello generale in talune circostanze a numero limitato (così confermando il modello generale per l'appunto come tale). Certo il problema della individuazione della norma eccezionale non sempre è facile e lineare, se la norma non è strettamente collegata ad eventi contingenti, ma trova stabile collocazione in un contesto normativo: tuttavia, rimettendone l'individuazione ad un rigoroso e dovuto giudizio assiologico – i cui estremi qui non possono enuclearsi – l'operazione può esser tenuta sotto controllo dall'interprete²⁰.

2.2. Oltre il quadro dell'art. 1323

Se si condividono queste considerazioni, il problema torna allora a posizionarsi sul piano delle *norme speciali*, le quali potrebbero sì produrre un depotenziamento delle norme generali, ma nel momento in cui però si (ri)producessero in forma per così dire stabile e sistematica, in modo da restituire un *altro* e diverso paradigma contrattuale nel quale si ritrovassero alterati gli elementi

²⁰ Ci si limita in questa sede a rinviare alle pertinenti osservazioni in tema di norme eccezionali formulate da A. BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium iuris*, 2008, 429, 431 ss., laddove spiega come qualificare una norma come eccezionale “significa accantonare i canoni della logica formale per dare ingresso a un giudizio di valore in forza del quale verrà sterilizzata la potenzialità normativa di un precetto dell'ordinamento”; contestualmente negando “l'ingresso a quella concorrente competenza ordinatrice che al giudice è in via generale riconosciuta dall'art. 12, comma 2”: operazione che può e deve essere giustificata da “buone ragioni”; e a quelle offerte da M. LIBERTINI, *Alla ricerca del diritto privato generale. Appunti per una discussione*, in *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, a cura di A. PLAIA, Milano, 2008, 270 ss.

tipici dell'autonomia privata, costitutivi del paradigma generale prima descritto, e si constatasse la perdita da parte di quest'ultimo della potenzialità espansiva propria del carattere generalista delle sue norme. In altre parole, l'interprete deve poter dire che in quell'ambito di relazioni sulle quali è intervenuta una disciplina *speciale*, le parti non hanno o non conservano il dominio esclusivo del rapporto, perché gli interessi cui il contratto è funzionale secondo la normativa speciale non sono del tutto riferibili alle loro ragioni individuali; e al tempo stesso che tale normativa non si riconduce a situazioni contingenti e transitorie (insomma, *eccezionali*), bensì a scelte e opzioni stabili, in grado di conferire al modello di contratto così istituito una sua propria capacità espansiva e di strutturazione delle relazioni umane: qualità che – in teoria – sarebbe tipica delle norme generali.

Ora, stabilire quando ciò accada, dal punto di vista teorico che qui si è prescelto, non è certamente cosa semplice. Come si avrà modo di constatare, il legislatore (e il riferimento non è certamente soltanto al soggetto nazionale) non segue sempre la stessa metodologia di produzione normativa: in un contesto di complessità sociale e soprattutto di interconnessione tra mercati, economie, società e ordinamenti, i diversi *rules makers* si muovono secondo input variegati, ora legati alla posizione contrattuale dei contraenti (o di uno dei essi)²¹; ora legati alla particolare complessità e delicatezza dei mercati di riferimento²²; ora legati alla ritenuta opportunità di perseguire obiettivi di politica economica che a loro volta impongono una disciplina imperativa, quando non una presenza pubblica²³; o a quella di disciplinare l'impatto crescente che le tecnologie possono produrre sulle relazioni umane²⁴. Ovvero, su altri piani,

²¹ Ed è il caso della normativa consumeristica, incentrata sull'atto di consumo, e dunque sulla posizione di asimmetria informativa in cui si trova strutturalmente chiunque acceda al mercato per acquistare beni o servizi destinati a bisogni personali. Sulla specialità della disciplina consumeristica e sul coordinamento con la disciplina generale del contratto, si veda E. BATELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, 425.

²² Ed è il caso della legislazione in materia bancaria e finanziaria, nella quale confluiscono aspetti propri della *consumer law*, ma anche aspetti propri della funzione di regolazione dei mercati, a motivo del carattere tipicamente macroeconomico e globale delle relazioni finanziarie, come dimostrato dalla presenza di Autorità indipendenti.

²³ Ed è il caso della legislazione sui contratti e mercati regolamentati di alcuni servizi, una volta gestiti in condizioni di monopolio pubblico, e ora privatizzati (energia, telecomunicazioni, ecc.), ove pure operano Autorità indipendenti anche in funzione di regolazione della concorrenza.

²⁴ Ed è il caso, infine, dei rapporti legati al commercio elettronico, al tema del controllo della circolazione dei dati personali, e al mondo del digitale e della robotica, ancora regolamentato in modo embrionale a livello di Unione europea (si veda la Risoluzione del Parlamento Europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103 8INL))P8_TA-PROV(20170051). Il riferimento è, ad esempio, al tema degli smart contracts, meccanismi di esecuzione automatica di un contratto basati su un algoritmo che provoca una reazione automatica ad un certo impulso, sullo schema del "se, allora": ora, quanto più l'algoritmo – il robot – è capace di apprendere e di assumere decisioni

legati alla scelta di far emergere e dare forma ad interessi fino a quel momento lasciati alla indifferenza giuridica²⁵. Ebbene, a fronte di uno o più di tali elementi distintivi della legislazione speciale, l'interprete dovrà constatarne, e ne avrà l'onere della relativa motivazione, sia l'idoneità a conferire a quel nucleo di norme una connotazione identitaria e di tendenziale completezza (in qualche modo *sistematica*); sia contestualmente l'inidoneità tendenziale delle norme generali a disciplinare quei rapporti.

L'impatto di questa operazione ricostruttiva è tutt'altro che secondario, se non altro in ragione dell'esito che vi è in gioco. Innanzitutto quello di ridefinire *per difetto* l'ambito di applicazione delle norme generali, ridimensionandolo; e poi anche quello di sottoporre a verifica la tenuta dei molteplici schemi teorici di lettura che da tempo si utilizzano per rappresentare e dominare sul piano applicativo il fenomeno in esame – la crisi delle norme generali e la frammentazione o differenziazione della normativa comune del codice civile –; sì da costruttivamente reagire alla “mistica” dell'unità del fenomeno contrattuale.

È utile pertanto, prima di svolgere qualche personale conclusione, dare conto almeno di qualcuno dei più significativi fra tali schemi di lettura offerti sul tema dalla dottrina civilistica, negli ultimi tempi.

Superata la dimensione critica che contrappone norme generali e norme speciali nella prospettiva del rapporto tra parte generale e parte speciale del codice civile²⁶; ma superata anche la prospettiva della *mera* decodificazione, che in verità nella versione più decostruttiva che esita nella primazia dell'esegesi non offre spunti significativi ai nostri fini²⁷; la specola attraverso la quale vorrei proporre una più compiuta riflessione sul tema è duplice. Per un verso vorrei nuovamente segnalare le ricostruzioni che meglio evidenziano il fenomeno e ne danno una lettura non meramente descrittiva; per altro verso – come annunciato – vorrei evidenziare fra queste ultime quelle che, pur assegnando alla parte generale del codice (o alla stragrande maggioranza delle sue norme) un compito oramai meramente residuale, tuttavia non disperdono il concetto delle norme generali, ma semmai lo ridisegnano, o lo dislocano fuori dalla

autonome, tanto più diventa difficile considerarlo come un mero strumento dell'agire umano. Una rappresentazione chiara e semplice del fenomeno in D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, 378, in particolare 386 ss.; e A. STAZI, *Automazione contrattuale e “contratti intelligenti”*, Torino, 2019.

²⁵ E potrebbe questo essere il caso dei rapporti personali che si sono sviluppati oltre gli schemi del matrimonio.

²⁶ La prospettiva di G. De Nova, per intenderci.

²⁷ La prospettiva di N. Irti, che esita nel *Nichilismo giuridico*, Bari, 2004, fortemente criticata da N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., 7, 17 ss., laddove immerge il paradigma generale/speciale nel contesto degli ordinamenti multilivello e della pluralità delle fonti, per esaltare la funzione dell'interprete nella “creazione” della norma del caso e neutralizzare così in punto teorico il proceduralismo nichilistico che impropriamente svincola il diritto dai fini del suo essere.

sede codicistica e lo riallocano altrove e diversamente: così infine salvandone la funzione sul piano della teoria generale, contestualmente ridefindendola. Il che – a parte i profili meramente qualificatori e di mero ordine sistematico – potrebbe essere per l'interprete un risultato più che vantaggioso sul piano della difficile ricerca delle norme applicabili al caso. Tanto più se il “caso” in questione presenta elementi non lineari, o si pone all'incrocio di diverse discipline, ovvero ancora sollecita quegli orientamenti culturali che privilegiano la soluzione “giusta” a quella formalmente corretta.

2.3. *Diritto primo e diritti secondi*

In questa prospettiva, merita di essere ripreso innanzitutto il dibattito sorto intorno all'idea che propone quale chiave di lettura del fenomeno in esame la coppia diritto generale o *diritto primo* e diritti speciali o *diritti secondi*. Il dibattito nasce invero negli anni '80²⁸, ma continua successivamente, prendendo atto di quanto la produzione di diritti secondi si fosse sganciata dal tradizionale terreno dei “libri” del codice civile e avesse perciò superato l'idea che il diritto civile o privato generale fosse quello dell'obbligazione, del contratto, della proprietà e della responsabilità civile, e i diritti secondi (o derivati) fossero il diritto del lavoro, il diritto commerciale, il diritto industriale, ecc.

Un decennio addietro, la ripresa del tema all'insegna della coppia diritto civile/diritti speciali si interroga sull'autonomia e autosufficienza dei secondi rispetto alle categorie del diritto civile, paventando l'idea che gli stessi si siano ormai dotati di principi propri “di sistema”²⁹, ma si concentra in verità su specifici tipi di problema (l'abuso di dipendenza economica, talune invalidità, i patrimoni destinati, i patti di prelazione, ecc.)³⁰, che rappresentano una

²⁸ Con il contributo di C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, 158; che lo riprende poi nel successivo saggio *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Diritto civile e diritti speciali*, cit., 5, 13 ss., confermando l'elemento identificativo più importante del paradigma, secondo il quale il diritto secondo non può deragliare dal diritto primo se non in forza di una precisa regola derogatrice.

²⁹ Il riferimento è al citato volume a cura di A. PLAIA, *Diritto civile e diritti speciali*, il cui tema è dal curatore chiaramente rappresentato nell'Introduzione (p. 1 ss.) attraverso l'affermazione per cui i diritti speciali si sarebbero ormai dotati di principi generali propri, tali da renderli sottosistemi tendenzialmente compiuti, autonomi e dotati di capacità espansive. Una prospettiva – come si dice nel testo – assai lontana da quella evocata nella prima fase di creazione di questo paradigma.

³⁰ Ciò significa che il fenomeno della differenziazione, o frammentazione delle discipline, viene rilevato e studiato *trasversalmente* all'interno degli istituti del diritto civile, e non (soltanto) nei rapporti fra questo e i cosiddetti diritti secondi. E significa anche, pertanto, che il depotenziamento recente delle norme generali è più profondo di quanto già non sia stato quello che ha “sottratto” i classici diritti secondi alla piena sottomissione al diritto primo. Per meglio comprendere questa controversa prospettiva, si vedano ad esempio il contributo di P.

prospettiva diversa da quella originaria, la quale invece prevalentemente si interrogava sul rapporto tra diritto civile (a mo' di diritto primario generatore di prodotti "secondi") e interi settori di discipline contraddistinti ciascuno dall'attenzione rivolta ad una tipologia specifica di rapporti sociali.

Questo cambio di prospettiva va sottolineato.

Non è chi non veda, in verità, quanto poco senso abbia configurare oggi in termini di diritto primo e diritti secondi le relazioni che intercorrono tra il diritto civile e il diritto industriale o commerciale o del lavoro. Basti solo considerare che ciascuno dei cosiddetti diritti secondi si presenta oggi come un insieme diversificato e sofisticato di discipline rispetto alle quali ipotizzare una primarietà del diritto civile introduce un'immagine di primazia (gerarchica) che non ha riscontro concreto (se mai lo ha avuto in passato). Non si tratta solo di una questione linguistica, ma semantica: la coppia primo/secondo, ma in taluni casi anche la più neutra coppia generale/speciale inducono ad una falsa idea di un sistema a struttura verticale nel quale le normative collocate nei piani inferiori restano per così dire tributarie di quelle collocate ai piani superiori³¹: il che fornisce una rappresentazione assai semplificata rispetto alle complesse relazioni che – tanto per fare un esempio fra i molti – è possibile oggi costruire fra il diritto civile e il diritto che per consuetudine accademica e concorsuale chiamiamo "diritto industriale". Ed infatti, se consideriamo oggi il diritto industriale come etichetta che riassume le normative (nazionali, europee, internazionali, ecc.) aggregate attorno ai temi dell'innovazione e delle ricadute che la tutela delle innovazioni produce nel mercato sul piano della regolazione della concorrenza, l'idea che il diritto industriale si possa ancora definire un "diritto secondo" non è soltanto ingenua, ma è per l'appunto falsa, atteso che i tipi di problema che esso regola esorbitano da quelli che il diritto civile primo aveva messo in forma pur con categorie astratte e generali e dotate della capacità espansiva di cui si parlava. Le tecnologie recenti dell'industria

IAMICELI, *Patrimoni destinati tra codice civile e legislazione speciale*, in *Diritto civile e diritti speciali*, cit., 115 ss., ove il tema della separazione patrimoniale e della destinazione reale di alcune risorse a taluni interessi determinati (a dispetto della regola generale dell'art. 2740 e del principio della *par condicio*) è analizzato anche in riferimento a "nuove" norme (generali?) che sembrano trasformare il potere di separare e destinare pezzi di patrimonio da facoltà eccezionale del *dominus* a normale – si direbbe – "forma di esercizio di autonomia privata" (*op. cit.*, 122); ovvero quello di A. ALBANESE, *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, *ibidem*, 159, sulla moltiplicazione (a) sistematica delle nullità cosiddette speciali; ovvero infine quello di M. NAPOLI, *Categorie generali e specialità nel diritto privato: il diritto del lavoro*, *ibidem*, 253 ss., al quale la distinzione in esame sembra non più adeguata, nel momento in cui scrive che "la ragione per la quale per il diritto del lavoro non va usata la categoria del diritto secondo sta proprio nell'impossibilità di considerare il diritto del lavoro come mero terreno di verifica di soluzioni del diritto civile", attesa la sua tendenza a "edificare costantemente un sistema" (*op. cit.*, 263, c.n.).

³¹ In tal senso si muove anche la critica di M. LIBERTINI, *Alla ricerca del diritto privato generale*, cit., 275.

4.0, ma già le precedenti, applicate in un contesto di relazioni sovranazionali e di mercati interconnessi hanno ampiamente sopraffatto l'orizzonte del diritto primo e del vecchio diritto industriale "secondo" del codice civile, dove la disciplina della concorrenza non era ancora pienamente disciplina del mercato (dei comportamenti di mercato delle imprese, anche contrattuali: dalle intese, ai contratti di distribuzione, ai contratti di trasferimento tecnologico), ma più semplicemente disciplina dei rapporti di correttezza fra imprenditori; mentre la disciplina delle innovazioni si realizzava in quella dei beni immateriali tipici, come categoria contrapposta ai beni materiali di cui al lapidario art. 810 del codice civile, senza conoscere le tematiche delle informazioni commerciali³² o dello sfruttamento o creazione di nuove risorse intangibili, ma non riconducibili al paradigma tipico dei beni immateriali³³. Senza andare molto oltre sul punto, potremmo sarcasticamente chiederci quale oggi sia il diritto primo e quale il secondo, se è vero fra l'altro che la teoria dei beni può e certamente deve essere riformulata dal civilista proprio a partire dal diritto secondo, che si riversa con tutta la sua forza d'urto sul primo, mettendone in discussione non tanto e non solo l'operatività di istituti singolari, ma vorrei dire l'intera prospettiva. Pur se – ed è questo un profilo di teoria generale che ha ricadute propositive – il fenomeno offre al giurista colto l'opportunità di tentare la rifondazione delle categorie generali in una diversa prospettiva, e in tal senso di *rigenerare un "diritto generale"* che non si alimenta più però della contrapposizione tra diritti primi e diritti secondi o tra diritto civile generale e diritti speciali, bensì delle regole e dei principi ricavabili dal contesto complessivo delle fonti, nazionali e transnazionali, che governano un certo settore di relazioni.

Anche il diritto del lavoro, nella sua attuale configurazione, offre elementi di grande interesse per superare le dicotomie di cui discorriamo. E ciò indipendentemente dal modo in cui gli istituti dello scioglimento del rapporto di lavoro vanno disciplinati al confronto con gli istituti del cosiddetto diritto primo della risoluzione del contratto; o da quello attraverso il quale sia più corretto configurare l'impossibilità temporanea della prestazione lavorativa a confronto dell'art. 1256, comma 2, o con l'art. 1464. Ancora una volta è una questione di prospettiva: semplificando, quella del diritto primo, confluita nel diritto del lavoro "secondo" organizzato attorno alla figura del lavoratore subordinato e alla sua protezione dalla superiorità del datore, era una prospettiva individua-

³² Assunte ad oggetto di un diritto di proprietà industriale dalla riforma del CPI (artt. 98 e 99) attuata a seguito del recepimento della Direttiva *Trade Secret* 2016/943/UE. In argomento, S. SERAFINI, *Luci e ombre della nuova disciplina sul segreto commerciale*, in *Corriere giuridico*, 2018, 1329; M. LIBERTINI, *Brevi note sui rimedi risarcitori e indennitari a tutela dei segreti commerciali*, in *Contr. impr.*, 2018, 3; V. FALCE, *Ingegneria inversa e decompilazione come limiti alla tutela del segreto commerciale. Spunti sull'intima coerenza del Codice della Proprietà Industriale*, *ibidem*, 36.

³³ Sui quali ci si permette di rinviare al nostro *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 955, con riferimento ai cosiddetti diritti di creazione amministrativa.

listica tipica di un'economia industriale, nella quale la contrapposizione forte si celebrava fra il capitale e le organizzazioni sindacali in una dimensione ancora spiccatamente di "fabbrica" (tanto è vero che la specialità del diritto del lavoro si giocava, oltre che sul tema della subordinazione, su quello della efficacia generale del contratto collettivo rispetto alla lettera dell'art. 1372). Il diritto del lavoro di oggi ha superato questo orizzonte, se è vero che il tema attorno a quale esso si riorganizza ruota intorno alle questioni del *mercato del lavoro*, oltre la fabbrica, ma anche oltre gli stati e oltre la stessa idea di una prestazione definita e configurata nel contratto secondo lo schema rafforzato della previa determinazione del tempo di durata, dell'orario, della mansione, cioè *di un oggetto del contratto comprensibile in chiave civilistica*³⁴. La bizzarra figura del lavoro agile³⁵ o *smart working*, nell'introdurre per l'appunto massima *agilità* da concordare volta per volta fra le parti sul tempo e sul luogo della prestazione, senza vincoli precisi e con ricorso eventuale a strumenti tecnologici³⁶, si riversa sul diritto primo con una forza d'urto che mette a disagio il civilista, ma anche il lavorista abituato alla difesa delle prerogative del lavoratore subordinato, suggerendo all'uno e all'altro il compito teorico di rigenerare un "diritto generale" che – di nuovo – non si alimenti più della contrapposizione tra diritti primi e diritti secondi o tra diritto civile e diritti speciali, ma sia in grado di dominare le fattispecie eccentriche garantendo un'equilibrata protezione degli interessi in gioco.

E gli esempi potrebbero continuare. Per esempio con riferimento al diritto commerciale³⁷.

³⁴ Per la comprensione dei termini di questa torsione si rinvia la contributo di L. FIORILLO, *Uno diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessione*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 368/2018; A. ALAIMO, *Lo statuto dei lavoratori autonomi: dalla tendenza espansiva del diritto del lavoro subordinato al diritto dei lavori. Verso una ulteriore diversificazione delle tutele?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 589; A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 341/2017.

³⁵ L'art. 18 della legge n.81/2017 definisce il lavoro agile come "modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva".

³⁶ In argomento, A. PERULLI, *Il Jobs act del lavoro autonomo e agile*, cit., 13 ss

³⁷ E a quanto già accennato circa le controverse vicende della cosiddetta *autonomia del diritto commerciale* rispetto al diritto civile, prima, intorno e dopo l'unificazione dei codici, come rappresentate da M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., *passim*.

2.4. La frammentazione dei modelli contrattuali

Passando adesso ad altre proposte ricostruttive, il disagio verso la categoria del contratto in generale³⁸ supera la dicotomia primo/secondo e attraversa una fase che propone una sorta di numerazione dei paradigmi contrattuali, senza implicazioni gerarchiche ma atta ad evidenziare un progressivo scorporo dall'ambito operativo del primo contratto (quello *in generale*), del contratto dei consumatori (il secondo contratto), e poi del contratto fra imprese (il terzo contratto) nella sua versione del contratto B2b, asimmetrica quanto il contratto B2c³⁹. E poi un'altra fase che invece risistemizza e offre dell'universo contrattuale la dicotomia fra due mondi, quello del diritto *comune dei contratti* e quello del diritto dei *contratti del mercato*, connotato quest'ultimo dalle discipline di governo delle asimmetrie contrattuali (*tutte*) e di contrasto dei fallimenti del mercato⁴⁰. Analoghe versioni enfatizzano la dicotomia, con prevalente riferimento al contratto dei consumatori, dichiarando l'alterità di genere del secondo rispetto al primo; ma nel contempo rilevando un avvicinamento del primo alle logiche del secondo ad opera del diritto vivente e attraverso l'uso delle clausole generali; senza escludere non solo una funzione integrativa delle norme generali rispetto ai contratti di consumo, purché sinergiche rispetto alla politica del diritto che essi esprimono; ma anche altre commistioni fra i vari modelli sulle cifre della giustizia o dell'efficienza, in ragione delle quali contratti civili, del consumatore, del cliente, dell'investitore, come dell'imprenditore ecc. confluirebbero in una sorta di "sistema empirico" – l'espressione è importante – in cui i concetti di uso comune non sono dogmi, ma "puri strumenti"⁴¹.

Altre impostazioni, infine, danno risalto ad un diverso ma non meno dirom-

³⁸ Che invero continua a sopravvivere senza alternative nella didattica del diritto privato, e nella manualistica.

³⁹ È la proposta che troviamo formalizzata nel volume a cura di G. GITTI-G. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008; proposta che, traendo spunto dalla disciplina dell'abuso di dipendenza economica nei contratti di subfornitura ha dato poi adito alla formulazione di un nuovo paradigma contrattuale, quello del contratto con asimmetria informativa, che vedrebbe affiancati il contratto con il consumatore e il contratto asimmetrico fra imprese in posizione non paritaria. Per questa prospettiva si rinvia al nostro *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti reticolari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 549.

⁴⁰ V. ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in *Oltre il soggetto razionale*, cit., 25 ss., il quale include nella sistemazione dei contratti asimmetrici "del mercato" anche il modello del S2C (*Supplier to Customer*) ovvero del rapporto tra fornitore professionale di beni o servizi e "cliente" tout court (*op. cit.*, 31 ss.). Gli esiti del ragionamento di Roppo si appuntano infine sui possibili modelli di regolazione del mercato (autoritari o gentili, secondo la proposta recente del *nudge* (*op. cit.*, 44 ss.).

⁴¹ In tal senso A. GENTILI, *Contratti del consumatore*, cit., 1492, 1499 ss., che pronostica un arretramento dell'alterità fra i due modelli ed una loro progressiva "confusione". Sul punto si tornerà oltre nel testo.

penne fenomeno di depotenziamento delle norme generali, il quale, se volessimo proseguire nella numerazione di cui sopra, potrebbe identificare un *quarto* contratto nelle ipotesi accomunate dall'intervento di Autorità amministrative indipendenti sull'attività contrattuale degli operatori che prestano beni e servizi nei settori di mercato tecnicamente sottoposti a regolazione amministrativa, in funzione proconcorrenziale. Sono le ipotesi del cosiddetto "contratto amministrato", attraverso interventi di varia intensità e di multiformi modalità operati dalle varie Autorità amministrative indipendenti come la Consob, la Banca d'Italia, l'Autorità per le comunicazioni elettroniche, o per l'Energia, e con peculiarità singolari anche l'Antitrust. Per questi particolari contratti, il tema dell'applicazione delle norme generali passa attraverso il riconoscimento o meno alle Autorità di regolazione del potere di intervenire sul contenuto dei contratti anche in deroga alle norme codicistiche e indipendentemente da una *specificata* previsione legislativa. Pur se a segnare irreversibilmente lo statuto eteronomo di queste figure, e a legittimare l'idea di una lontananza *strutturale* delle stesse dal paradigma del contratto "in generale", resterebbero comunque, anche in difetto di questo autonomo potere di deroga, le ordinarie facoltà di conformazione dei contratti con gli utenti, in termini di contenuto, qualità di servizi, obblighi di trattamento degli utenti ecc.⁴².

3. Oltre la frammentazione, ancora "alla ricerca" delle norme generali

I riferimenti di letteratura fin qui segnalati sono sufficienti a dare un'idea compiuta del modo in cui la scienza giuscivilistica ha rappresentato le discontinuità e le lacerazioni prodottesi nel tessuto del diritto dei contratti, e dunque l'impossibilità di riprodurre il tradizionale assetto dogmatico delle norme generali, nella dimensione centrifuga e multilivello che i più disparati processi normativi hanno impresso a questa materia (ma non solo a questa).

E tuttavia, la ricerca di una dimensione generale della normativa e del recupero di riferimenti aggreganti non è stato mai del tutto abbandonato. Ed è qui che nasce l'interesse a proseguire in questo tipo di riflessione, a cominciare dalla ricognizione delle metodologie all'insegna delle quali, esplicitamente, si è

⁴² Per la sistemazione di questa ulteriore fenomenologia si veda innanzitutto il volume a cura di G. GITTI, *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, con i contributi dello stesso GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, 91 ss., ad opinione del quale "il diritto civile dei contratti si è ritirato nell'ombra", mentre il rilievo economico del contratti civili coinciderebbe con quello dei negozi notarili e delle vendite immobiliari in particolare (*op. cit.*, 93); e di M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, 65. Più di recente, si segnala però l'interessante monografia di C. SOLINAS, *Il contratto "amministrato". La conformazione dell'operazione economica privata agli interessi generali*, Napoli, 2018, 116 ss., che affronta sistematicamente il tema della valenza delle norme generali nei contratti sottoposti a vigilanza di autorità indipendenti come segnalato nel testo.

tornati negli anni più recenti a parlare di parti generali, e talvolta anche di un *nuovo paradigma generale* di contratto. E soprattutto delle ragioni che ancora giustificano questa tendenza, pur in assenza nel nostro ordinamento di un intervento legislativo simile a quello che, in altri paesi, ha portato alla riforma e alla cosiddetta modernizzazione del codice civile, e in presenza tutto al contrario di una prevalente politica di moltiplicazione dei codici.

Vale dunque la pena cogliere alcuni spunti utili per tentare una possibile sintesi.

In un contributo come sempre profondo e lucidamente attento a fotografare “tempi e luoghi del diritto dei contratti” nella contemporaneità, Umberto Breccia scrive che gli uni e gli altri “invitano a moltiplicare le “aggregazioni sistematiche”, pur se i vari contratti sembrano “razionalmente ribellarsi a una chiusura artificiosa all’interno di ciascun comparto”⁴³. L’idea che si è affaccia non è quella di una ripresa di vigore della pur vigente parte generale della disciplina dei contratti, quanto piuttosto – ed è bene enfatizzarlo – l’emersione di *aggregazioni sistematiche*, proprie di una complessità in movimento alla quale si deve dare ordine, ma che non può essere negata auspicando un mero ritorno al passato. L’Autore ne fornisce un variegato caleidoscopio, opera anche di una giurisprudenza creativa, nel quale istituti e norme di parte generale appaiono e scompaiono, nelle diverse esperienze europee, accompagnandosi a tentativi di nuove categorizzazioni – come quella del contratto asimmetrico – che tuttavia stentano a trovare “una nuova identità non contestata”⁴⁴. Non priva di importanza in questo contesto di osservazione la recente riforma francese, che ha seguito la via della parte generale, o del diritto comune dei contratti, per un verso eliminando la nozione di causa, ma introducendo per altro verso una disciplina generalizzata dell’obbligo informativo, delle clausole vessatorie nei contratti per adesione, della violenza economica e dell’*imprevision*. Una riforma all’insegna di una dubbia modernizzazione, funzionale negli intenti all’attrazione di investitori stranieri attraverso una disciplina meno complessa e imprevedibile, ma non per questo capace di perpetuare il valore ormai declinante della categoria contrattuale⁴⁵. In un precedente contributo di una decina fa, lo stesso Breccia aveva sostenuto l’importanza (non di una categoria, ma) di *norme di ordine generale*, da coltivare non in omaggio a un astrat-

⁴³ U. BRECCIA, *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, Editoriale, in *Contratti*, 2018, 1, 8 ss.

⁴⁴ U. BRECCIA, *Tempi e luoghi*, cit., 17.

⁴⁵ U. BRECCIA, *Tempi e luoghi*, cit., 15. Sulla riforma del *Code Civil* francese si veda il Numero monografico di Persona e mercato, 2018, 1, a cura di G. VETTORI-E. NAVARRETTA-S. PAGLIANTINI; nonché G.B. FERRI, *Une cause qui ne dit pas son nom. Il problema della causa del contratto e la riforma del terzo libro del Code Civil*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 1, il cui titolo è già sufficientemente eloquente sulla portata effettiva della riforma, in quella parte che più ha fatto scalpore. Nello stesso senso, orientato a dimostrare la “necessità” sistemica della causa negli ordinamenti moderni, M. BARCELLONA, *Un’altra complessità: L’orizzonte europeo e i problemi della causa*, in *Jus Civile*, 2016, 359.

to dover essere ispirato al primato del metodo sistematico, ma in risposta alla complessità dei problemi del diritto contemporaneo. Ed aveva a tal fine proposto l'elaborazione di un criterio ermeneutico mediante il quale combinare – tra fattori di continuità e fattori di discontinuità – norme generali e norme speciali, superando il pregiudizio di minorità di queste ultime, per la migliore e più responsabile soluzione del caso. Il criterio che l'Autore definisce della *armonizzazione selettiva* opererebbe in tal senso a propiziare la soluzione più efficace anche in un contesto di razionalità settoriale⁴⁶.

In definitiva, l'indicazione metodologica consistente nell'invocare o riscontrare “aggregazioni sistematiche” che esibiscono una razionalità di settore, costruita su un livello di astrazione e generalità inferiore a quello proprio della normativa generale dei contratti, ma non per questo meno efficace, è quella che – in definitiva – merita di essere valorizzata, e comincia ad accreditarsi.

Ed infatti, un altro recentissimo contributo, non a caso intitolato nell'*incipit* a “I nuovi luoghi di una parte generale del contratto”, ne fa sostanziale applicazione con riferimento all'arcipelago dei *contratti bancari consumeristici*, che trovano la loro disciplina in una pluralità di fonti, da quelle codicistiche, al TUB, fino ad includere i provvedimenti delle Autorità di Vigilanza, e che in ragione di ciò si mostrano recalcitranti ad essere ingabbiati in categorie precostituite quali quelle che contrappongono il diritto generale dei contratti al diritto dei contratti d'impresa. Piuttosto, un'analisi filologica accurata della intersezione delle varie (fonti di) norme applicabili, alla luce dei principi che vi si possono estrapolare – primo fra tutti quello che regola il concorso di norme attraverso il criterio dell'applicazione della norma più favorevole al consumatore – restituisce un microcosmo normativo ove si trovano *norme generali* proprie della contrattazione bancaria, che soppiantano il disposto dell'art. 1323, archiviano l'illusione ottica di un TUB come sede di norme speciali separate, e fanno sì contestualmente che il sottosistema si candidi con forza espansiva fino a contaminare – se ancora si vuole usare questo linguaggio – quel diritto primo del quale è ormai difficile occultare il suo essere sede decaduta di norme generali⁴⁷.

⁴⁶ U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., 31. Di particolare interesse, nel lungo *excursus* offerto sul tema oggetto di queste note, sono la terza e la quarta parte del saggio, ove il carattere *diversamente generale* delle norme viene ricostruito non una volta per tutte (secondo un qualche canone aprioristico), ma con attitudine analitica ai diversi livelli che la normativa – non solo nazionale ovviamente – offre all'interprete con riferimento ora alla struttura, ora ai rimedi, ora ai singoli tipi contrattuali (alcuni dei quali hanno aspirazioni alla generalità). Di qui l'elaborazione anche applicativa di quel criterio dell'*armonizzazione selettiva* (già annunciato a p. 56), il quale consente le più diverse modalità di interazione e combinazione fra norme comuni e norme settoriali, all'insegna di un primato del caso *funzionale ad una scelta responsabile e trasparente*, e soprattutto adeguata alla neo-complessità dei nostri tempi (99, 101 ss.).

⁴⁷ Il riferimento è al recente lavoro di S. PAGLIANTINI, *I nuovi luoghi di una parte generale del contratto e la Cattedrale dei contratti bancari*, in *Contratti*, 2018, 253. I ragionamenti dell'A.

Ma non si tratta solo di questo. Anche il diritto dei contratti dei consumatori, quale prototipo del diritto europeo dei contratti, riceve un'implementazione – principalmente rappresentata dalla revisione orizzontale delle Direttive – *equivalente alla costituzione di una parte generale*, rinvenibile tutte le volte in cui le norme prendono in considerazione un problema transtipico o una modalità di contrattazione. Questa parte generale avrebbe pure un suo fondamento e una ragion d'essere di natura assiologica, in quanto strumento di realizzazione del mercato concorrenziale e dei principi del pensiero ordoliberal della Scuola di Friburgo, penetrati nei Trattati⁴⁸. Ad uno sguardo panoramico da un punto di osservazione più elevato, questa ricostruzione abbandona la dialettica generale/speciale attraverso la quale il diritto dei consumi è solitamente compreso, e sembra non aver timori nel configurare la coesistenza di *più parti generali*, sistematicamente rappresentabili in relazione ad una loro *ratio sistemica*, la cui elucidazione può poi aiutare l'interprete a definire, espandere e/o confinare il relativo campo di applicazione, indipendentemente dalla regola organizzativa formale per cui la *lex specialis* prevale su quella generale⁴⁹.

Se la scienza giuridica civilistica ritenesse ancora importante per il proprio statuto epistemologico, o quantomeno utile per il proprio compito pratico, non rinunciare alla strutturazione di norme generali (fino a quando il legislatore – ma quale? – non trovi le condizioni per provvedere in tal senso), allora il percorso da ultimo indicato si propone senz'altro come metodologicamente più efficace di quelli che, invece, tentano ancora di ricostruire una parte generale o un paradigma generale di contratto in un'ottica che tende a nascondere o a esorcizzare i crescenti processi di differenziazione delle discipline giuridiche. I contributi che sembrano intitolati in tal senso non giungono invero ad approdi significativi, vuoi per il tramonto a livello europeo della Proposta di

con riferimento alle varie ipotesi di applicazione combinata di norme sono sempre impeccabili, soprattutto laddove l'opportuno cambio di prospettiva metodologica sulla individuazione dei "luoghi" delle norme generali gli fa giustamente dire che – alla luce del criterio vigente nella materia consumeristica – le norme regolatrici dei contratti (*ex art. 1323 c.c.*) potrebbero prevalere su altre (del TUB) solo in quanto *più favorevoli*, ma non in quanto norme – *di per sé* – generali (p. 257). Il che è quanto basta per impostare non in modo decostruttivo il tema che qui stiamo esaminando.

⁴⁸ È questa l'impostazione di P. SIRENA, *La dialettica parte generale – parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Il diritto europeo dei contratti*, cit., 493.

⁴⁹ Ciò è quanto emerge dal ragionamento posto a base del saggio indicato, in base al quale la circostanza per cui il diritto dei consumi sarebbe il diritto contrattuale posto a rimedio del fallimento del mercato, ne farebbe non solo l'*unico* diritto concepibile (e possibile) alla luce del principio di sussidiarietà (e dunque della stessa competenza dell'UE), ma anche un diritto a vocazione generale, applicabile a tutti i contratti di consumo a prescindere dal *tipo* specificamente adottato (*op. cit.*, 495 ss.); ma non estensibile tuttavia ai contratti che non trovassero il loro presupposto nel fallimento del mercato. In altre parole, la *consumerizzazione* del diritto contrattuale è una eventualità che deve essere "scartata a livello comunitario e considerata con particolare cautela a livello nazionale", semmai in una dimensione selettiva, ma in tal senso benefica (p. 501 ss).

Regolamento di un diritto comune europeo della vendita, atto a superare la separatezza del diritto dei consumi in vista di un “contratto senza numeri e aggettivi”⁵⁰. Vuoi perché ancora incerti appaiono, nelle parole di chi li ipotizza, i percorsi verso un modello generale che sappia fondere il paradigma antropologico dell'uomo medio, fatto proprio dal codice civile (ancorché non esclusivo), con quello dell'agente razionale, che invece connoterebbe il contratto di matrice europea⁵¹. Non sembra siano riproducibili, in altri termini, le condizioni che negli anni '40 – '50 portarono all'unificazione dei Codici, all'insegna di un “diritto privato generale” nel quale riuscivano a riconoscersi le scuole più sensibili alle dinamiche del diritto contrattuale, sia i giuscivilisti che i giuscommercialisti, pur conservando questi ultimi alcune valide ragioni per continuare a professare il carattere specialistico della disciplina dell'attività e dei contratti di impresa rispetto a quella propriamente *civilistica* dell'individuo proprietario⁵².

⁵⁰ G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, 1190. L'Autore in sostanza parte dall'idea del superamento della figura del contraente mero consumatore nella legislazione interna e comunitaria, come si evincerebbe dall'inclusione (in tutto o in parte) nella medesima disciplina del “cliente” o “acquirente” del servizio turistico, delle microimprese, del fruitore di servizi di elettricità ecc. Circostanza che legittimerebbe una riflessione sulla categoria del “contratto asimmetrico”, ma soprattutto l'introduzione di un metodo nuovo di organizzazione della disciplina dei contratti fondato su alcuni strumenti generali, individuati nella causa in concreto, nell'uso della contrarietà a norme imperative, della clausola generale della buona fede, dei diritti fondamentali (*op. cit.*, 1205).

⁵¹ S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in *Europa e diritto privato*, 2016, 597, il quale discorre per un verso di un rilancio del principio dell'autodeterminazione; ma per altro verso della strutturale inidoneità del paradigma del consumatore (o del cliente) a porsi come nucleo di una nuova disciplina generale del contratto. La sistematica ricostruita da questo Autore con riferimento al Contratto di diritto europeo (Torino, 2012) resta perciò parziale, ancorché *generale* nell'ambito dei rapporti asimmetrici di consumo (che il Codice del consumo abbia comunque una valenza generale, è un dato presente in dottrina, come bene dice F. ADDIS, *Il “codice” del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. contr.*, 2007, 872 ss.). A risultati non diversi giunge anche un altro autore, che si interroga sulla possibilità di costruire un nuovo paradigma generale di contratto europeo, alla luce dei principi, sebbene nel contesto di una instabilità normativa che certo non gioca in tal senso. Il riferimento è al contributo di V. RICCIUTO, *La disciplina del contratto di diritto europeo: i tentativi di costruzione di un nuovo paradigma generale di contratto*, in *Contr. impr.*, 2016, 1327, 1330 ss., il quale tuttavia sembra intravedere tra i dati normativi a disposizione e lo scopo teorico annunciato una serie di ostacoli ai quali non crede che il civilista possa già sin d'ora fornire una risposta positiva.

⁵² Si rinvia sul punto al citato saggio di M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., *passim*. Ma si veda anche S. DELLE MONACHE, “Commercializzazione” del diritto civile e viceversa, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 489, che definitivamente archivia l'idea del diritto commerciale come diritto secondo, configurandolo piuttosto come una parte del diritto privato generale, quantomeno a partire dall'emanazione del nuovo codice civile e dalla sparizione dell'atto di commercio, momento a partire dal quale il diritto commerciale e il diritto civile, come Oppo insegna, «hanno concorso a formare il diritto privato comune del codice del 1942» (*op. cit.*, 495 ss.). L'A. non nasconde la necessità attuale di una maggiore integrazione tra le due discipline.

Ma è giunto il momento di tirare le fila del discorso, alla luce dell'analisi svolta.

4. (segue) *Il senso della ricerca*

La questione delle norme generali rinvia innanzitutto ad una definizione o a un criterio per individuarle. Non v'è motivo di modificare quanto affermato all'inizio di queste considerazioni, e cioè che sono generali, in una misura variabile e relativa, le norme dotate di un carattere di astrattezza tale che le rende applicabili ad un numero indefinito di casi, o fattispecie. Le norme generali, quanto più neutro si presenta il loro contenuto, tanto più efficacemente svolgono una funzione integrativa dell'ordinamento – *fanno sistema* – e strutturano nel tempo i rapporti sociali nella direzione corrispondente alla loro *ratio*.

Ci si deve chiedere in tal senso se questa loro funzione tecnica e storica sia – ed in che misura – una necessità degli ordinamenti moderni e contemporanei. Ovvero, in altri termini, se la loro presenza costituisce un fattore di efficienza che migliora le potenzialità regolative di un ordinamento dal punto di vista della sua capacità di comprendere i casi nuovi o non previsti e di garantire dunque una maggiore stabilità e prevedibilità dei rapporti sociali.

La risposta a questo interrogativo può sembrare abbastanza ovvia se si prende in considerazione un assetto normativo “semplice” dominato da strutture come i codici civili, nelle quali le norme generali occupano storicamente un “luogo” e una posizione di primazia, anche assiologica e non solo nel campo contrattuale, e rappresentano perciò nel contempo una risorsa preziosa sul piano interpretativo nella misura in cui implementano l'operatività di un procedimento come quello proprio dell'art. 12 delle preleggi al nostro codice civile.

Ma il ragionamento può cambiare invece, e notevolmente, se si volge lo sguardo agli ordinamenti complessi, che derivano tale complessità da fattori qualitativamente non omogenei, che ricorrono spesso contestualmente. Dal pluralismo delle fonti normative (che induce altre forme di primazia)⁵³; al carattere transnazionale dei rapporti cui devono fornire regolamentazione⁵⁴; all'elevato livello di tecnologia o complessità interna dei rapporti medesimi⁵⁵;

⁵³ Il diritto europeo, ad esempio, con la sua istituzionale *primauté*, sulla quale si rinvia al nostro *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, 87 ss. In argomento, anche N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore*, cit., 16 ss., che evidenzia come il contesto europeo abbia complicato l'alternativa – di per sé ambigua – tra parte generale e parte speciale; e C.U. SCHMID, *Il difficile coordinamento tra norme generali e norme speciali nel sistema pluri-ordinamentale europeo*, cit., *passim*.

⁵⁴ Per esempio, e tipicamente, i rapporti che si basano sul commercio elettronico; o quelli che comunque si collocano nel contesto del mercato unico.

⁵⁵ Si pensi ai contratti la cui elaborazione o esecuzione implica l'uso di tecnologie infor-

alla inevitabile interconnessione dei sistemi nei quali i rapporti si costituiscono⁵⁶. Anzi, a fronte di tali categorie di rapporti *le norme generali tradizionali* non solo servono poco, perché comunque offrirebbero una comprensione limitata o superficiale dei problemi da regolare, ma possono anche rivelarsi inadeguate, cioè fornire una risposta inefficiente e socialmente indesiderata al problema. Circostanza, questa, che ne depotenzia la funzione integrativa e pure quella residuale. La loro sorte sembra in tal senso destinata alla quiete, e lo spazio da esse occupate destinato ad essere coperto – sul piano dell'*efficienza* – dal dilagare delle norme e degli *ordinamenti* di settore, in tutte le versioni anche delegificate che esse presentano; ovvero – sul piano della *giustizia* – anche dall'applicazione diretta dei principi, che esalta il carattere vieppiù giurisdizionale degli ordinamenti⁵⁷.

Non è più tempo dunque di norme generali⁵⁸?

La complessità generatrice della differenziazione normativa ha forse cancellato dall'esperienza giuridica contemporanea il ruolo delle previsioni astratte e generali, per consegnare le risposte del diritto all'ipertrofia dei *rules makers* e al dialogo delle Corti?

Avrebbe ancora senso una riforma del codice civile, nella parte generale dei contratti (ma anche dei beni e della responsabilità), e quale obiettivo si potrebbe assegnare a questa scelta? Oppure non c'è alternativa all'implementazione degli specialismi, ovvero al dilagare senza controllo di un approccio alla giustizia del caso concreto privo di riferimenti generali? E quale dovrebbe essere il contenuto di questa riforma del codice civile se ad oggi la costellazione dei codici speciali o di settore⁵⁹ che lo circonda – e che è destinata ad accrescersi – si è

matiche sofisticate; dai contratti di investimento, a quelli bancari e di assicurazione; a quelli che comunque fanno utilizzo di sistemi informatici (e si pensi al lavoro su piattaforma, o agli *smart contracts*).

⁵⁶ Ed è ancora il caso dei contratti che hanno ad oggetto strumenti finanziari, per definizione operanti sui mercati globali e perciò interconnessi.

⁵⁷ Ancora una volta l'impostazione teorica di U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema*, cit., 64 ss., esibisce lucidità e metodo. L'A. si chiede "come debbano essere ripensati ... il diritto comune dei contratti e il diritto particolare" (c.n.) e moltiplica le domande in tal senso con una corretta metodologia di articolazione, proporzionata alla complessità dei problemi. Ma anche alla già presente complessità degli ordinamenti vigenti, nei quali riscontra diversi livelli di astrazione e generalità, che riassume nel numero di sette (*op. cit.*, 66). Non si può che suggerire, dunque, un'attenta lettura di questo importante contributo.

⁵⁸ È l'interrogativo che prendiamo a prestito da M. LIBERTINI, *Alla ricerca del diritto privato generale*, cit., 275.

⁵⁹ Tra i quali pure è talvolta necessario operare un coordinamento, come nei casi trattati da A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "Codici di settore"*. (Lo *ius variandi nei Codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche*), in *Riv. dir. civ.*, 2016, 136, il quale correttamente imposta la questione domandandosi quando può dirsi generale la regola del diritto privato. E come va pertanto costruita la relazione di specialità. In argomento anche E. BATTELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, cit., 435 ss.

svilupata a ridosso di quella stessa complessità che ne ha reso vieppiù inadeguati libri e settori? Si può davvero pensare che l'eliminazione della causa o la sua conservazione, o la positivizzazione dell'efficacia della presupposizione possano segnare un nuovo destino delle codificazioni eredi del *Code Napoleon* nel nuovo millennio⁶⁰?

Gli interrogativi si moltiplicano, ma nessuno di questi può essere soddisfatto attraverso una risposta secca. Così come nessuna risposta potrebbe ragionevolmente ritenersi definitiva se non dopo aver ricostruito l'ambito dei rapporti che ancora restano coperti dalle norme generali e speciali del codice civile, a fronte di quelli che invece ne sono definitivamente sottratti e ricevono una disciplina di settore, a sua volta codificata o comunque sistematizzata, dotata di suoi principi che rendono inutile il richiamo delle norme generali del codice civile.

Certo è comunque che alcune fra le sistemazioni proposte per comporre il rapporto tra il vecchio diritto privato generale e i diritti cosiddetti speciali o secondari non possono più ritenersi ad oggi soddisfacenti. Appare necessaria piuttosto una reimpostazione del tema adeguata al contesto normativo attuale, connotato dalla pluralità delle fonti normative (formali e informali) e dal declino del monopolio statale delle leggi, che rende per l'appunto inadeguata qualunque sistemazione astrattamente gerarchica del rapporto fra i vari plessi normativi.

Ed infatti, invocare la primazia del diritto contrattuale generale *in quanto tale* ha ben poco senso a fronte dello sviluppo - nelle chiavi più sopra evidenziate - della normativa codificata sui contratti bancari, sui contratti finanziari, o di assicurazione, e sui contratti del consumatore, i quali ultimi peraltro impingono trasversalmente in ciascuna delle categorie menzionate. E altrettanto poco senso avrebbe - anche sul piano dell'efficienza - invocare quella primazia rispetto al mondo variegato dei contratti di impresa, di contenuto diverso da quelli or ora indicati e riguardanti invece i rapporti di mercato in senso stretto, nel contesto attuale immersi in una articolata disciplina intesa a preservare il carattere competitivo del mercato, bilanciando la vocazione espansiva delle imprese e la loro tendenza ad appropriarsi di spazi di mercato in funzione esclusiva con la necessità di garantire un gioco competitivo che stimoli l'innovazione e un elevato livello di qualità dei prodotti e dei servizi offerti a vantaggio di consumatori e utenti.

In questi come in altri settori, e lo abbiamo già osservato, i diritti secondari hanno sopraffatto il cosiddetto diritto primo e continuare a riassetare i rapporti tra queste discipline utilizzando quella nomenclatura significa non solo negare l'evidenza di una tendenziale e a volte straripante completezza dei diritti

⁶⁰ Per una visione panoramica del processo di riforma del Code Civil si rinvia, oltre che al già indicato numero speciale di *Persona e mercato*, cit., anche ai contributi pubblicati nel volume a cura di D. VALENTINO, *La riforma del Code civil: una prospettiva italo-francese*, Napoli, 2018, in particolare a quelli di J. ROCHFELD, *Le contenu du contrat: que reste-t-il de la cause?*, 83; e di B. MALLET-BRICOUT, *La violence par abus d'un état de dépendance*, 121.

secondi, a fronte della quale forse la normativa generale del codice potrebbe apparire incompleta, quando non inadeguata; ma significa soprattutto ignorare il complessivo contesto normativo e istituzionale nel quale i diritti secondi si sono sviluppati: un contesto fondamentalmente complesso, nel quale la disciplina del rapporto contrattuale è spesso condizionata dalla valenza *transnazionale* dell'operazione economica, a sua volta dipendente dal carattere ormai interconnesso dei singoli mercati – parti del mercato unico, ma non solo – sui quali il rapporto produce il suo impatto e dai quali riceve impulso. Basti pensare ai contratti di distribuzione selettiva tra produttori e distributori, solitamente transnazionali, e perciò rilevanti sul piano della concorrenza nel mercato unico, rispetto alla cui disciplina viene in gioco quel pluralismo di regole europee e nazionali che in alcun modo consente di ordinare i diversi plessi normativi secondo la cifra del primo e del secondo⁶¹.

Così come, analogamente e per le stesse ragioni, continuare a contrapporre le norme *generali* del contratto alle norme cosiddette *speciali* del TUB o del TUF significa negare l'evoluzione di questi codici verso la produzione di norme e principi a loro volta generali, che hanno nel tempo perduto la loro caratteristica di “norme in deroga”, per sviluppare invece quella dell'autonomia, se non dell'autosufficienza, in una dimensione ancora una volta transnazionale, nella quale la tutela del risparmio e della stabilità finanziaria (fattori che solo per ingenuità possono ritenersi irrilevanti rispetto ai contenuti dei contratti bancari) sono questioni del tutto sottratte alle sovranità nazionali, e consegnate ad un sistema di vigilanza europeo. Sicchè in tutti i casi di operazioni economiche che presentano tali caratteristiche, la combinazione eventuale tra norme cosiddette generali tradizionali e norme speciali, ammesso che le prime possano essere rintracciate in una specifica sede normativa piuttosto che in più “luoghi”, non può certo avvenire all'insegna di una pregiudiziale primazia delle norme generali (sempre che le si possa individuare in maniera univoca), ma solo adottando un criterio interpretativo funzionale alla ricerca della normativa più adeguata al problema che il caso presenta, e che può trovarsi in un “luogo” non necessariamente coincidente con il codice civile, o non solo con quello⁶².

⁶¹ Il ragionamento che in forma sintetica si propone nel testo nasce dalle più ampie riflessioni che si trovano nel nostro *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., al quale ci si permette di rinviare, specificamente al Cap. III, 192 ss., ove un'applicazione della teoria della frammentazione normativa, quale prodotta dall'interferenza nel diritto privato tra fonti nazionali, fonti europee, formali e informali, nel contesto del tramonto del monopolio statale delle leggi, e la proposta di una metodologia eclettica (p. 211 ss.) che assume come *normale* il decentramento e la pluralità delle normative concernenti le diverse materie (specie quella contrattuale), e del tutto residuale l'unità del sistema normativo. Proponendo infine un conseguente paradigma interpretativo basato sull'elaborazione di regole di combinazione, o di collisione, fra norme e/o sistemi normativi, che rende superato qualunque altro paradigma applicativo di tipo gerarchico: quale quello del rapporto “primo/secondo” o “generale/speciale” di cui si discute adesso in questo contributo.

⁶² Si rinvia sul punto ai citati contributi di U. BRECCIA, *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*,

Non è più tempo dunque di norme generali? A parziale sintesi di quanto osservato fin qui sembrerebbe di dover concludere che, no, non è più tempo di norme generali. Ma ho già detto che una risposta secca non sarebbe adeguata alla complessità giuridica e sociale che si è posta a base delle riflessioni. E allora provo ad articolare.

Non è più tempo di norme generali se queste si identificano a priori con una fonte formale specifica – escludendo dal nostro ragionamento le fonti di natura costituzionale – e se tra questa fonte e le altre si istituisce un pregiudiziale rapporto gerarchico, in virtù del quale la norma generale vige se non è espressamente derogata o deragliata. Questa regola non è più vera per le ragioni fin qui esposte in merito all’evoluzione dei cosiddetti diritti

cit., *passim*; e di S. PAGLIANTINI, *I nuovi luoghi di una parte generale del contratto*, cit., *passim*. Una interessante vicenda, che ha messo alla prova la valenza delle norme generali rispetto alle norme speciali, è quella concernente la cosiddetta “usura sopravvenuta”, fattispecie che si verificherebbe allorché un tasso di interesse legittimamente concordato tra mutuante e mutuatario si trovi nel corso della esecuzione del contratto a diventare superiore al tasso soglia, così come determinato ai sensi della legge antiusura n. 108/1996. La controversa vicenda, connotata dal susseguirsi di norme di legge – anche di interpretazione autentica –, da contrasti giurisprudenziali e da una decisione della Corte costituzionale, ha avuto formalmente un esito negativo in una decisione delle SS.UU. che ribadisce come la rilevanza del tasso ai fini della sua usurarietà sia da stabilire con riguardo al momento della pattuizione degli interessi, e non del successivo pagamento delle rate da parte del mutuatario. Trattasi di Cass., SS.UU., 19 ottobre 2017, n. 24675, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 524, con nota di G. SALVI, *L'irrilevanza dell'usura sopravvenuta alla luce del vaglio forse definitivo delle sezioni unite*, *ibidem*, 517, la quale tuttavia, riprendendo un’indicazione di Corte cost., 25 febbraio 2002, n. 29, ritiene anch’essa che, seppur debbano ritenersi inapplicabili alle fattispecie in discorso le norme sanzionatorie di cui alla disciplina dell’usura, ciononostante il mutuatario può far valere gli strumenti di tutela di cui alla normativa generale sui contratti (vedi sentenza del Supremo collegio ora citata, 527 ss.): evidentemente escludendo la tutela nella forma della nullità e della inefficacia della clausola sugli interessi divenuti “usurari”. Con ciò evidenziandosi quantomeno una stranezza: e cioè che una soluzione ritenuta del tutto legittima sul piano della fattispecie in base ad una norma puntuale (quella della legge antiusura) possa in qualche modo venire scardinata da una norma generale, operante su un terreno diverso da quello della fattispecie! Che infatti è stato in maniera sfuggente e imprecisa individuato sul terreno della esecuzione del contratto, alla luce della clausola generale della buona fede, che potrebbe impedire, *in talune specifiche circostanze tutte da individuare*, la esigibilità degli interessi. La soluzione si presta a diversi rilievi critici, fra i quali interessa mettere in evidenza in questa sede quello per cui il richiamo delle norme generali in funzione *residuale* avviene in questo caso non per colmare una lacuna delle norme speciali, ma – tutto al contrario – per tentare di ribaltare il contenuto testuale della norma speciale, *ubi lex dixit e non tacuit*, in applicazione di una metodologia che, seppur viene incontro ad un rilievo astrattamente comprensibile circa la disparità di trattamento che *di fatto* investirebbe contratti di mutuo che si trovano ad essere eseguiti nello stesso arco temporale, tuttavia finisce con il praticare surrettiziamente una sorta di applicazione retroattiva di una legge con contenuti penali e civili. Si vedano sul punto gli intelligenti commenti di G. D’AMICO, *Usurarietà sopravvenuta: un problema ancora (parzialmente) aperto*, in *Giustizia civile.com*, n. 2, 2017; e ancora G. SALVI, *L'usura sopravvenuta al vaglio delle Sezioni Unite tra negazionismo e correzione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 797 ss.; U. BRECCIA, *Tempi e luoghi*, cit., 8 ss.; I. MASPES, *La nullità sopravvenuta*, in *Contr. impr.*, 2018, 1358 ss.

secondi o speciali, là dove essa è avvenuta in forma sistematica.

Può ancora e forse *deve* esser tempo di norme generali – ma in un senso *altro* dal precedente – se si prende atto invece della circostanza per cui gli ordinamenti occidentali di questo millennio si dispongono secondo una logica reticolare e non gerarchica, funzionale e di *interconnessione paritaria*, in coerenza con il carattere interconnesso dei mercati e delle relazioni finanziarie, ma anche con il carattere transnazionale degli scambi, di consumo e tra imprese, ed ancora in coerenza con una cultura dei diritti fondamentali che reclama attuazione e vigenza immediata: un contesto, quindi, che può conoscere e conosce *diversi livelli di norme generali*, che chiamano in causa un criterio di combinazione o di bilanciamento e non di preconstituita primazia formale⁶³.

Ma in che senso allora può ancora esser tempo di norme generali?

È qui che il tema in oggetto può intrecciarsi con quello – oggi alla ribalta – di una possibile riforma del codice civile, sulla scia di quanto avvenuto in altri paesi europei, che tenga conto della sua attuale funzione e del valore che ancora si può o deve riconoscere ad una codificazione tendenzialmente fondata su norme generali.

Quanto alla funzione, è vero che l'ambito di rapporti economici cui esso attualmente presta disciplina generale e speciale è stato vieppiù risucchiato dai codici di settore, creando talvolta fratture incolmabili (come può essere il caso dei contratti bancari o finanziari), ma resta comunque il fatto teorico e simbolico che il codice contiene ancora taluni dei principi fondamentali che struttureranno la logica dei rapporti contrattuali in una società liberale e concorrenziale, e che variamente sono stati riportati, adattati e riproposti nelle normative di settore. Così creando per un verso l'esigenza di ridefinirne il valore e i contenuti, modernizzando le categorie tramandate⁶⁴; per altro verso la necessità di stabilire norme appropriate di coordinamento e di combinazione delle regole generali con quelle di settore e anche fra queste ultime⁶⁵.

Più in particolare, infatti, l'elaborazione di norme e principi propri in seno

⁶³ Nel nostro volume, *Certeza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., 215 ss., si propone a tal fine una serie di ipotesi casistiche astratte, nelle quali la ricostruzione della disciplina più appropriata del caso viene elaborata attraverso diversi criteri di combinazione, non gerarchica, di norme, diretti ad individuare quella disciplina a partire dal problema posto dal caso e dal plesso normativo che appare più adeguato, secondo il criterio prevalente del *substantive law approach*.

⁶⁴ Ad esempio, il principio dell'accordo contrattuale, nella sua valenza concernente la posizione di tendenziale parità dei contraenti, certamente è alla base della complessa disciplina degli obblighi informativi introdotta a livello comunitario per i contratti asimmetrici; la quale non ha altra *ratio* che quella di ripristinare con norme imperative ciò che le dinamiche degli scambi spontaneamente non riescono a garantire: e cioè la consapevolezza e l'autodeterminazione dei contraenti, che nasce solo da un consenso informato.

⁶⁵ Sul punto ancora F. ADDIS, *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, cit., *passim* e A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "Codici di settore"*. (Lo *ius variandi* nei Codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche), cit., *passim*.

alle normative di settore ha creato e continuerà a creare problemi che vorrei chiamare di *amministrazione del reflusso*, cioè di quella sorta di percorso di ritorno e di impatto della disciplina di settore sulla normativa generale: un percorso che include il rischio di generare accoppiamenti impropri o “confusione” tra principi e fattispecie assai diversi, fin qui spesso amministrati attraverso l’uso delle clausole generali, ma che un Codice che si vuole restituito all’altezza dei suoi compiti – anche simbolici – dovrebbe invece governare nel senso di un maggior controllo e di una maggiore certezza. È questo il fenomeno già menzionato che si osserva nella recessione progressiva della distanza – ad esempio – fra diritto generale e diritto speciale del consumo, laddove elementi e impulsi alla giustizia sostanziale e all’efficienza di mercato, tipici del secondo, penetrano nel primo attraverso il ricorso giurisprudenziale alle clausole generali o l’applicazione “allargata” delle norme speciali, creando quello che acutamente è stato definito una sorta di sistema ancora molto “empirico”, un “rinnovato diritto generale dei contratti”, che include contratti civili, di consumo, di utenza, tra imprese, ecc.⁶⁶.

Il fatto è che, comunque, un sistema così giustamente definito come meramente *empirico*, non governato da una qualche logica che diriga nella combinazione delle norme e renda possibile la replicabilità della decisione, evitando nel contempo la casualità cangiante della giustizia del singolo caso concreto, non serve all’obiettivo di conservare la funzione e l’utilità delle norme generali, quali norme di chiusura e completamento delle lacune, che siano al contempo espressivi di principi comuni⁶⁷. Sicché questo processo di reflusso e di ridefinizione delle norme generali andrebbe amministrato compiendo lo sfor-

⁶⁶ È questa la conclusione dell’analisi svolta da A. GENTILI, *Contratti dei consumatori e diritto comune dei contratti*, cit., 1499. Esprime di recente voci critiche su questo percorso anche L. BALESTRA, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1127, in particolare 1138 ss., ove l’A. discorre del tema della giustizia contrattuale e dell’uso della clausola di buona fede quale grimaldello per scardinare l’equilibrio diviso dalle parti attraverso una logica paternalistica che rischia di fare dell’autonomia contrattuale “da sempre considerata un valore in sé, uno strumento asservito” (*op. cit.*, 1147). La controversa questione della giustizia contrattuale è stata oggetto di una molteplicità di interventi, che non possono qui essere ricordati. Sia sufficiente rinviare perciò, ai fini di una visione d’insieme, a quelli di E. NAVARRETTA, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1262; V. CALDERAI, voce *Giustizia contrattuale*, *Annali Enc. dir.*, VII, Milano, 2014, 447 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 495 ss.

⁶⁷ Merita in tal senso attenta considerazione la proposta a suo tempo avanzata da M. LIBERTINI, *Alla ricerca del diritto privato generale*, cit., 269 ss., il quale, proprio ai fini di un ripensamento della categoria delle norme generali, fornisce due indicazioni metodologiche precise: richiama in primo luogo la necessità di determinare quali siano i “beni” giuridici di rilevanza costituzionale (ambiente, famiglia, concorrenza, ecc.), i diritti fondamentali e i principi organizzativi fondamentali, rispetto ai quali è possibile strutturare una normativa generalista; e poi ancora evoca “l’attitudine a pensare regole giuridiche ‘trasversali’ rispetto alla grande dicotomia” pubblico/privato, che possano valere tanto nel campo dell’autonomia privata, quanto in quello dell’autonomia pubblica. Una metodologia che, con ogni evidenza, supera i limiti derivanti da una definizione precostituita del diritto privato generale (*op. cit.*, 273).

zo di risintetizzare – ove possibile – a livello più alto le categorie del diritto civile investite dai processi di frammentazione e differenziazione normativa, affinché le stesse riescano ad esprimere non più aprioristici dogmi astrattamente qualificatori, quanto piuttosto lo *strumento* o il *procedimento* di cui gli ordinamenti attuali si servono per governare la crescente complessità che li contraddistingue.

Si tratta evidentemente di un compito assai gravoso per la scienza giuridica che voglia ancora coltivare una cultura generalista all'altezza della complessità. Ma non mancano gli spunti e gli impulsi⁶⁸.

Ad esempio, con riferimento ad alcuni temi posti dal crescente uso della robotica e perciò dell'intelligenza artificiale, non è mancato chi, con argomenti assai ben costruiti, ha evocato la categoria della soggettività, quale *dispositivo* flessibile, non dogmatico, variabile e proporzionabile, idoneo a governare tutte le zone di attività dei robot (degli algoritmi) che comportano la capacità di elaborare dati e assumere decisioni autonome, delle cui conseguenze anche dannose gli attuali dispositivi della responsabilità civile potrebbero non riuscire a farsi carico⁶⁹. Analoghi procedimenti mentali hanno condotto, invero, anche coloro i quali hanno affrontato il tema della tutela dell'embrione proprio in chiave di soggettività, ancora una volta accettando l'idea di una soggettività

⁶⁸ A partire da quello proposto dal più volte menzionato contributo di N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., passim, per il quale si rinvia a quanto osservato in nota 19, e nel nostro *Certezza e incertezza*, cit., 178 ss.

⁶⁹ Per tutti, G. TEUBNER, *Digital Personhood? The Status of Autonomous Software Agents in Private Law* (May 11, 2018), reperibile nella pagina SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3177096> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3177096>, oggetto di presentazione in lingua italiana con il titolo *Personalità giuridica digitale? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, al Convegno “Artificial intelligence and regulation”, tenutosi a Roma il 2 marzo 2018, presso la LUISS, Roma, e consultato anche in tale lingua per la cortesia dell'Autore. Secondo il quale tuttavia non si tratterebbe di applicare *tout court* la soggettività agli algoritmi, il che altro non sarebbe che una fallacia dogmatica frutto di un deficit analitico della realtà nella quale gli agenti elettronici si muovono; ma semmai di accedere all'idea di una *autonomia digitale graduabile*, proporzionata ai contesti i cui essi emergono come *persone indipendenti*. La stessa proposta si ritrova anche in documentazione ufficiale dell'UE, nella quale si legge l'invito alla Commissione ad elaborare soluzioni dirette anche alla “istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come *persone elettroniche* responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi” Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL), nella pagina <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//IT>). Altre indicazioni in E. PALMERINI, *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2016, 1815B; A. VENANZONI, *Intersezioni costituzionali – Internet e Intelligenze Artificiali tra ordine spontaneo, natura delle cose digitali e garanzia dei diritti fondamentali*, 2018, reperibile in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/?p=10709>.

graduata e proporzionata agli interessi da proteggere, e non aprioristicamente costruita come complesso di diritti poteri e facoltà assegnati sempre e comunque una volta per tutte⁷⁰.

Certo, nemmeno questa prospettiva metodologica può essere generalizzata o presa alla lettera: occorrerà seriamente chiedersi, infatti, quali siano i guadagni teorici e pratici che il dispositivo della soggettività consente di realizzare nei casi in cui la pienezza di tutela di taluni interessi, il cui rango fosse unanimemente e in premessa ritenuto fondamentale, non si riesce ad ottenere diversamente; ma soprattutto occorrerà chiedersi a quale elemento identificativo esso deve ritenersi inscindibilmente legato, sì che l'attribuzione della soggettività – anche graduata – risulti giustificata e non gratuitamente pretestuosa perfino in capo al legislatore⁷¹.

Quanto osservato valga a sottolineare, se ve ne fosse bisogno, che una cultura generalista all'altezza della complessità richiede oggi il contributo combinato della scienza giuridica e del legislatore: l'una per ricostruire già nella frammentata fenomenologia giuridica vigente – ripetiamo: ove possibile – un iter normativo suscettibile di essere identificato in base a dei tratti comuni, appunto *generalizzabili*; l'altro per dare forma agli elementi di questo iter e costruire dispositivi e strumenti formali per l'appunto *generali*.

5. *Suggerimenti finali. Premesse metodologiche per una possibile riforma della parte generale dei contratti, tra contrattazione individuale e contrattazione seriale (o di flussi)*

Alla luce di queste riflessioni, ritornano l'interrogativo già posto e la variegata risposta che si sta tentando di elaborare.

⁷⁰ R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 1554.

⁷¹ Giusto per continuare ad esemplificare: se l'elemento identificativo della soggettività fosse individuato nella capacità di determinarsi, la personalità elettronica dei robot capaci di produrre decisioni indipendenti sarebbe risultato non difficilmente giustificabile. Ma altrettanto potrebbe non esserlo quello che intendesse trattare anche l'embrione con questo dispositivo. A meno che – tutto al contrario – fosse proprio la *necessità* di autodeterminarsi l'elemento mancante ai fini di una piena tutela dell'*interesse specifico* cui si vuol dare protezione, e allora il procedimento di istituzione della soggettività potrebbe avere questo scopo: quello di istituire un'interlocuzione, un centro di imputazione di un interesse capace di istituire una relazione e aprire un contraddittorio. Certamente, superata l'era dell'uguaglianza formale tra gli uomini, e della soggettività di cui sono titolari le persone giuridiche, nemmeno serve più di tanto il principio di non discriminazione, o dell'organizzazione delle collettività, ai fini dell'ampliamento della platea dei soggetti di diritto: servirebbe semmai un meccanismo – un principio – di selezione degli interessi, in base alla loro rilevanza, affinché il dispositivo della soggettività possa essere utilizzato con adeguati strumenti formali e soprattutto con adeguata giustificazione.

Può ancora e forse deve esser tempo di norme generali, purchè il giurista – la comunità dei giuristi – e il legislatore abbiano chiaro il senso e la metodologia della loro produzione: e quindi anche la percezione della dimensione o dei limiti della riforma⁷².

Ritornando così all'ambito più limitato della riforma della parte generale dei contratti, e alla prospettiva che sembra premere di più la sensibilità degli studiosi – quella della *giustizia* – anche un'operazione minimale, che si direbbe di *maquillage*, dovrebbe tener conto di molteplici importanti fattori. Innanzitutto quello della coerenza della riforma rispetto ai tempi e al sentire della comunità scientifica e sociale di riferimento; contemporaneamente quello della rispondenza della riforma ad un principio minimo di razionalizzazione dell'esistente che possa fornire all'interprete una direttiva applicativa per gli inevitabili casi non contemplati; e finalmente quello della capacità della riforma di durare nel tempo, e di offrire al mondo dei traffici una prospettiva di stabilità. Un codice non si riforma ogni 10 anni.

Dal primo punto di vista, gioverebbe forse al riformatore la consapevolezza del rischio che – di nuovo *ad oggi*, e non sappiamo quanto questo *oggi* possa durare – tutto quanto si ponga come occasione di un possibile maggior controllo degli atti di autonomia privata potrebbe suscitare l'idea di un non auspicabile rallentamento delle dinamiche di scambio ed una conseguente possibile reazione su quella che i cugini d'oltralpe, ad esempio, hanno definito l'attrattiva di un codice sul piano della competizione internazionale degli ordinamenti⁷³. Mentre alcuni possibili interventi sul piano della giustizia contrattuale potrebbero essere guardati come rinnovata occasione di (una inopportuna) ingerenza giudiziale a sua volta foriera di incertezza e per questo incapace di incentivare gli investimenti e le contrattazioni (specie quelle soggette al diritto italiano). Considerazioni adeguate di politica del diritto non possono, in tal senso, essere pretermesse.

Limitando dunque le riflessioni alla materia contrattuale, in teoria si potrebbero ipotizzare scenari diversi a partire dall'idea (più o meno liberale e individualistica) di autonomia privata che si vuol restituire all'esito della riforma.

⁷² Alcuni editoriali della Rivista critica del diritto privato del marzo 2018 mettono in luce qualche idea in proposito. Mentre G. ALPA, *Verso la riforma del codice civile*, *ivi*, 3, pone il dilemma se riformare con meri aggiornamenti oppure "ricodificare", e sembra nel giro di poche righe optare per quest'ultima strada o almeno per la riforma di diversi libri del codice attuale; M.R. MARELLA, *Tre nodi strategici per ripensare lo statuto del diritto privato*, *ivi*, 9, sembra andare *oltre* e chiedersi quale possa essere il modo di ricostruire uno spazio collettivo in cui ripensare il paradigma di rilevanza e di soddisfazione degli interessi, particolari e generali, invocando altresì la responsabilità del giurista nella elaborazione di categorie idonee a dare luce a quanto finora è stato oscurato dalla dimensione o tutta privata o tutta pubblica dei problemi; e C. Salvi, *Le ragioni di una moderna cultura critica del diritto privato*, *ivi*, 7, rilancia ancora il tema dell'attuazione della Costituzione.

⁷³ Sulla riforma del Code civil francese si veda ancora P. PERLINGIERI, *La recente riforma del code civil*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 1003.

Senonchè, mentre in altri settori sarebbe più facile impostare una riforma generale in chiave di *modernizzazione*, con ciò intendendo una riformulazione delle norme che asseconi, ad esempio nella materia successoria, diffuse esigenze di più rapida e sicura circolazione dei beni immobili⁷⁴; ovvero potenzi l'autonomia dei privati in luogo di una disciplina legislativa inderogabile⁷⁵; l'applicazione della stessa chiave di riforma nella materia dei contratti non avrebbe un significato preciso, ovvero potrebbe averne più di uno.

Ed infatti, il percorso normativo che si è fin qui descritto, e la cui molteplice configurazione ha provocato il progressivo depotenziamento delle norme generali, non sembra contemplare a tutt'oggi un'alternativa radicale in senso inverso: si presenta cioè per molti aspetti – e forse tutti – come un *percorso irreversibile* rispetto al quale difficilmente può pensarsi ad un “ritorno al Codice” *tout court*⁷⁶. Basti pensare, per comprendere, ad alcuni dei settori nei quali l'autonomia privata ha “subito” le più vistose trasformazioni nel senso dell'innesto di pesanti interventi eteronomi da parte del legislatore o di altre Autorità. Si pensi al contratto dei consumatori per un verso, o al contratto “amministrato” che opera nei rapporti connessi ai servizi pubblici dei mercati regolati. Nell'uno e nell'altro settore, i fenomeni di eteronomia raggiungono livelli tali che l'interprete ha bisogno di tutta la sua capacità di porre il diritto in relazione alla complessità della politica economica che il legislatore – spesso europeo – vuole realizzare in quei settori, per continuare a parlare di *contratto*, anche laddove le Autorità indipendenti producono forzature dell'autonomia contrattuale inconcepibili nel mondo della parte generale dei contratti. Solo questa precomprensione rende possibile all'interprete *metabolizzare* ed anzi auspicare, ad esempio, il recesso di pentimento come recesso del tutto capriccioso; ovvero *tollerare* che un'Autorità indipendente si occupi di determinare il contenuto del contratto tra fornitori di energia e utenti o di disciplinare l'i-

⁷⁴ Tale potrebbe essere la materia delle successioni con riferimento alla tutela dei legittimari nei confronti dei terzi acquirenti di un bene di provenienza donativa.

⁷⁵ Ad esempio, in relazione alla disciplina dei rapporti familiari o comunque di coppia. Si veda sul punto, proprio in prospettiva di riforma del Codice civile, R. AMAGLIANI, *Gli accordi prematrimoniali nel Disegno di legge governativo per la riforma del Codice civile*, in *I contratti*, 2019, 601; nonché L. BALESTRA-V. CUFFARO-C. SCOGNAMIGLIO-G. VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile. Prime riflessioni*, in *Corriere giuridico*, 2019, 589.

⁷⁶ Anche quando il legislatore ha allentato la misura dell'eteronomia, come per certi versi è accaduto nella materia delle locazioni immobiliari abitative e non, ciò non ha comportato un mero ritorno al Codice, ma la sostituzione di talune tecniche autoritative di disciplina (l'equo canone) con altre misure di controllo regolatorio sul costo dei contratti. Basti pensare agli Accordi da definire in sede locale tra i vari sindacati di inquilini e proprietari, per la stipula dei contratti di locazione agevolati ai sensi dell'art. 2, comma 3, della legge n. 431/1998, nonché dei contratti di locazione transitori e dei contratti di locazione per studenti universitari ai sensi dell'art. 5, commi 1, 2 e 3, della stessa legge. In argomento, per una breve informazione su questo percorso, vedi E. MAGINI-S. ZERAUSCHEK, *Autonomia contrattuale delle parti nelle locazioni*, in *Immobili & proprietà*, 2013, 520; nonché F. PADOVINI, *La liberalizzazione del mercato delle grandi locazioni ad uso non abitativo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 429.

nadempimento dell'utente come fatto almeno temporaneamente *improduttivo* di conseguenze immediate da parte del fornitore⁷⁷.

Ora, al netto di operazioni di maquillage tecnico che non toccano i principi organizzativi, questo complesso sistema non appare al momento reversibile, a meno che non si voglia immaginare di cancellare la (cosiddetta) protezione dei consumatori, restituendoli alla piena asimmetria dei rapporti con i professionisti; ovvero di sganciare l'attività dei grandi prestatori di servizi pubblici privatizzati dai principi della "regolazione", restituendoli alle dinamiche spontanee di un mercato oligopolistico o tendenzialmente monopolistico. Ma una tale inversione di rotta, se non ci si inganna, non si intravede all'orizzonte della nostra società.

Se questo è vero, qualunque riforma della parte generale dei contratti non potrà toccare nemmeno alla lontana tutti quei settori che per comodità chiamiamo "speciali", e non potrà che riguardare – per conseguenza – quanto dei rapporti contrattuali non è sottoposto a tali discipline: cioè l'ambito *residuale* dei rapporti legati alla *contrattazione individuale*, non quelli legati alla contrattazione di massa e nemmeno quelli propri di una contrattazione per una qualche ragione disciplinata con riferimento esclusivo a specifiche premesse economiche o sociali.

Questa consapevolezza è essenziale. Essa delimita uno spazio di intervento novellatore che non è molto ampio, seppur non sia di scarsa importanza.

Oggi lo spazio della *contrattazione individuale* è dato da quanto residua dalle svariate opere di *concretizzazione* delle fattispecie che il legislatore dell'ultimo mezzo secolo ha compiuto per sottrarre al codice civile generale competenze normative sempre maggiori (muovendosi secondo una logica contestuale di concretizzazione e sottrazione). Esso è dato da quei contratti che talvolta chiamiamo "civili" per sottolineare che non c'è un'operazione di consumo o un'operazione commerciale speciale o amministrativa (il cd primo contratto); ovvero da quei contratti per i quali il legislatore non ha ancora adottato una qualche prospettiva regolatoria che -basandosi sull'impatto sociale dei rapporti implicati e sulla relativa dimensione dagli stessi assunti – richieda poi un intervento in chiave eteronoma.

Le norme generali attuali – questo si vuol dire – insistono su rapporti ancora concepiti nella loro dimensione individuale e astratta: la parte generale

⁷⁷ Il riferimento è ad esempio al contenuto degli Atti regolatori dell'Autorità di regolazione per l'energia, reti e ambienti (ARERA), che disciplinano la morosità dell'utente con riferimento al fabbisogno minimo di acqua, inteso come bene essenziale, nonché alle comprovate situazioni di disagio dell'utente. Per i dettagli, proprio con riferimento all'eccezione di inadempimento e alla eventuale sospensione della fornitura, si veda il sito dell'Autorità e i relativi provvedimenti nella pagina https://www.arera.it/atlane/it/idrico/capitolo_6/elenco_domande_paragrafo_4.htm. E la pagina https://www.arera.it/atlane/it/eletricit/capitolo_6/paragrafo_4/domanda_3e.htm per i contratti di fornitura di elettricità. In dottrina, per tutti, C. SOLINAS, *Il contratto amministrato*, cit., 180 ss.

dei contratti contiene la disciplina del contratto individuale, quello nel quale ancora le parti contraenti sono viste dal legislatore in un contesto di confronto tendenzialmente alla pari, astraendo dalle condizioni particolari che le caratterizzano nella realtà. In altre parole, il contraente delle norme generali è il contraente (non qualificato, ma) *puro*: non è consumatore, non è utente, non è piccolo imprenditore, non è lavoratore, non è *start-upper*, come non è professionista, non è banchiere né finanziere né risparmiatore, non è assicuratore, non è imprenditore di filiera, non è franchisor né franchisee, e così via dicendo.

E ciò fa la differenza.

Quando il legislatore concepisce il contraente come puro, allora la contrattazione si configura come *individuale e alla pari*. E qui l'autonomia contrattuale esplica tutta la sua forza secondo la sua *tradizione*.

Quando invece il legislatore decide di *concretizzare il contraente*, riducendo e/o circoscrivendo il grado di astrazione della disciplina, allora la contrattazione non è più alla pari, perché non può più esserlo: avendo la concretizzazione messo in luce la disparità/peculiarità delle posizioni di forza e con queste la necessità di un intervento eteronomo regolatore che va comunque a scapito dello spazio dell'autonomia contrattuale.

Ma qui il fenomeno della contrattazione non appare più individuale, perché il legislatore lo guarda nella sua dimensione di *flusso* più consona alle dinamiche del settore di mercato la cui considerazione ha guidato la concretizzazione: ovvero, quando il contraente non è più preso in considerazione come soggetto individuale, esso si atteggia come attore di un processo, caratterizzato da un flusso di operazioni che non possono non essere riguardate se non nella loro pluralità di massa e questa come *unicità*, e con riferimento all'impatto che il flusso di ricchezza che esse muovono produce nell'economia complessiva di quel mercato. Il consumatore o l'utente o il risparmiatore nascono come figure del diritto contrattuale *solo quando* il legislatore assume i loro interessi nella loro *pluralità*, in relazione al *flusso di scambi* di cui possono essere attori in ragione della *massa di contratti* che professionisti, fornitori e banchieri mettono in atto. E tutto ciò spiega, a ben riflettere, perché la disciplina di questi contratti è spesso il risultato di una pluralità di fonti, legislative o proprie delle strategie regolatorie, che si integrano in varia misura con la fonte privata, incidendo anche sull'attività di almeno uno dei contraenti (quello professionale)⁷⁸.

Queste considerazioni crediamo possano orientare il passaggio metodologico verso una possibile prospettiva di riforma delle norme generali sul contratto.

Ebbene, se si parte dalla premessa per la quale una riforma debba sì ricostruire un ordine razionale, ma tale ordine debba continuare ad essere conservato come *ordine del molteplice che mantiene alla loro specifica logica quei*

⁷⁸ Si pensi alla disciplina degli *impegni* che i professionisti assumono con le autorità regolatorie in occasione di alcuni procedimenti di controllo o vigilanza dalle prime aperti su sollecitazione dei consumatori o degli utenti (art. 27, d.lgs. n. 146/2007).

rapporti (che abbiamo descritti come) caratterizzati da una logica funzionale di flussi, allora la riforma della parte generale dei contratti dovrebbe produrre nuove norme generali capaci di dominare e regolare i confini mobili tra i vari plessi normativi, razionalizzando le inevitabili contaminazioni di principi e di soluzioni tecniche che giudici e interpreti costantemente producono. E che sono indotte non solo dall'operare di procedimenti analogici da questi ultimi attivati, ma anche dalla *opacità o mobilità dei confini* che ancora permane tra le fattispecie astratte rimaste sotto il dominio della parte generale e quelle più concrete spostate nel dominio delle parti speciali. Giusto per esemplificare il tipo di ragionamento che si propone di svolgere, è pacifico che i rapporti contrattuali che si riconducono *letteralmente* alle fattispecie dell'affiliazione commerciale, o della subfornitura, vadano disciplinati secondo quello specifico modello normativo. Ma non è altrettanto pacifico, perché invece è problematico, che altri rapporti commerciali fra imprenditori non inclusi in quel modello perché privi dei relativi requisiti di fattispecie, ma in occasione dei quali si crei una situazione problematica simile o analoga a quelle prese in considerazione in quel modello, debbano invece *tout court* rimanere assoggettati alla logica astratta del *peer to peer* propria della parte generale. Questo tema è ben noto alla dottrina e alla giurisprudenza, le quali hanno proposto soluzioni estensive o talvolta analogiche non sempre accettabili, contribuendo a creare quella situazione di indesiderabile incertezza che si determina tutte le volte in cui si accresce lo spazio di intervento del giudice sul contratto, nel nome di una non sempre identificata o condivisa "giustizia" del contratto, spesso affidata all'inesauribilità delle clausole generali⁷⁹.

Si tratta del processo che in altra parte di questo lavoro abbiamo ipotizzato di definire in termini di *reflusso*, quasi una sorta di *percorso di ritorno* e di impatto della disciplina di settore sulla normativa generale operata in via interpretativa dalla dottrina e dalla giurisprudenza⁸⁰. Ebbene, una riforma della parte generale del Codice, adeguatamente inquadrata e sorretta anche dai principi del diritto europeo, potrebbe regolamentare e rendere prevedibile questo processo, non certo disponendo l'applicazione della disciplina di taluni contratti ad altri che non rientrano nella fattispecie; quanto piuttosto individuando una distinta regola di soluzione del problema che si intende affrontare per quei casi *border line* prima segnalati e che, con ogni evidenza, si dovranno preventivamente individuare e circoscrivere.

⁷⁹ Si rinvia ancora sul punto al nostro *Contratti di consumo e contratti tra imprese*, cit., *passim*, e a quanto osservato a suo tempo (note 39 - 40 e testo.).

⁸⁰ Vedi *supra*, paragrafo 5 in fine. Si tratta in fondo dello stesso menzionato fenomeno messo in rilievo da A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, citato in nota 41, che avrebbe generato quella sorta di "sistema empirico", quasi un "rinnovato diritto generale dei contratti", che include contratti civili, di consumo, di utenza, tra imprese, ma senza che alcuna precisa direttiva normativa governi il processo.

6. (segue) *Alcune possibili linee direttive per una riforma della parte generale*

Con queste premesse, è adesso possibile lanciare qualche concreta suggestione finale, tenendo presenti alcuni dei temi che giurisprudenza e dottrina più fortemente propongono come oggetto di riflessione in chiave di riforma; alla luce dei principi del diritto europeo, ed anche – seppur a grandissime linee – dei contenuti delle Direttive europee che interessano la materia, inclusi quelli di cui alla nuova Direttiva di modernizzazione del diritto dei consumatori (il campo dal quale più sovente si originano i flussi di ritorno verso la parte generale del contratto)⁸¹; e in relazione al Disegno di legge per la revisione del Codice civile che frattanto è stato presentato nel marzo del 2019 ed attende l'approvazione del Senato⁸².

Questi, dunque, i temi e queste le nostre fugaci osservazioni.

a) La libertà di contrarre e di scegliere il contraente. Il tema potrebbe essere quello della libertà contrattuale e del coordinamento tra questo insopprimibile principio generale e quello della non discriminazione o dell'accesso a mercati o prestazioni che si ritenga debbano essere garantiti alla portata di tutti. In tal senso, un raccordo tra la libertà di contrarre e l'obbligo di contrarre, fin troppo "prudentemente" confinato nella norma di cui all'art. 2597 in un territorio che si ritiene estraneo al diritto civile, si renderebbe forse opportuno, posto che il principio di non discriminazione non appare talvolta munito nella pratica del rispetto che gli si deve tributare⁸³; ed ancora che in talune non secondarie materie, e sto pensando al commercio elettronico, l'applicazione dei principi dei Trattati ha condotto al positivo divieto di tutte le pratiche di boicottaggio e rifiuto di contrarre messe in opera dai professionisti del web per reintrodurre barriere artificiali già smantellate dai Trattati e dal diritto antitrust⁸⁴. Insomma,

⁸¹ Si tratta della Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, che modifica precedenti Direttive per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori.

⁸² Disegno di legge n. 1151, contenente Delega al Governo per la revisione del Codice civile, reperibile presso il sito web del Senato della Repubblica.

⁸³ Sulla portata del principio di non discriminazione nella dimensione del diritto privato (e non solo costituzionale), e con riferimento alle diverse fattispecie contemplate anche da leggi speciali, si veda ampiamente L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, 2011, in particolare 41 ss., 233 ss.

⁸⁴ Ancora utile in proposito l'indicazione di M. LIBERTINI, *Alla ricerca del diritto privato generale*, cit., 274, sulla sorprendente svalorizzazione dell'art. 2597; ma soprattutto il rinvio agli strumenti introdotti dall'UE, come il Regolamento (UE) 2018/302 sul cosiddetto *geo-blocking*, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati ed altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno nel commercio on line, reperibile nella pagina <https://eur-lex.europa.eu/content/news/geo-blocking-regulation-enters-into-force.html?locale=it>) e strutturato

sanzionare il rifiuto abusivo di contrarre e *normalizzare* l'obbligo di contrarre alla luce della garanzia dei diritti fondamentali e contestualmente delle libertà di circolazione garantite dai Trattati UE, come pure di altre esigenze di interesse generale, potrebbe essere un'operazione coraggiosa e utile sia ad avvicinare il Codice civile al diritto europeo; sia a posizionare più correttamente la possibile diversa autonomia contrattuale dei soggetti civili e delle imprese.

b) Un altro tema ancora attiene al profilo della estensione alla contrattazione individuale del principio di trasparenza, così largamente applicato nella contrattazione consumeristica in generale, ed in quella propria di settori altamente "a rischio" come quello bancario o finanziario. Acquisita in queste *sedes materiae* una dimensione di elevata generalità e intensità, la trasparenza contrattuale soffre invece nel Codice civile della vaghezza della normativa dedicata agli obblighi di informazione, tuttora disciplinati prevalentemente dall'art.1338 ed evocati nella (generalissima) disciplina delle trattative precontrattuali attraverso il richiamo alla clausola della buona fede. Nell'ottica di una riforma della parte generale non si tratterebbe certamente di estendere la rigida disciplina di tutela del consumatore *propria dei rapporti asimmetrici* anche alla contrattazione individuale – almeno in teoria, *tra pari* – cui le due norme citate si riferiscono; ma semmai di predisporre un modello più accurato e responsabile di comportamento nelle ipotesi in cui una occasionale e comprovata asimmetria informativa tra i due contraenti richiedesse un maggior onere di trasparenza utile a favorire un consenso pieno e consapevole. Torna utile quanto osservato nel precedente paragrafo a proposito della distinzione concettuale tra la contrattazione di massa -o di flussi – e la contrattazione individuale; distinzione che non permette di riferire la strutturale asimmetria informativa di talune categorie di contraenti anche al contraente astratto destinatario della disciplina di parte generale del contratto, e rende perciò improponibile l'estensione *tout court* a quest'ultimo degli obblighi informativi specifici imposti al professionista. Non resta dunque che ricorrere ad *un'altra* norma generale, che si rivolga ad entrambi i contraenti, intervenendo sul profilo della responsabilità precontrattuale.

In tal senso invero sembra di poter ricostruire – metodologicamente – l'intento riformatore del legislatore italiano proposto nel Disegno di legge delega. Si legge infatti nell'art. 1, lett. *f*), del Disegno che i decreti delegati dovranno "*prevedere, nel corso delle trattative per la conclusione del contratto, che la parte che sia a conoscenza di un'informazione di rilievo determinante per il consenso sia inderogabilmente tenuta a comunicarla all'altra parte quando questa la ignori e abbia fatto necessario affidamento sulla lealtà della controparte; sono escluse le informazioni concernenti il valore dell'oggetto del contratto*". Come per qualsiasi norma tanto più se generale, alla comprensione immediata della *ratio*, in chiave

nella direzione accennata nel testo. In argomento, si vedano S. MINÀ, *Il Regolamento Netflix e il libero accesso ai servizi a contenuto digitale*, in *Contr. impr./Europa*, 2018, 407; e V. FALCE, *Appunti sul regolamento europeo sul geo-blocking e la neutralità geografica. In cammino verso il mercato unico digitale*, in *Contr. impr.*, 2019, 1287.

di trasparenza e correttezza, segue quasi contestualmente lo spaesamento per l'introduzione di una formula che fa rinvio ad un dato – l'essere determinante del consenso – non solo astratto, ma che a sua volta rinvia ad altre circostanze, per selezionare fra tante possibili informazioni quella o quelle che “inderogabilmente” la parte che ne è in possesso deve comunicare all'altra che invece non la possiede e ne ha bisogno. Il rilievo si smorza se si pensa che si tratta di una norma di delega, e che perciò resta tempo e spazio a carico del legislatore delegato per chiarire quali tipologie di informazioni devono essere comunicate tra le parti, pena il risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale (i fatti rilevano *nel corso delle trattative*). E tuttavia, dovendo escludere un'elencazione puntuale di tipologie di informazioni da comunicare, come quella che sempre più connota gli oneri del professionista nella contrattazione di massa, non resta che immaginare che il legislatore delegante voglia riferirsi alle informazioni che – di solito – nella logica di una trattativa individuale svolgono una funzione determinante: e cioè quelle legate agli elementi essenziali del contratto (oggetto, causa intesa come modello di scambio/rapporto, qualità dell'altro contraente). Sulla scia, del resto, della disciplina dell'errore essenziale, atteso che la *ratio* della norma vorrebbe circoscrivere l'area della ordinaria reticenza in funzione di un consenso che non si basi – o lo sia il meno possibile – su valutazioni erranee del contenuto negoziale: con l'ovvia eccezione del “valore” dell'oggetto del contratto, elemento la cui regolazione esulerebbe ampiamente dalla logica della trasparenza per precipitare in quella di un inappropriato – lo ripetiamo: nella contrattazione individuale – dirigismo contrattuale⁸⁵.

c) La libertà di determinare il contenuto del contratto. Siamo al tema spinoso della giustizia contrattuale, del controllo dell'equilibrio delle prestazioni o della vessatorietà delle clausole non negoziate. Ecco, questo è un tema politico sul quale si potrebbe consapevolmente esercitare o meno una cultura generalista, abbandonando la totale indifferenza del codice civile su questi aspetti ed elaborando l'idea di un limite oltre il quale il velo della parità dei contraenti può essere squarciato per introdurre un non arbitrario potere correttivo del giudice. Ma con la parallela consapevolezza del necessario confine che occorrerà mantenere tra i controlli sull'equilibrio delle clausole, in relazione a possibili comportamenti opportunistici di uno dei contraenti, e quelli

⁸⁵ È più che evidente che altri ancora saranno i temi che il legislatore delegato dovrà chiarire: innanzitutto quello delle conseguenze della violazione dell'obbligo informativo (responsabilità, parrebbe, e non invalidità); quello della definizione del cosiddetto “affidamento sulla lealtà” dell'altro che il contraente ignorante deve aver riposto per far scattare l'obbligo di comunicazione; quello della individuazione del paradigma di contraente sul consenso del quale si dovrà calibrare il carattere determinante dell'informazione; quello degli oneri eventuali che l'obbligato dovrà sostenere – eventualmente oppure anche no – per procurarsi l'informazione qualora non ce l'abbia già. Sul punto si vedano l'interessante contributo di G. D'AMICO, *Proposta di attuazione della delega contenuta nell'art. 1, comma 1, lett. f, del ddl n.1151*; e quello di M. DE POLI, *La reticenza prenegoziale*; entrambi messi a disposizione dall'Associazione Civilisti Italiani, fra i materiali di studio per la Riforma del Codice civile.

sulle ragioni di scambio che pertengono alla libertà delle parti⁸⁶. E così, volendo individuare un settore di contrattazioni individuali sul quale orientare un controllo dell'equilibrio contrattuale in misura più intensa di quanto la parte generale attualmente permetta; e tendenzialmente escludendo i contratti "civili" in senso stretto, resta problematicamente scoperto l'insieme dei rapporti fra imprenditori (evidentemente non inclusi nell'ambito di applicazione delle discipline speciali) rispetto ai quali si può verificare una situazione di disparità di posizione di mercato che la disciplina delle condizioni generali di contratto di cui agli artt. 1341-1342 continuerebbe a governare secondo la logica ormai non più soddisfacente della doppia firma di sottoscrizione. Più in particolare, riprendendo qualche osservazione formulata nel paragrafo che precede, non è escluso che anche a fronte di contratti non rientranti nel modello della subfornitura né della distribuzione commerciale organizzata, né in senso ampio delle reti contrattuali, quanto piuttosto legati al normale esercizio di attività economiche da parte di persone fisiche o piccole società, il contratto presenti clausole vessatorie standardizzate che fortemente compromettono l'equilibrio del contraente meno forte, e i cui effetti si possono collocare nello stesso ordine problematico di quelli prodotti, ad esempio, dalla clausola penale eccessiva. In questi casi, la soluzione della doppia firma, di cui all'attuale disciplina delle norme citate, può rivelarsi essa stessa vessatoria, mentre una declaratoria di nullità della clausola, qualora non negoziata, ad iniziativa del contraente che la subisce, e senza il rilievo d'ufficio del giudice, potrebbe prospettare una soluzione equilibrata. Il potere del giudice a seguito dell'eventuale caducazione della clausola consisterebbe nel dare ingresso all'integrazione del contratto con le norme di default alla stregua dell'art. 1374.

d) La sopravvenienza. In un contesto di assoluto dinamismo degli scambi nell'ambito di mercati interconnessi e transnazionali, ma anche volatili, la sopravvenienza può assumere a sua volta una dimensione determinante, e riproporre in forme nuove e più di frequente il tema del controllo del rischio contrattuale nei contratti di durata. La dottrina ha sempre ritenuto che talune rigidità delle regole sulla risoluzione per eccessiva onerosità potrebbero essere mitigate introducendo con maggior chiarezza lo strumento della rinegoziazione, indipendentemente dalla previsione pattizia di clausole specifiche in tal senso⁸⁷. Anche in questo caso, il d.l. n. 1151 offre una prospettiva, strutturata nell'art. 1, comma 1, lett. i), come obbligo del legislatore delegato di prevedere "il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi ... di pretendere la loro

⁸⁶ Un cenno supra, nota 66.

⁸⁷ Le quali costituiscono a tutt'oggi l'unico rimedio non demolitorio al problema delle sopravvenienze. Sul punto si vedano L. CASTELLI, *L'obbligo di rinegoziazione*, in *I contratti*, 2016, 185; S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2016, 179; E. TUCCARI, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, *ibidem*, 2018, 843; E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 801.

rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti".

Anche l'idea di introdurre un obbligo legale di rinegoziare secondo buona fede il contratto, nelle circostanze e sulle premesse di cui all'art. 1467, realizzerebbe l'importazione nel diritto generale di regole conosciute già per alcuni tipi contrattuali e nei diritti speciali (ad esempio, appalti e subfornitura), con l'evidente obiettivo di facilitare il raggiungimento di una serie di risultati tutti *market oriented* e compatibili, pur se potrebbe apparire il contrario, con una diffusa esigenza di stabilità dei traffici. Ed infatti:

- la rinegoziazione è in grado di evitare la risoluzione del contratto, cioè la rottura di una relazione economica, tanto più dannosa quanto più si stratta, per definizione, di contratti di durata;
- in quanto alternativa alla rottura di rapporti stabilizzati nel tempo, la rinegoziazione rafforza l'efficacia del vincolo e con questo anche la conservazione di tutti i rapporti collegati;
- in quanto strumento di riadattamento del contenuto economico del contratto, e strumento di contrasto di un'eccessiva onerosità sopravvenuta, essa fornisce un rimedio funzionale agli interessi del contraente che, negativamente coinvolto dalle mutate imprevedibili circostanze, non intende lasciare il contratto, ma non può nemmeno conservarlo alle precedenti condizioni⁸⁸. Se vuol parlarsi a tal proposito di un'altra forma di tutela del contraente debole, lo si faccia pure, ma con la precisazione che l'espressione linguistica in tal caso allude ad una asimmetria occasionale e sopravvenuta, che una rilettura del principio di conservazione del contratto meno schiacciata sugli automatismi del mercato può prendere in considerazione, senza con ciò modificare il modello consolidato della contrattazione individuale, e con esso il principio per cui ciascun contraente si accolla il rischio delle sopravvenienze fino al limite della sostenibilità, salvo in tal caso il rimedio dello scioglimento del contratto⁸⁹.

⁸⁸ Sicché l'invocazione in questi casi della vincolatività del contratto non solo suonerebbe come un vuoto proclama, ma si porrebbe in contrasto con la stessa *ratio* dell'autonomia privata, legando un contraente ad un contratto che non è più quello che aveva "voluto".

⁸⁹ La riforma del Code civil francese (l'*Ordonnance* n. 2016-131, entrata in vigore il 1° ottobre 2016) ha tradotto in norma positiva il principio della *imprévision*, attraverso la seguente disposizione: *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.* Rispetto al progetto italiano, spicca la precisazione per cui il rimedio è azionabile dal contraente "che non si era assunto il rischio" di quella sopravvenienza.

In altre parole, se sol si riflette sul fatto che sono lontani i tempi in cui il principio sancito nell'attuale art. 1467 offriva un rimedio a situazioni eccezionali come quelle di cui ai celebri *Suez cases*, e che ad oggi l'incertezza e l'instabilità sono circostanze che condizionano un numero crescente di rapporti contrattuali, in relazione al moltiplicarsi degli scambi in un contesto di mercati interconnessi, l'idea di generalizzare un rimedio inteso alla conservazione del contratto *adeguato alle nuove circostanze*, assumendo come paradigma la proporzione tra le prestazioni *originariamente convenuta fra le parti* non dovrebbe suscitare eccessive reazioni. Nemmeno a fronte del potere di adeguamento assegnato al giudice in caso di mancato accordo, atteso che anche il giudice dovrebbe rigorosamente operare secondo quel paradigma e non secondo altri. Limite, questo, ben chiaro nel Disegno di legge delega, e tale da assicurare che l'adeguamento del contratto squilibrato dalle circostanze avvenga nel rispetto dell'autonomia privata, e dei contenuti che i contraenti avevano concordato nel momento della conclusione del contratto, fermi restando tutti gli altri elementi della fattispecie di cui all'art. 1467 necessari a dare ingresso al rimedio⁹⁰.

Quanto fin qui osservato può bastare ad offrire un possibile modello di ragionamento per un progetto di riforma del Codice civile che recuperi a più efficiente funzione le norme generali e razionalizzi la disciplina della contrattazione individuale conservando all'autonomia privata il suo ruolo, ma riadeguandolo all'assetto del mercato unico e comunque di un mercato caratterizzato da forti elementi di interconnessione e di instabilità.

Quali debbano poi essere le norme oggetto di revisione è scelta che può assecondare varie alternative. In questa sede si è costruito un modello di ragionamento che ha riconosciuto alle norme generali una funzione ancora attuale, in quanto legata allo scopo preciso di riequilibrare il rapporto tra parte generale e parti speciali sottraendolo all'empiria di un travaso casuale di norme e principi dalle seconde alla prima, in favore di una rielaborazione di regole che tenesse conto delle zone opache di confine poste fra la contrattazione individuale astratta e le contrattazioni nominate "speciali".

In argomento, con riferimento anche alla dottrina italiana, si veda il contributo di V. DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto a margine dell'introduzione dell'imprévision nel code civil*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 392.

⁹⁰ Le considerazioni prospettate nel testo dovrebbero rassicurare sul fatto per cui, una volta che il rimedio della rinegoziazione fosse introdotto con una nuova norma di parte generale, il ruolo della buona fede (con tutto il carico di incertezza che le viene attribuito) dovrebbe limitarsi a quello di fornire il criterio di valutazione del comportamento del contraente avvantaggiato dalla sopravvenienza a fronte della pretesa di rinegoziazione avanzata da quello svantaggiato, dal punto di vista della pronta o meno disponibilità a trattare e delle modalità di conduzione delle trattative. Non invece quello di orientare in modo nuovo la misura dell'adeguamento delle clausole, atteso che la norma dovrebbe fissarla nella originaria proporzione tra le prestazioni a suo tempo convenuta dalle parti, e che solo in questo ambito la buona fede potrebbe svolgere il suo compito ordinario di criterio di valutazione del comportamento delle parti (e non di determinazione del contenuto del contratto).

A partire da questa opzione possono darsi alcune indicazioni di chiusura.

Con la prima si vuol dire che il modello di ragionamento proposto trova la sua ragion d'essere nella comprensione necessaria della complessità ordinamentale che contraddistingue il diritto privato contemporaneo, la quale esibisce – come più volte notato – un livello così elevato di differenziazione e di specializzazione, anche in ragione della pluralità delle fonti, da non permettere di restaurare una primazia del Codice. Il quale dunque può e deve essere “modernizzato” quale scrigno delle regole generali che garantiscono la conservazione dell'autonomia privata come superprincipio organizzativo delle relazioni inter private.

La seconda indicazione scaturisce dalla precedente e mette in evidenza i limiti possibili dell'intervento riformatore. Giusto per concretizzare il tema con qualche esempio, l'evoluzione della normativa nella materia del sovraindebitamento ha evidenziato un'alterazione dei principi generali sulla responsabilità patrimoniale. La divaricazione tra il regime posto dall'art. 2740 e i regimi delle crisi d'impresa e delle insolvenze civili è assai grave e riesce ad essere sistematicamente elaborata nella misura in cui rimanga circoscritta alle fattispecie normative previste, atteso che sarebbe davvero assai pericoloso postulare un percorso di riflusso di quelle regole verso i rapporti obbligatori non inseriti in una procedura concorsuale; e ciò in ragione della funzione d'ordine svolta dall'art. 2740 dal punto di vista dell'affidabilità e della stabilità del sistema non solo del credito, ma dei traffici in senso ampio. Questa considerazione non solo sconsiglia qualsiasi operazione interpretativa che estenda il raggio di azione della disciplina dell'insolvenza civile oltre le fattispecie del Codice della crisi emanato nel 2019; ma vale altresì a suggerire al legislatore di astenersi prudentemente dall'intervenire ulteriormente sul raggio di operatività dell'art. 2740, allo scopo di non scardinare il sistema dell'autonomia privata⁹¹.

Da ultimo, rimane sullo sfondo il dibattuto tema dell'applicazione ai contratti dei principi e delle libertà fondamentali, tema che anch'esso, nella prospettiva di una riforma anche parziale del codice civile, richiede sensibile considerazione nel quadro di un coordinamento tra le norme generali nazionali, le norme europee e le norme delle Carte costituzionali⁹². In tal senso va valutata la previsione inclusa nel Disegno di legge delega per la riforma del codice civile, alla stregua della quale al legislatore delegato è dato il compito di prevedere “l'invalidità delle clausole dei patti o degli accordi che risultino in contrasto con la tutela dei diritti della persona aventi rango costituzionale, operante soltanto

⁹¹ Sul tema, in questa prospettiva, si rinvia al volume *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, a cura di G. D'AMICO, Torino, 2018, con contributi di G. D'Amico, S. Pagliantini, C. Camardi e F. Di Marzio.

⁹² Sul complesso tema si rinvia ancora a G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti europei tra principi e regole*, Torino, 2018; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017; e al nostro *Certezza e incertezza*, cit., *passim*.

a vantaggio del titolare dei predetti diritti, con salvezza quando possibile delle altre clausole del contratto” (art. 1, lett.h)).

Considerata la delicatezza del problema, anche dal punto di vista teorico, e la pluralità delle fonti implicate, poco opportunamente, invero, il legislatore delegante non spende molte parole nella relazione di accompagnamento all'articolato⁹³, limitandosi a precisare che il contrasto delle clausole contrattuali con i diritti della persona produrrebbe invalidità della clausola, secondo la logica della nullità di protezione; che i diritti aventi tale efficacia demolitoria dei contratti che li violano sarebbero quelli di rango costituzionale; e che – se possibile – il resto del contratto va conservato.

A dire il vero, ci si sarebbe atteso qualcosa di più da un progetto di riforma del Codice civile, se non altro con riguardo alla rilevanza della Carta di Nizza e /o di altre Carte dei diritti; alla tipologia dei diritti della persona ai quali la violazione si riferisce; alle conseguenze della violazione, non sempre – invero – esauribili nella mera amputazione della clausola nulla; e a tutte le altre problematiche emerse in questi anni ad opera della giurisprudenza (italiana e) della Corte di Giustizia, e soprattutto della dottrina che se ne è occupata con riferimento alle controverse tecniche della *Drittwirkung*⁹⁴.

Ma in questa sede, per chiudere, basti aver segnalato il problema.

⁹³ Vedi Atto Senato della Repubblica n. 1151, cit., 11.

⁹⁴ Questi interrogativi assumono importanza per una corretta soluzione del problema, atteso che il contenuto dei diritti della persona potrebbe non essere il medesimo, a seconda che si tratti di un diritto che attribuisce già una pretesa azionabile, oppure no, laddove si tratti di istituire una modalità di esercizio/tutela del medesimo ed il legislatore non sia ancora intervenuto. Su tutti questi punti la letteratura è sterminata, ma rinviando in questa sede al nostro *Brevi riflessioni sull'argomentazione per principi nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1130; e ai volume di E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e Diritto Privato*, cit.; e ID. (a cura di), *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto*, Torino, 2017.

MARISARIA MAUGERI

LA FUNZIONE DELLE NORME GENERALI E GLI *SMART CONTRACTS*

SOMMARIO: 1. Rapporto fra parte generale e altre norme in tema di contratto. Articolazione del sistema. – 2. *Smart Contracts* e contratti. – 3. La nuova tecnologia. – 4. L'intervento del legislatore nazionale. – 5. Gli *Smart Contracts* e la disciplina in tema di contratto. – 6. Il dibattito sull'opportunità o meno di intervenire per disciplinare il nuovo fenomeno.

1. *Rapporto fra parte generale e altre norme in tema di contratto. Articolazione del sistema*

Di recente ho preparato un questionario sui “Contratti”, da somministrare ai colleghi. Una delle questioni poste era la seguente: “Ritieni che la tradizionale impostazione codicistica, secondo la quale la disciplina contenuta negli artt. 1321-1469 c.c. costituirebbe la regola, mentre tutte le altre norme in tema di contratto dovrebbero essere lette come eccezioni alla stessa, sia ancora oggi da preferire?”.

La maggioranza dei colleghi che ha risposto al questionario ha ritenuto che l'impostazione in chiave di regola/eccezione dovesse oggi considerarsi superata.

Anche io ritengo sia così.

Ed invero, nonostante la presenza dell'art. 1323 c.c. possa indurre a ritenere che: (i) non esistano lacune che possano giustificare l'applicazione analogica delle norme in tema di contratti contenute al di fuori del Titolo II, e che, pertanto, (ii) il sistema ci rimandi una gerarchia fra norme di parte generale e norme “altre”.

Sembra che l'irrazionalità e la distonia di sistema derivanti dall'applicazione di norme diverse in presenza del medesimo tipo di conflitto induca a ritenere che già nel '42 questa tesi non fosse sostenibile.

In ogni caso, la pluralità di discipline, emanate dopo il '42, settoriali, transipiche, legate a qualifiche soggettive, di origine europea e non, hanno radicalmente modificato il sistema, rendendo ormai inaccettabile l'idea del rapporto regola/eccezione.

Sembra, inoltre, che, anche in passato, il paradigma unico avesse più una forza ideale (l'astrazione come fondamentale principio della civiltà moderna fondata sull'eguaglianza) che una reale portata operativa. La frammentazione

delle regole, ancorché in misura ridotta, si può dire essere stata sempre presente. Si pensi, solo ad esempio, alla specificità del contratto di lavoro e dei contratti con la Pubblica Amministrazione. La stessa parte generale prevede al suo interno regole che non si applicano a tutti i contratti. Ciò non di meno si è potuta mantenere per anni la rappresentazione ideale astratta (con il suo corollario di descrizione del rapporto fra parte generale e parte sui contratti tipici in chiave di regola/eccezione) perché in fondo, per un lungo periodo, i reali problemi di possibile applicazione analogica delle regole di parte speciale erano stati limitati. Le questioni che conducevano a maggiori frizioni (si pensi al contratto di lavoro) erano state risolte creando sottosettori resi complessivamente autonomi dalla disciplina civilistica.

L'ondata di nuovi contratti "alieni", il processo di differenziazione della struttura dei diversi mercati e la crisi del pensiero liberale classico, che era alla base della codificazione, rendono oggi, per un verso, del tutto irrazionale e, per altro verso, privo di apparato culturale di sostegno una lettura in chiave di regola/eccezione.

La mia tesi è, per l'appunto, che il processo di apertura dei mercati, l'accentuazione nella differenziazione strutturale di questi ultimi, le nuove tecnologie e la crisi del pensiero liberale classico, rendano urgente e necessario il superamento del paradigma unico (come paradigma valido sempre, salvo eccezioni espressamente disciplinate).

Ed invero, sembra evidente come si assista oggi a un'accentuata *diversificazione nella struttura dei diversi mercati*. Ciò ha determinato non solo la necessità di regolare questi ultimi attraverso differenti Autorità indipendenti, con specifiche competenze tecniche legate alle caratteristiche del settore (si pensi, ad esempio, all'AGCom, all'ARERA, all'IVASS, a Banca d'Italia), cosicché si può dire che oggi i contratti nei singoli mercati siano disciplinati da regole che provengono da fonti non uguali, ma anche la necessità di plasmare le regole tenendo conto degli specifici tipi di problemi che i mercati presentano.

I diversi mercati, in altre parole, si evolvono a seconda della specificità del bene o del servizio prestato e, in ragione di ciò, sembrano necessitare di regole specifiche loro proprie. È la differenza nella struttura dei mercati che porta con sé la necessità di creare paradigmi che siano legati alla specificità del bene o del servizio prestato. Ed infatti, le regole nei diversi settori sono numerose e minuziose e ciò fa sì che la disciplina generale solo raramente assuma rilievo nella soluzione dello specifico conflitto.

Sotto il profilo dell'*affermazione delle idee*, la necessaria articolazione della disciplina dei contratti deriva anche dalla circostanza che non solo il pensiero ispirato alla cultura "solidaristica" ha criticato l'astrazione della parte generale, come tecnica di occultamento della pluralità di interessi e valori coinvolti nella transazione, come tecnica, cioè, di occultamento funzionale all'ordine giuridico borghese, ma anche lo stesso pensiero neolibérale ha contestato il paradigma astratto.

I codici hanno alla base l'adesione al modello economico del liberalismo

classico che, come si è detto, ritiene fondamentale l'esistenza di un paradigma astratto, in cui tutti i soggetti siano uguali e le transazioni possano, dunque, essere trattate senza operare differenze. L'impostazione neoliberale, invece, valuta le transazioni a seconda delle caratteristiche del contesto e ciò determina una necessaria maggiore frammentazione delle regole rispetto a quelle che l'impostazione liberale classica ci aveva tramandato e che ha influenzato la redazione dei codici. Si può dire che oggi non esista un pensiero economico rilevante che sposi la prospettiva del paradigma astratto.

Ciò non significa che non sia utile mantenere una disciplina generale in tema di contratto.

La parte generale potrebbe fungere da apparato di regole residuali, applicabile laddove il legislatore non abbia visto e risolto il tipo di conflitto sottoposto all'attenzione dell'interprete, sempre che l'applicazione della regola generale non risulti tale da tradire la coerenza dell'apparato di regole che disciplina il singolo settore.

Nella parte generale, inoltre, potrebbero rinvenirsi regole di sistema a vocazione realmente allargata (su ciò si tornerà nel prosieguo della trattazione).

Sembra convincente la soluzione adottata in Francia secondo la quale: “*Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières*”. Ed inverso, la soluzione dell'art. 1105 del *Code Civil*, interpretato nel senso esplicitato nei lavori preparatori (e cioè che debba esistere una valutazione caso per caso, che tenga conto della coerenza interna del diritto speciale, giacché a volte un'applicazione simultanea del diritto generale e del diritto speciale, ancorché formalmente possibile, non risulta né pertinente né giustificata. In particolare, l'applicazione del diritto generale potrebbe far giungere a snaturare la coerenza del diritto speciale o a travisare lo spirito di quest'ultimo¹ sembra da condividere perché induce a dare prevalenza alla regola più prossima alla razionale

¹ Sulle conclusioni della *Commission des lois* sull'“*articulation entre droit commun et droit special*” si veda il Rapport n° 22 (2017-2018) de M. François PILLET, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 octobre 2017, in http://www.senat.fr/rap/l17-022/l17-022_mono.html#toc0, consultato il 6 novembre 2020, dove si legge quanto segue: “*En deuxième lieu, si l'article 1105 du code civil prévoit que les règles générales du droit commun des contrats «s'appliquent sous réserve» des règles particulières à certains contrats, établies par des droits spéciaux, en vertu de la règle specialia generalibus derogant, la question de l'articulation entre droit commun et droit spécial soulève des incertitudes pratiques, s'agissant en particulier du droit des sociétés. Ainsi, lorsque le droit spécial est muet sur un sujet, le droit commun doit-il nécessairement trouver à s'appliquer? Sur ce point, le rapport au Président de la République précise que «les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels que le code de commerce ou le code de la consommation», sans résoudre la difficulté de façon complète. Votre commission estime que le silence du droit spécial, de même que sa simple compatibilité avec le droit commun ne peuvent pas conduire automatiquement à l'application du droit commun : une appréciation au cas par cas devra être assurée, en prenant en compte la cohérence interne du droit spécial, car une application simultanée du droit commun et du droit spécial, même si elle est formellement possible, n'est pas toujours pertinente et justifiée. En particulier, l'application du droit commun ne peut conduire à dénaturer la cohérence ou méconnaître l'esprit du droit special”*.

composizione del conflitto degli interessi, con riguardo alla finalità della disciplina legale e al contenuto specifico del rapporto controverso.

Questo è, dunque, il mio modo di vedere il rapporto fra parte generale e parte speciale e queste le ragioni per cui io credo che si possano estendere analogicamente anche norme sui contratti che non siano ricomprese in quelle che vanno dall'art. 1321 all'art. 1469 c.c., nonostante la presenza dell'art. 1323 c.c.

Dall'impostazione riferita ritengo si debba partire anche nell'affrontare il tema da trattare in questa sede.

Proprio perché io credo che non esistano né l'ontologia del contratto né discipline che possano valer sempre, a prescindere dalla specificità del contesto di transazione, penso sia necessario interrogarsi sulla compatibilità delle discipline generali con le *nuove tecnologie*, che modificano in modo significativo l'organizzazione dello scambio economico².

Il futuro sarà fatto anche di uso di *Distributed Ledger Technology*, *Blockchain* e *Smart contracts*, con riferimento ai quali non solo il paradigma codicistico ma persino le nuove regole sulla contrattazione digitale si presentano come insufficienti a comprendere e disciplinare il fenomeno.

2. Smart Contracts e contratti

Come si è detto nel paragrafo precedente, la circolazione della ricchezza si avvale oggi anche delle nuove tecnologie. Il giurista è, dunque, chiamato a comprendere se e come le regole tradizionali siano in grado di disciplinare la nuova realtà.

In questa sede si prenderà in considerazione il fenomeno dei cc.dd. *Smart Contracts* e ci si interrogherà sulla possibilità o meno di qualificare alcuni di essi come contratti.

Il tema verrà trattato, in primo luogo, provando a capire a cosa ci si riferisca quando si parla di *Distributed Ledger Technology*, *Blockchain* e *Smart Contract*. Per noi giuristi, infatti, è molto complesso anche solo osservare il fenomeno. Dobbiamo accedere a un nuovo lessico³ e spesso le nostre competenze sono insufficienti⁴.

In secondo luogo, ci si chiederà – per l'appunto – se gli *Smart Contracts*, o alcuni di essi, possano essere considerati contratti. È questo, infatti, il profilo che può interessare un civilista, non certo il funzionamento dei codici informatici.

² Sul punto cfr. A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in corso di pubblicazione in *Annali Sisdic*, Napoli, 2020.

³ Sui problemi legati al lessico in questa materia cfr. A. WALCH, *The Path of the Blockchain Lexicon (and the Law)*, in *Review of Banking & Financial Law*, 2017, 713 ss. e reperibile anche in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2940335, consultato il 10 febbraio 2020.

⁴ A ciò si aggiunga che non abbiamo possibilità di verificare con facilità se la descrizione tecnica dei nuovi fenomeni corrisponda o meno a realtà.

Si darà poi conto di alcune recenti discipline volte a regolare espressamente le *Distributed Ledger Technology* e gli *Smart Contracts* e ci si soffermerà, subito dopo, sulle discipline generali nazionali applicabili a certi tipi di *Smart Contracts*⁵.

Si cercherà di mettere in evidenza le possibili incongruenze derivanti dal volere utilizzare regole pensate per scambi “tradizionali” alle nuove realtà. Senza, però, mai giungere a sostenere che la parte “Dei contratti in generale” abbia perso senso rispetto al modello di circolazione della ricchezza che si avvalga delle nuove tecnologie.

3. *La nuova tecnologia*

A cosa ci si riferisce quando si parla di *Smart Contract*?

Il fenomeno degli *Smart Contracts* non è nuovissimo. Come si vedrà, il primo che ha coniato l'espressione *Smart Contract*, Nick Szabo, portava come esempio addirittura quello di una macchina distributrice di bevande⁶. Ci si riferiva, dunque, originariamente solo a una funzione idonea a garantire l'esecuzione automatizzata di una clausola.

Oggi il tema è diventato così rilevante, nel dibattito internazionale e nazionale, sol perché gli *Smart Contracts* possono girare sulle *Blockchains*⁷ o, più in generale, sulle *Distributed Ledger Technologies* (da ora in poi DLT) ovvero Tecnologie basate su registri distribuiti⁸. L'utilizzo di queste tecnologie⁹ consente,

⁵ In questa sede, non ci si soffermerà né sull'individuazione della disciplina applicabile né sull'eventuale identificazione dell'organo giudicante competente nell'ipotesi in cui i contraenti risiedano in Stati diversi. Davanti a un fenomeno tipicamente transnazionale, come quello di cui ci si occupa, le due questioni non sono certo secondarie. Affronta questi temi G. RÜHL, *Smart Contracts und anwendbares Recht*, in T. BRAEGELMANN-M. KAULARTZ (a cura di), *Rechtsbandbuch Smart Contracts*, München, 2019, 147 ss.

⁶ Vedi *infra*.

⁷ Per T. CUTTS (*Smart Contracts and Consumers (March 18, 2019)*). LSE Legal Studies Working Paper No. 1/2019, 14, in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3354272> e in <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3354272>, 24, consultato il 19 febbraio 2020): “The term ‘smart contract’ is now rarely used without a reference to blockchain technology”.

⁸ Sul punto vedi Chamber of Digital Commerce, “*Smart Contracts*” Legal Primer, secondo la quale: “In the most basic terms, a smart contract is computer code that programmatically executes transactions in accordance with pre – defined terms. The term “smart contract” was first used by Nick Szabo in 1994 who proposed embedding computer code “in all sorts of property that is valuable and controlled by digital means” to automate the execution of predetermined actions based on pre – programmed parameters. However, it wasn’t until the rise of Distributed Ledger Technology (“DLT”) and blockchain technology, that smart contracts could operate in an environment that also afforded transparent and independently auditable and verifiable records of their activity” (in <https://digitalchamber.org/wp-content/uploads/2018/02/Smart-Contracts-Legal-Primer-02.01.2018.pdf>, consultato il 6 febbraio 2020).

⁹ Uno dei primi lavori sulle potenzialità di queste nuove tecnologie e sul loro impatto sotto

infatti, di avere, in modo certo e non modificabile, tutti i dati e le informazioni rilevanti per la conclusione di un accordo e per l'esecuzione dello stesso¹⁰.

La *DLT* consente la disintermediazione. Le parti entrano direttamente in contatto fra loro e non c'è un soggetto terzo che possa bloccare l'esecuzione. Operazione (quella dell'inadempimento) che è preclusa anche alle stesse parti.

In altre parole, affidando alla *DLT* la conclusione dell'accordo e l'esecuzione dello stesso, si impedisce l'inadempimento perché l'uomo non può più intervenire per bloccare l'esecuzione.

La vera novità, sotto il profilo civilistico, risiede, dunque, nella possibilità di affidare in modo sicuro alla macchina le due fasi dell'accordo (conclusione ed esecuzione)¹¹. Fasi che, nella stragrande maggioranza dei casi, saranno contestuali.

La macchina legge il *Code*, valida, archivia su una pluralità di registri ed esegue.

Un sistema, dunque, che appare sicuro e trasparente, che gira su registri distribuiti e non su piattaforme proprietarie.

Prima di avviare il discorso sugli *Smart Contracts* occorre, quindi, spendere alcune parole sulle *Blockchains* e sulle *DLT*.

Cosa è una *Blockchain*? Si può immaginare come una lavagna infinita indelebile, un *database* distribuito che vede ogni modifica soggetta all'approvazione di tutti i nodi. Una lavagna, semplificando molto, in cui si può leggere a chi appartengano alcuni valori e che consente di tracciare, in modo indelebile, tutti i passaggi fra questi valori¹². Nella *Blockchain* manca un *database* centrale, che viene sostituito dai nodi della rete (che operano come dei registri diffusi).

il profilo giuridico è A. WRIGHT-P. DE FILIPPI, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia* (March 10, 2015), in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2580664>, consultato il 19 febbraio 2020. In Italia vedi D. DI SABATO, *Gli Smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, 378 ss.; M.L. PERUGINI, *Distributed Ledger Technologies e sistemi di Blockchain. Digital Currency, Smart Contract e altre applicazioni*, Key ed., 2018. Da ultimo, vedi, l'ottima descrizione delle nuove tecnologie di G. REMOTTI, *Blockchain smart contract: primo inquadramento e prospettive d'indagine (commento all'art. 8-ter D.L. 14 dicembre 2018, n. 135)*, in *ODCC*, 2020, 189 ss.

¹⁰ Sull'impatto di queste tecnologie su economia e società cfr. lo *Study on Blockchains. Legal, governance and interoperability aspects. A Study prepared for the European Commission DG Communications Networks, Content & Technology*, European Union, 2020, 133, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/study-blockchains-legal-governance-and-interoperability-aspects-smart-20180038>, consultato il 31 ottobre 2020.

¹¹ Sul punto vedi anche L. PIATTI, *Dal Codice Civile al codice binario: blockchain e smart contracts*, in *Cyberspazio e diritto*, 2016, 326 secondo il quale gli *Smart Contracts*, registrati su *Blockchain*, "potrebbero ... costituire un nuovo modello in grado di automatizzare l'intero rapporto contrattuale, garantendone data, integrità, paternità ed esecuzione".

¹² Una descrizione semplice del modello di funzionamento della *Blockchain* si trova in M. PILKINGTON, *Blockchain Technology: Principles and Applications (September 18, 2015)*. *Research Handbook on Digital Transformations*, a cura di F. XAVIER OLLEROS-MAJLINDA ZHEGU. Edward Elgar, 2016, in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2662660>, consultato il 19 febbraio 2020.

La *Blockchain* è, dunque, un registro condiviso da tutti i nodi che partecipano al sistema. È un sistema che sfrutta la crittografia¹³ e permette di conservare informazioni digitali garantendo integrità e data delle registrazioni. È un *database* distribuito strutturato in blocchi (contenenti più transazioni¹⁴). Ogni transazione avviata sulla rete deve essere validata dalla rete stessa. Il blocco, poi, sarà a sua volta validato.

Il modo di registrazione sopra sommariamente descritto è quello tipico delle criptovalute. In particolare, è quello di Bitcoin.

Le *Blockchains* si dividono in *Blockchains permissionless*, che non mettono limiti all'ingresso di nuovi nodi e a ciò che questi possono fare, e *Blockchains permissioned*, in cui solo alcuni nodi possono approvare e aggiungere nuovi blocchi. Esistono poi *Blockchains* private accessibili solo a specifici soggetti.

La prima *Blockchain* che fa nascere il tipo di problema di cui sto discutendo in questa sede è *Ethereum*. *Ethereum* è un sistema derivato da *Bitcoin*. La differenza con la prima versione di *Bitcoin* è che *Ethereum* è stato progettato per la scrittura di *Smart Contracts* che consentano la definizione dei termini dello scambio e il trasferimento di valori anche diversi rispetto alla criptovaluta. *Ethereum* consente, cioè, oltre alla registrazione di domini, di app per sistemi elettorali, di *crowdfunding*, anche transazioni *peer to peer* riferite a beni diversi dalla moneta. La vera differenza con (la prima versione) di *Bitcoin* è che l'attività principale di *Ethereum* è quella di implementare gli *Smart contracts*.

Dopo *Ethereum* sono state create anche molte altre *Blockchains* per far girare gli *Smart Contracts*. La *Blockchain*, in vero, allo stato è solo una *species* del genere DLT, che è, per l'appunto, una tecnologia che permette di creare un archivio distribuito in grado di gestire le transazioni tra gli utenti di una rete. Con il termine DLT si identifica, infatti, una tecnologia che consente la registrazione e la conservazione di dati attraverso archivi multipli (*ledger*), ognuno dei quali contiene contemporaneamente gli stessi dati che sono conservati e controllati da una rete di computer (nodi).

Dopo questa veloce descrizione della *Blockchain* a delle DLT, occorre finalmente chiedersi cosa siano gli *Smart Contracts* o meglio a cosa ci si riferisca quando si usa questa espressione. Bisogna, infatti, precisare che non esiste l'ontologia dello *Smart Contract*. Si troverà qualcuno che distinguerà fra *data-*

¹³ La funzione crittografica di *hash* applicata a un file crea una piccola stringa che cambia ogni volta che il file viene modificato anche solo lievemente. Il sistema delle *Blockchains* usa questa tecnologia per rendere imm modificabile il contenuto dei blocchi e il loro ordine cronologico. Si segnala l'esistenza di un movimento socio-culturale, *cyberpunk*, cripto anarchico, che teorizza la scelta della crittografia come modo per scardinare l'ordine esistente e avere una nuova democrazia. Il Manifesto dei Cripto Anarchici è riportato in S. CAPACCIOLI, *Smart contracts: traiettoria di un'utopia divenuta attuabile*, in *Cyberspazio e diritto*, 2016, 26-27 e in M.L. PERUGINI, *Distributed Ledger Technologies e sistemi di Blockchain. Digital Currency, Smart Contract e altre applicazioni*, Vicalvi, 2018, 30.

¹⁴ Nel testo l'espressione transazione viene utilizzata come sinonimo di trasferimento e non di contratto. La prima fase della *Blockchain* è relativa alla validazione delle transazioni.

*oriented contract, computable contract, Ricardian Contracts etc.. e limiterà l'uso di Smart Contracts ai protocolli che girano su DLT e che prevedono descrizione dello scambio ed esecuzione dello stesso, altri che useranno accezioni più ampie*¹⁵. In questa sede si preferisce dar conto, seppur in modo molto semplificato, di tutti i fenomeni che sono stati descritti utilizzando questa espressione per poi selezionare il tipo di Smart Contract su cui i civilisti possono e devono interrogarsi per capire se si sia in presenza di un vero contratto.

Gli *Smart Contracts* sono stati teorizzati per la prima volta – come ho già detto – in un post del 1994 (*Smart Contracts*¹⁶), ben prima, dunque, della nascita di Ethereum, in due articoli del 1997 (*Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*¹⁷ e *The idea of Smart Contracts*¹⁸) e in uno del 1998 (*Secure Property Titles with Owner Authority*¹⁹) da Nick Szabo. L'autore – come dicevo – prendeva spunto da un distributore automatico per descrivere il trasferimento di alcune utilità in esecuzione di un algoritmo.

Nel Post del 1994 Szabo scrive che uno *Smart Contract* è un protocollo di transazione computerizzato che esegue i termini di un contratto e che gli obiettivi generali del disegno dello *Smart Contract* sono quelli dell'esecuzione di clausole contrattuali comuni²⁰.

¹⁵ Sul punto vedi anche lo *Study on Blockchains. Legal, governance and interoperability aspects. A Study prepared for the European Commission DG Communications Networks, Content & Technology, European Union, 2020*, , 57 secondo il quale: “*The meaning of the term ‘smart contract’ is controversial in itself. Some literature points out that ‘smart contracts’ are legal contracts implemented by a particular type of computer code, while others claim that it is a type of code which – when uploaded to a blind consensus platform – precludes operational interference. Nick Szabo, who first introduced the term ‘smart contract’, considered these to be mechanisms for enforcing legal contracts – computerised transaction protocols executing the contractual terms. Hence, Szabo saw them as a type of code rather than a legal contract. However, these pieces of computer code do not necessarily have to be a legal contract (they can simply be computer code that has no contractual implications) and the terminology can indeed be confusing. Vitalik Buterin, who introduced the terminology of the smart contract into the blockchain space has in fact expressed regret at his choice of terminology, suggesting he should rather have called these tools ‘persistent scripts’. The reality is that smart contracts are computer code that, depending on the precise context of its use, may be considered to constitute a legal contract – or not. Given their nature, they can and have been used in a variety of contexts for a number of decades already, such as vending machines (an example given by Szabo in his early reflections on the topic) or financial transactions. Where used on blockchains, they assume the properties of the underlying infrastructure – such as tamper-resistance or decentralisation – which is the key reason why they have triggered a range of legal discussions*”.

Cfr. anche R. DE CARIA, *Defining Smart Contracts: The Search for Workable Legal Categories*, in N. AGGARWAL-H. EIDENMÜLLER-L. ENRIQUEZ-J. PAYNE-K. VAN ZWIETEN (a cura di) *Autonomous System and the Law*, München-Baden-Baden, 2019, 27 ss.

¹⁶ In <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>, consultato 19 febbraio 2020.

¹⁷ In <https://firstmonday.org/article/view/548/469>, consultato il 19 febbraio 2020.

¹⁸ In <https://nakamotoinstitute.org/the-idea-of-smart-contracts/>, consultato il 19 febbraio 2020.

¹⁹ <https://nakamotoinstitute.org/secure-property-titles/>, consultato il 19 febbraio 2020.

²⁰ Il glossario utilizzato da Szabo, nel Post del 1994, è il seguente: “*A smart contract is a*

Il vantaggio veniva visto da Szabo nella riduzione drastica dell'intervento umano, cosa che avrebbe consentito di abbattere radicalmente i costi e di garantire certezza nell'esecuzione²¹. A livello informatico si dice, infatti, che la procedura di avvio del protocollo informatico di uno *Smart Contract* non sia revocabile. Per Szabo, dunque, lo *Smart Contract* non era un contratto era solo un *code* idoneo a dare esecuzione a un contratto²².

Gli *Smart Contracts* di Szabo non facevano riferimento alle DLT. Lo *Smart Contract* può, infatti, non girare su queste ultime. Gli *Smart Contracts* erano originariamente solo pensati come algoritmi che avrebbero impedito alle parti di scegliere se adempiere o meno. Algoritmi che affidavano alle macchine il compito di vincolare l'adempimento.

Gli *Smart Contracts* sono invece oggi, in generale, protocolli di transazione, che possono riguardare la fase di conclusione ed esecuzione di un contratto, solo di esecuzione di un contratto o anche esecuzioni di protocolli che nulla hanno a che fare con il contratto.

Ad esempio è uno *Smart Contract* l'algoritmo che gestisce la temperatura presente nell'abitazione al variare della temperatura esterna. Ed è anche *Smart Contract* l'algoritmo che esegue un contratto stipulato in modo tradizionale, ad esempio via Internet²³, o attraverso altri strumenti di comunicazione o telecomunicazione.

Il contratto telematico, ad esempio, anche quello che determina un trasferimento di un *software*, cioè un'operazione che non richiede spostamenti che avvengano fuori dalla rete, oggi viene concluso in modo separato rispetto al codice che lo esegue²⁴.

computerized transaction protocol that executes the terms of a contract. The general objectives of smart contract design are to satisfy common contractual conditions (such as payment terms, liens, confidentiality, and even enforcement), minimize exceptions both malicious and accidental, and minimize the need for trusted intermediaries. Related economic goals include lowering fraud loss, arbitration and enforcement costs, and other transaction costs. Some technologies that exist today can be considered as crude smart contracts, for example POS terminals and cards, EDI, and agoric allocation of public network bandwidth".

²¹ Nel 1998 Wei Dai (in B-money) teorizzava la creazione di un sistema contrattuale indipendente da attuare in un network non tracciabile, con predeterminazione delle regole di *enforcement*, e lo scambio di messaggi firmati digitalmente fra soggetti identificati con uno pseudonimo digitale. Sia Szabo che Wei Dai immaginavano, dunque, esiti *self enforcing* delle clausole. Sulle posizioni convergenti di Szabo e Wei Dai vedi M.L. PERUGINI, *Distributed Ledger Technologies e sistemi di Blockchain*, cit., 176.

²² Cfr. T. CUTTS, *Smart Contracts and Consumers* (March 18, 2019). LSE Legal Studies Working Paper No. 1/2019, in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3354272> e in <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3354272>, 24, consultato il 19 febbraio 2020.

²³ E fa un po' sorridere che quello che fino a qualche anno fa ci sembrava complesso, e cioè internet, venga oggi considerato tradizionale.

²⁴ Se si esclude lo scambio di criptovalute e il fenomeno degli *Ico's* credo si possa convenire con chi ritiene che lo *Smart Contract* sia oggi prevalentemente utilizzato come algoritmo di esecuzione di accordi presi fuori dalla DLT. Cfr. O. MEYER, *Stopping the Unstoppable: Termi-*

Possiamo, dunque, avere un contratto concluso via internet e uno *Smart Contract* di esecuzione. Attraverso lo *Smart Contract*, in altre parole, si può eseguire anche solo una parte di un'obbligazione di un contratto concluso in altro modo.

Gli *Smart Contracts* sono, dunque, di vari tipi²⁵.

Possono non riguardare affatto profili legati ad accordi, possono riguardare una fase degli accordi (esecuzione di un contratto stipulato in modo tradizionale), possono essere protocolli in cui c'è sia il codice di descrizione dell'accordo sia l'attivazione dell'esecuzione, possono girare fuori dalle *DLT*.

Il codice opera in ogni caso sulla base di una struttura logica di questo tipo: *if this then that*. Se accade questo si avrà quest'altro.

Quando il *Code* consente conclusione ed esecuzione abbiamo un fenomeno del seguente tipo: i termini dell'operazione economica sono rappresentati nel codice sorgente e la macchina provvede a eseguire il codice.

In altre parole, lo *Smart Contract* viene definito e attivato e, sulla base di quanto scritto nel codice sorgente nel linguaggio della macchina (Go o Java per Fabric, Solidity per Ethereum, Java o Kotlin per Corda), inizia l'esecuzione del contratto. L'attivazione non potrà essere interrotta. Non dipenderà più dalla volontà del contraente. La macchina prende in carico lo scambio e lo esegue.

Spesso nei commenti del *front end*²⁶ dello *Smart Contract* si trova una traduzione nel linguaggio "naturale" (intendendo con questa espressione una delle lingue sviluppate per la comunicazione fra gli uomini, prevalentemente l'inglese). Nulla garantisce, però, la corrispondenza. E questo, a mio avviso,

nation and Unwinding of Smart Contracts, in *EuCML*, 2020, 18, secondo il quale: "Currently, such contracts are typically concluded without the use of computer technology through individual negotiation. If the parties reach an agreement, the legal contract is concluded. Then, if the parties so wish, technically versed lawyers are available to translate the contents of the contract into a self-executing computer code and store it in the blockchain of a platform such as Ethereum. As of this moment the execution of the contract can no longer be unilaterally stopped. The smart contract is therefore primarily an aid for processing a legal contract with the purpose of protecting it from all imponderables that emerge during the performance phase".

²⁵ Sul punto si veda anche il *Report of the EU Blockchain Observatory and Forum. Legal and regulatory framework of blockchains and smart contracts*, 2019, 22 e 25, in https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_legal_v1.0.pdf, consultato il 6 novembre 2020, secondo cui: "Smart contracts can be used to do a lot of interesting things. They are used for tokenisation, and so are the engines behind cryptocurrencies and other digital assets. They can be used to code and automate business processes that can be shared and executed among multiple parties offering increased trust and reliability in the process, often with significant gains in efficiency and cost reduction. Similarly, you can use smart contracts to hard code agreements between parties involving value and other types of asset transfer, like escrow agreements or payment vs delivery or more complex agreements, and have them be very transparent and run automatically based on predetermined conditions, making it difficult or impossible for a party to back out... Smart contracts in the larger sense of self-executing programs run on a blockchain can be used for more things than just agreements between parties".

²⁶ Ci si riferisce alla parte dello *Smart Contract* che si interfaccia con l'utente.

è uno dei problemi più spinosi del tema di cui ci stiamo occupando e sui cui ritornerò nel prosieguo.

Provando a sintetizzare quanto detto finora si può dire che gli *Smart Contracts*: (i) possono essere di vario tipo; (ii) non necessitano di DLT per aversi (si pensi alla macchina per avere la bevanda); (iii) quando operano su DLT possono riguardare sia accordi sullo scambio sia mere esecuzioni sia altro (iscrizione di domini etc.); (iv) sono scritti nel linguaggio della macchina; (v) spesso sono accompagnati da una traduzione *User Friendly*.

Volendo complicare le cose si può dire che gli *Smart Contracts* si possono avvalere anche dell'intelligenza artificiale (o dei Robot)²⁷. Ciò che è importante ricordare, però, è che *Smart Contracts*, intelligenza artificiale e *Machine learning* sono cose diverse da non sovrapporre²⁸.

In questa sede ciò che assume rilievo sono solo gli *Smart Contracts* che girano su DLT e consentono sia la conclusione della transazione che l'esecuzione. Si usa a volte, con riferimento a questi *Smart Contracts* – la definizione di *Smart Legal Contracts* per distinguerli dagli *Smart Code Contracts*. Si ritiene, però, preferibile non adottare questa distinzione nel testo perché generalmente vengono considerati *Smart Legal Contracts* anche i contratti che siano mera esecuzione di accordi presi fuori dalla DLT²⁹ e, quindi, l'uso dell'espressione potrebbe ingenerare confusione. Di seguito, in questo scritto, ci si riferirà esclusivamente agli *Smart Contracts* che vengono *conclusi ed eseguiti* sulle DLT. E proprio in relazione a questi sembra che non possano esserci dubbi sul fatto che siano accordi fra due o più parti volti a costituire un rapporto giuridico patrimoniale e che siano, dunque, contratti *ex art. 1321 c.c.*³⁰. Che

²⁷ Sul punto vedi *Report of the EU Blockchain Observatory and Forum. Legal and regulatory framework of blockchains and smart contracts*, cit., 22, secondo cui: “If you add various kinds of “intelligence” to the smart contracts, whether simple if/then types of routines or complex, AI-driven decision making, you can make these programs highly autonomous: able to react to their environment and make decisions, including about buying and selling, on their own. In a similar way, you can “hard code” the rules for complex organisational structures into smart contracts, creating a trusted, immutable and tamper-resistant organisation where all members are held to the rules via the code. Such organisations can even be automated, creating decentralised autonomous organisations (DAOs) which, once set free in the wild, go about their business on their own with no human intervention”.

²⁸ Cfr. M. KAULARTZ-J. HECKMANN, *Smart Contracts – Anwendung der Blockchain-Technologie*, in *Computer und Recht*, 2016, 618; *Study on Blockchains. Legal, governance and interoperability aspects*, cit., 58; A.U. JANSSEN-F.P. PATTI, *Demistificare gli smart contracts*, in *ODCC*, 2020, 34.

²⁹ Cfr., fra gli altri, VITAMINAH (pseudonimo), *Smart Contract: tipi di contratto legal e code*, in <https://bitcoin.it/ethereum/smart-contract-tipi-di-contratto-legal-e-code/>, consultato il 27 febbraio 2020 che, per l'appunto, all'interno degli *Smart Legal Contracts* fa rientrare sia lo *Smart Contract* di esecuzione di un accordo preso altrove sia che quello che comporta conclusione ed esecuzione dell'accordo all'interno della DLT.

³⁰ Così anche A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in corso di pubblicazione in *Annali Sisdic*, Napoli, 2020. Ritene che gli

poi questi accordi possano essere considerati validi è questione diversa su cui ci si soffermerà nel prosieguo.

4. *L'intervento del legislatore nazionale*

L'Italia si è dotata di un nucleo di disciplina importante introducendo l'art. 8-ter del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 (Decreto semplificazioni, convertito con Legge 11 febbraio 2019, n. 12)³¹ e offrendo una definizione di tecnologie basate su registri distribuiti e *Smart Contracts*.

Tale articolo ai primi due comma prevede quanto segue.

1. Si definiscono “Tecnologie basate su registri distribuiti” le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili.
2. Si definisce “*smart contract*” un programma per elaboratore che opera su Tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli smart contract soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia Digitale con linee guida da adottarsi entro 90 giorni dall'entrata in vigore con linee guida da adottarsi entro novanta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”.

Ci si è chiesti se l'esecuzione a cui fa riferimento il testo in sede di definizione di *Smart Contract* (un programma per elaboratore ... la cui esecuzione vincola automaticamente) sia riferito al contratto o al programma³².

Sembra evidente il riferimento al programma. Nel senso che è l'attivazione informatica che produce il vincolo e non l'esecuzione del contratto in senso giuridico che lo produce³³. Poi nella stragrande maggioranza degli attuali *Smart*

Smart Contracts possano essere considerati contratti, a certe condizioni, anche il Consortium che ha redatto lo *Study on Blockchains. Legal, governance and interoperability aspects*, cit., 58 e *passim*.

³¹ Cfr. G. REMOTTI, *Blockchain smart contract: primo inquadramento e prospettive d'indagine (commento all'art. 8-ter D.L. 14 dicembre 2018, n. 135)*, cit., 189 ss.

³² Cfr. M. NICOTRA, *L'Italia prova a normare gli smart contract, ecco come: pro e contro*, in <https://www.agendadigitale.eu/documenti/litalia-prova-a-normare-gli-smart-contract-ecco-come-pro-e-contro/>, consultato il 27 febbraio 2020 e le slides di L. PAROLA, *Blockchain e Smart Contract*, 16, in https://associazioneaiden.it/images/downloads/Aiden_Blockchain_16_aprile_2019_AVV_Lorenzo_Parola.pdf, consultato il 27 febbraio 2020.

³³ Così anche M. MANENTE, *L.12/2019 – Smart Contract e tecnologie basate su registri*

Contracts i due momenti coincidono, ma non in tutti (si pensi, fra gli altri, agli *Smart Contracts* che prevedono la cessione di beni)³⁴. La lettera della norma sembra chiarissima e non convince la tesi di chi ritiene che si sia in presenza di contratti reali³⁵, e ciò perché, nella fattispecie analizzata, non rileva la *traditio*. Siamo piuttosto in presenza di un comportamento concludente.

Lo *Smart Contract*, a certe condizioni, soddisfa il requisito della forma scritta.

Secondo una parte della dottrina la norma sarebbe superflua perché comunque lo *Smart Contract* sarebbe un documento informatico³⁶.

Per altra parte³⁷, invece, giacché lo *Smart Contract* è un programma per elaboratore, potrebbero sorgere dubbi sull'equiparazione. Secondo tale dottrina (che appare più convincente), in assenza di un'espressa previsione circa la conformità dello stesso al requisito dell'immodificabilità di cui all'art. 3, comma 2, del DPCM 13 novembre 2014 e a quanto previsto dall'art. 4, comma 3 del DPCM 22 febbraio 2013, secondo cui non può considerarsi immodificabile un documento informatico che contiene macroistruzioni o codici eseguibili (questi ultimi contenuti, per definizione, in uno *Smart Contract*), la norma appare assolutamente opportuna. In assenza di una previsione espressa lo *Smart Contract*, infatti, potrebbe non essere in grado di rientrare nell'ambito della categoria di documento informatico immodificabile, con la conseguenza che ne verrebbe meno la validità.

La circostanza che l'ordinamento disponga che ci sia un documento informatico che vincoli automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse, a me sembra rafforzi l'idea che alcuni *Smart Contracts* siano contratti.

La circostanza poi che sia proprio lo *Smart Contract*, come programma per elaboratore, ad integrare, a certe condizioni, il requisito della forma scritta, offre poco spazio per l'attribuzione di rilevanza vincolante a traduzioni in linguaggio "naturale" eventualmente allegate allo *Smart Contract*, o quanto meno offre poco spazio a quelle parti della traduzione che si sovrappongano alle parti regolate attraverso l'algoritmo. Su ciò tornerò nel prosieguo.

distribuiti – *Prime note*, Consiglio Nazionale del Notariato, approvato dalla Commissione informatica il 4 aprile 2019, 6, in <https://www.notariato.it/sites/default/files/S-1-2019-DI.pdf>, consultato il 31 ottobre 2020.

³⁴ Sul rapporto fra esecuzione del *Code* ed esecuzione del contratto vedi *infra*.

³⁵ M. NICOTRA, *L'Italia prova a normare gli smart contract*, cit.

³⁶ L. PAROLA, *Blockchain e Smart Contract*, 16, in https://associazioneaiden.it/images/downloads/Aiden_Blockchain_16_aprile_2019_AVV_Lorenzo_Parola.pdf, consultato il 27 febbraio 2020.

³⁷ M. NICOTRA, *L'Italia prova a normare gli smart contract*, cit.

5. *Gli Smart Contracts e la disciplina in tema di contratto*

Si è detto che, a certe condizioni, gli *Smart Contracts* sono dei contratti. Occorre a questo punto chiedersi: (i) quali tipi di problemi possano porre gli *Smart Contracts*, qualificati come contratti, nelle varie fasi del rapporto; (ii) quali discipline risultino, seppur parzialmente, distoniche o inefficaci rispetto ai fenomeni analizzati; (iii) quali tipi di rimedi siano azionabili in caso di invalidità.

In particolare, occorre interrogarsi: a) sulla possibilità di imputare la volontà a soggetti legalmente capaci e sull'obbligo di identificazione; b) sulla lingua da utilizzare con riferimento agli *Smart Contracts*; c) sulle modalità di esercizio del diritto di recesso; d) sulla difficoltà di acquisire l'accordo espresso del consumatore all'interno dello *Smart Contract*; e) sui rimedi³⁸.

Uno dei problemi che si pone è quello della imputabilità della volontà a specifici soggetti legalmente capaci. La questione si pone perché oggi in prevalenza (ancorché non sempre) gli agenti che concludono l'accordo sono o anonimi³⁹ o, in più larga misura, schermati da uno pseudonimo. Ciò significa che allo stato, in primo luogo, non si potrà sempre verificare *ex ante* se i contraenti abbiano o no capacità giuridica⁴⁰ e, in secondo luogo, in caso di azio-

³⁸ Parte della dottrina ha segnalato anche il problema del modello di risoluzione delle controversie adeguato alle nuove tecnologie. Si veda, ad esempio, quanto sostenuto da M. DUROVIC, *How to Resove Smart Contract Disputes: Smart Arbitration as a Solution*, in N. AGGARWAL-H. EIDENMÜLLER-L. ENRIQUEZ-J. PAYNE-K. VAN ZWIETEN (a cura di) *Autonomous System and the Law*, München-Baden-Baden, 2019, 24, secondo cui: "Irrespective of the fact that smart contracts are designed to perform automatically, disputes are still certain to arise. This is where the issue of access to justice in the context of new technologies becomes relevant. In other words, new forms of contractual relations also require new models of dispute resolution. The capability of traditional dispute resolution models to resolve smart contract disputes is questionable. This is especially true with existing judicial models. The current judicial models applicable to smart contracts seem to be insufficiently efficient and technically unprepared to address these new technological developments and solve issues arising from smart contracts, exactly due to their specific innovative features".

³⁹ Alcune *Blockchains*, come Zcash, utilizzano tecniche crittografiche avanzate, *zero knowledge proof*, che consentono di agire in modo totalmente anonimizzato e non tracciabile. Sul punto vedi D. CARBONI, *Dagli Smart Contract alle ICO. La Blockchain non dorme mai*, Immutabile. today, 2017, 22.

Sui problemi derivanti dall'anonimizzazione vedi E. BATTELLI-E.A. INCUTTI, *Gli smart contracts nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione*, in *Contr. impr.*, 2019, 931 ss.

⁴⁰ Sulla difficoltà di riuscire a stabilire se, data la possibilità di agire in via anonima o sotto pseudonimi, in presenza di *Smart Contracts*, le parti contraenti abbiano o meno la capacità d'agire al momento della conclusione del contratto L. PAROLA-P. MERATI-G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *I Contratti*, 2018, 686. Cfr. anche *Study on Blockchains. Legal, governance and interoperability aspects*, cit., secondo cui: "The legal literature has indicated potential difficulties for smart contracts to comply with requirements regarding the capacity to contract and the protection of minors. For instance, it can be problematic to ensure that when concluding a smart contract all the parties have a legal capacity. This is because as seen above, some smart contracts providers do not check for identity – and relatedly legal capacity as they let

ni da intentare nei confronti di controparte, non si possa esser sempre certi sull'identità del soggetto da convenire in giudizio⁴¹.

Questo è un tipo di problema che, per certi versi, ha riguardato anche i contratti conclusi per via telematica. Con riferimento a questi ultimi, come è noto, sono state individuate a livello europeo regole volte a favorire la c.d. identifi-

anyone create a public key and transact on-chain. The contracting parties to a smart contract are, at a technical level, not legal or natural persons but rather pseudonymous cryptographic public keys which may represent persons, firms or machines. Hence anyone, including persons without legal capacity, could conclude a smart contract without their counterparty knowing that this is the case. This might then be the source of a lack of legal certainty for the counterparty that has concluded a contract as this contract would be void without that party knowing that this is the case. At the same time, this would jeopardise the protective objective behind rules on capacity, which by and large seek to protect individuals from entering into legal agreements without necessarily grasping the full extent of their commitment. Indeed, a typical feature of contract law regimes across jurisdictions is that those of young age are excluded from being able to contract in order to protect them from undertaking obligations the extent of which they may not fully grasp”.

⁴¹ Con riferimento alla tutela dei consumatori, c'è da ricordare che il professionista ha l'obbligo di fornire a propria identità (artt. 48 ss. del codice del consumo). La regola rischia di diventare ineffettuale utilizzando le nuove tecnologie oggetto di attenzione in questo lavoro.

Sull'importanza dell'identificazione ai fini della tutela dei contraenti cfr. *Report of the EU Blockchain Observatory and Forum, Legal and regulatory framework of blockchains and smart contracts*, 24, secondo cui: “To many, one of the great advantages of smart contracts is that they can be used to write “tamper-proof” agreements, meaning they cannot be changed after they are deployed. The advantage is that they will execute as written no matter what – holding, in theory, the parties to their commitments through the inexorable might of code. Yet in such cases, what happens from a legal perspective if off-chain conditions change? There might be changes in the law, in applicable regulations, in the business environment, or other relevant spheres that would necessitate a change in the smart contract. What legal recourse would the parties have if the smart contract they have deployed cannot be accessed and modified? Also, there are a lot of events that may occur in the off-chain world that affect, by law, the content of rights and obligations of the parties to the smart contract. If appropriate functionality is not included in the code to allow for the adoption of the changes in the legal contract, the smart contract could perform non-valid legal actions. In a situation where, for any reason, the automatic execution of a legal contract by a smart contract breaches contractual obligations, the subsequent obligation will arise to make appropriate settlements between the parties (e.g. returning the transferred assets or paying their value). In B2B contractual relationships, the parties have broad competence to waive the obligations of such settlements. Professionals can therefore generally bear the risk of using smart contracts. However, limitations on obligations and liability are less effective in the case of B2C relationships. Thus, despite the use of smart contracts, the obligation to make off-chain settlements may arise. The creditor (or potentially the consumer) would have to enforce such obligations in the real world. If no collateral for meeting obligations has been established, the primary and only tool for the enforcement of contractual liability is to use the judicial system. Creditors may sue the debtor before the court, but the decision of the court may be enforceable only if the debtor is an identifiable entity. The conclusion is that the use of smart contracts does not resolve or eliminate the problem of breaches of contract, contractual liability and enforcement. The problem of the lack of available tools to easily identify actors on a blockchain-based network therefore arises again. It will require a solution, not only in relationships between blockchain players and state authorities, but also in vertical relations between the participants of the blockchain space. Otherwise, the current system of consumer (or any creditor) protection, currently based on judicial system and enforcement of liability, may no longer be effective”.

cazione elettronica. Come una parte della dottrina ha già messo in evidenza, però, “tutte le tecniche di identificazione elettronica predisposte in ambito europeo muovono dall’idea che i dati siano contenuti in sistemi centralizzati, al contrario la *blockchain* si caratterizza per essere decentralizzata. Sicché, gli strumenti giuridici sinora immaginati si rivelano del tutto inadeguati con riferimento a questa tecnologia”⁴². Di qui l’esigenza di immaginare soluzioni diverse.

Il compito è molto arduo e, probabilmente, in ragione di ciò l’agenzia per l’Italia digitale non ha ancora individuato i requisiti di identificazione informatica richiesti – come si è detto sopra – al fine di far integrare agli *Smart Contracts* il requisito della forma scritta.

La Consob sta immaginando di regolamentare il fenomeno degli ICO’s (*Initial Coin Offerings*) in modo tale che la identificabilità dei titolari dei diritti “venga accertata e garantita rispettivamente dal gestore della piattaforma per il lancio delle offerte di prima emissione e dall’organizzatore di scambi di cripto-attività”⁴³. Ciò che è interessante notare è che proprio nel settore finanziario si sta assistendo a uno spostamento dagli ICO’s agli IEO’s (*Initial Exchange Offerings*), che sono caratterizzati, fra l’altro, proprio dal fatto che l’investitore si deve far riconoscere attraverso la procedura KYC – AML e non ha la possibilità di restare anonimo. Gli investitori si sono in altre parole trasferiti in un contesto “più protetto”⁴⁴. È possibile che in futuro le stesse DLT, in via di autoregolamentazione, richiedano agli utenti di garantire l’identificazione⁴⁵.

⁴² G. REMOTTI, *Blockchain smart contract: primo inquadramento e prospettive d’indagine (commento all’art. 8-ter D.L. 14 dicembre 2018, n. 135)*, cit., 211, secondo il quale si possono immaginare solo due vie: “La prima ... insoddisfacente, è quella di ibridare la tecnologia *blockchain permissionless* con sistemi di centralizzazione – almeno parziale – realizzando così una *blockchain* privata *permissioned* (Cuccuru)...La seconda ...è sfruttare una *blockchain* per realizzare un’identità digitale *self sovereign*. Si tratta di realizzare una piattaforma *blockchain* esclusivamente finalizzata alla creazione di identità digitali uniche e gestite direttamente dall’utente a cui si riferiscono”. Lo stesso autore, però, sottolinea come la tecnologia *Blockchain* non sia affatto incompatibile con l’identificazione dei soggetti. Si veda in particolare quanto affermato dall’autore in nota 34: “Il fatto che nell’ecosistema *Bitcoin* i soggetti che effettuano le transazioni siano coperti dall’anonimato dipende dalla scelta della piattaforma di non obbligare i soggetti che vi operano a procedure di registrazione volte all’identificazione personale e di consentire al contrario l’utilizzo di pseudonimi. Questo dipende solo in parte dalla tecnologia *blockchain*, la quale è astrattamente in grado di fornire una certezza dell’identità dei soggetti che vi si trovano a operare attraverso l’uso di strumenti crittografici come ad es. i *token*. Al riguardo sono in corso diversi progetti, alcuni dei quali già parzialmente operativi come ad esempio l’IBM *Blockchain Trusted Identity*™”.

⁴³ Cfr. il Documento Consob “Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività. Rapporto finale, del 2 gennaio 2020, 5, in http://www.consob.it/documents/46180/46181/ICOs_rapp_fin_20200102.pdf/70466207-edb2-4b0f-ac35-dd8449a4baf1, consultato il 27 febbraio 2020.

⁴⁴ Su gli ICO’s e gli IEO’s vedi G. GITTI-M. MAUGERI, *Blockchain – Based Finacial Services and Virtual Currencies in Italy*, in *EuCML*, 2020, 43 ss.; G. GITTI-M. MAUGERI-C. FERRARI, *Offerte iniziali e scambi di cripto-attività*, in *ODCC*, 2019, 95.

⁴⁵ Su alcuni progetti in corso vedi nota 42.

In presenza di *Smart Contracts*, un altro dei problemi di difficile soluzione è quello legato alla lingua. Ricordo, infatti, che, per interagire con la DLT, lo *Smart Contract* deve usare il linguaggio della macchina: Go o Java per Fabric, Solidity per Ethereum, Java o Kotlin per Corda⁴⁶.

La possibile difficoltà di comprensione del testo rileva in modo diverso a seconda che si sia in presenza di un contratto concluso fra pari, PtoP (*BtoB* o fra due non professionisti), o di un contratto *BtoC*⁴⁷.

Prima di procedere è opportuno mettere in evidenza come non appaia condivisibile la tesi secondo la quale alcune discipline poste a tutela del consumatore, segnatamente quelle contenute nella Direttiva 2011/83/EU del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recepita in Italia attraverso la modifica degli art. 45 ss. del codice del consumo, non si applichino agli *Smart Contracts* in ragione dell'esenzione – contenuta nell'art. 3, comma 3, lett. l) della Direttiva e nell'art. 47, lett. n), del codice del consumo – riferita ai contratti conclusi “tramite distributori automatici o locali commerciali automatizzati”⁴⁸. È vero che l'aver utilizzato Nick Szabo proprio il distributore automatico come esempio di funzionamento dello *Smart Contract* potrebbe indurre a ritenere ciò. Si è, però, già detto che Szabo pensava solo a un protocollo di esecuzione e che gli *Smart Contracts* oggi hanno, *rectius* possono avere, caratteristiche molto diverse da quelle del distributore automatico.

Le esenzioni sono tassative e non possono essere estese fino a ricomprendere al loro interno ipotesi affatto diverse.

La *ratio* dell'esenzione, d'altra parte, sembra risiedere nella circostanza che non avrebbe avuto senso appesantire, con obblighi gravosi e, per certi versi, impraticabili, una transazione il cui contenuto risulta chiaro, evidente e palesemente desumibile dal contesto (scambio del bene esposto contro corrispettivo definito), una transazione, inoltre, che non pone i problemi legati alla stipulazione dei contratti a distanza e che è, pertanto, del tutto assimilabile alle transazioni quotidiane eseguite immediatamente al momento della loro conclusione, a cui non si applicano gli obblighi di informazione *ex art.* 48, comma 3, del codice del consumo.

Molto diverse, rispetto a quella contemplata nell'esenzione, sotto il profilo della complessità, sono le transazioni operate con gli *Smart Contracts*. Si tratta, infatti, di operazioni che si concludono a distanza e che hanno caratteristiche non desumibili in modo palese dal contesto, si pensi ad esempio alla cessione di *Utility Token*.

⁴⁶ Sulla “barriera semantica” che crea l'uso del linguaggio della macchina, cfr. M.P. PIGNALOSA, *Il consumatore calcolante. Contributo allo studio del contratto telematico*, 2020, 28.

⁴⁷ Ritiene che gli “*smart contracts that are also legal contracts can only be used where the necessary safeguards are implemented in B2C settings – just as is the case with any other electronic contract*” anche lo *Study on Blockchains. Legal, governance and interoperability aspects*, cit., 64.

⁴⁸ Ipotizza, in chiave dubitativa, questa soluzione lo *Study on Blockchains. Legal, governance and interoperability aspects*, cit., 69.

Non pare, dunque, possano sussistere dubbi circa l'applicabilità della disciplina contenuta negli art. 45 ss. del codice del consumo anche agli *Smart Contracts*.

La tesi qui sostenuta è confermata anche dalla circostanza che espressamente nel considerando n. 16 della Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, del 24.9.2020, si legge quanto segue: "Le piccole e medie imprese e le start-up non dovrebbero essere soggette a oneri amministrativi eccessivi. Pertanto le offerte al pubblico di cripto-attività nell'Unione che non superano una soglia aggregata adeguata su un periodo di 12 mesi dovrebbero essere esentate dall'obbligo di redigere un White Paper sulle cripto-attività. Tuttavia la legislazione orizzontale dell'UE che garantisce la tutela dei consumatori, quale la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, la direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio o la direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, compresi gli obblighi di informativa ivi contenuti, rimane applicabile a tali offerte al pubblico di cripto-attività laddove ciò implichi relazioni tra imprese e consumatori". Da ciò si evince chiaramente che alle cripto-attività che non integrano gli estremi dei servizi finanziari si applicheranno non solo le discipline in tema di clausole abusive e pratiche commerciali scorrette ma anche quelle in tema di contratti a distanza (o, se si vuole, utilizzando la rubrica della direttiva, quelle sui diritti dei consumatori).

Il Parlamento Europeo, nella Risoluzione del 20 ottobre 2020, recante raccomandazioni alla Commissione sulla legge sui servizi digitali: adeguare le norme di diritto commerciale e civile per i soggetti commerciali che operano *online*, ha chiesto alla Commissione di aggiornare il documento orientativo esistente sulla direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, al fine di chiarire se si possa ritenere che gli *Smart Contracts* risultino contemplati dall'eccezione di cui all'articolo 3, paragrafo 3, lettera l) di tale direttiva, e, in caso affermativo, in quali circostanze". L'auspicio è che la Commissione escluda radicalmente siffatta eventualità. Cosa diversa è che si possa limitare il diritto di recesso (sul punto vedi *infra* nel testo).

Possiamo, dunque, ritornare a valutare la diversa rilevanza della difficoltà di comprensione del testo a seconda che si sia in presenza di un contratto concluso fra pari, *PtoP*, o di un contratto *BtoC*.

Con riferimento ai primi occorre distinguere due ipotesi: (1) che allo *Smart Contract* non sia allegata una traduzione in linguaggio "naturale"; (2) che sia allegata una traduzione.

Nel primo caso il contraente potrebbe non aver concretamente compreso ma sarebbe per lui molto difficile, dopo aver scelto di usare un linguaggio, dare prova della mancata comprensione.

Nel secondo caso, invece, si potrebbe porre un problema di mancata coinci-

denza fra quanto previsto nel *Code* e quanto scritto nella prosa legale allegata.

Per le ragioni dette prima, secondo me, dovrebbe prevalere il *Code* sul linguaggio naturale o prosa legale allegata⁴⁹ e al più ci si potrebbe interrogare sulla decettività del comportamento di chi abbia allegato la “traduzione”. Se tale decettività fosse provata si dovrebbe giungere a caducare lo *Smart Contract*, con tutti i problemi conseguenti in tema di identificazione del soggetto da convenire in giudizio e di difficile refluenza diretta della decisione sulla *Blockchain*, già descritti sopra.

Per la parte che non risultasse regolata dal *Code*, invece, la traduzione allegata dovrebbe esser considerata vincolante anche se il contenuto della stessa concretamente opererebbe fuori dalla *Blockchain*. Questo potrebbe consentire di superare la difficoltà che si registra nel tradurre il linguaggio legale in linguaggio informatico.

Con riferimento ai contratti *BtoC* la questione si complica molto.

Distinguiamo sempre le due ipotesi: (1) che allo *Smart Contract* non sia allegata una traduzione in linguaggio “naturale”; (2) che sia allegata.

Nel primo caso si porrà il problema del rispetto degli articoli: (i) 34, secondo comma, del codice del consumo con riguardo alla chiarezza e comprensibilità; (ii) 72 del codice del consumo con riferimento sulla lingua nel contratto di multiproprietà; e (iii) 51, primo comma, sempre del codice del consumo per quanto riguarda i contratti a distanza e l’obbligo del professionista di fornire o mettere a disposizione del consumatore le informazioni in un linguaggio semplice e comprensibile. Si tratta di norme, come è noto, che riproducono discipline eurounitarie. Ciò significa che la questione del mancato rispetto rileva in tutti gli Stati Membri.

L’allegazione della traduzione potrebbe consentire di superare questi problemi (e si potrebbe, pertanto, indicare alle *DLT* di imporre, in via di autoregolazione, la traduzione) ma resterebbe sempre il problema della difformità fra algoritmo e testo scritto con prosa legale. In questo caso, ancora una volta, a seconda del livello di difformità, si dovrebbe valutare l’invalidità dell’accordo (con i conseguenti problemi già descritti sopra).

Un ulteriore problema che si presenta nei rapporti *BtoC* è quello legato al diritto di recesso. Si pensi, ad esempio, al diritto di recedere previsto dall’art. 52 del Codice del Consumo (disciplina anch’essa di derivazione eurounitaria). Ed invero, pur tenendo conto della regola contenuta nella lettera o) del primo comma dell’art. 59 del Codice del Consumo – secondo la quale il diritto di recesso è escluso relativamente a: “la fornitura di contenuto digitale mediante un supporto non materiale se l’esecuzione è iniziata con l’accordo espresso del consumatore e con la sua accettazione del fatto che in tal caso avrebbe perso il diritto di recesso”, si deve osservare, in primo luogo, che sarà estremamente difficile acquisire all’interno di uno *Smart Contract* l’accordo espresso del con-

⁴⁹ Vedi *supra* par. 4.

sumatore e la sua accettazione relativa alla perdita del diritto di recesso, ma, soprattutto, si deve evidenziare che, pur riuscendo a superare questo limite, sicuramente la regola non potrebbe trovare applicazione nell'ipotesi in cui non si fosse in presenza di beni digitali. Si pensi, ad esempio, a uno *Smart Contract* che consentisse il pagamento di una somma in caso di ritardo dell'aereo, o *Smart Contracts* che consentissero di erogare energia.

Si potrebbe pensare di sospendere l'efficacia dei contratti durante la decorrenza del termine, scrivendo questo ordine nel Code, e poi attendere l'indicazione dell'oracolo per procedere all'esecuzione, ma si tratterebbe di una soluzione che appesantirebbe molto il sistema degli *Smart Contracts*.

Astrattamente si potrebbe immaginare di dotare lo *Smart Contract* di un meccanismo idoneo a consentire, attraverso un oracolo esterno, di accertare la volontà di recedere del consumatore e di inviare l'*input* di retrocessione (semprché le utilità non risultassero già trasferite ad altri). Si tratterebbe, però, ancora una volta, di un rimedio eccessivamente farraginoso con riferimento a quel sistema, un rimedio non gratuito⁵⁰, e non in linea con l'esigenza a cui rispondono gli *Smart Contracts*, che è quello della certezza dell'esecuzione. Con riferimento al profilo considerato sembra, per tanto, troppo "invasiva" la richiesta del Parlamento Europeo, contenuta nella Risoluzione del 20 ottobre 2020, di prevedere "misure atte ad assicurare che i contratti intelligenti siano dotati di meccanismi in grado di arrestarne e invertirne l'esecuzione" (Allegato)⁵¹.

In altre parole, l'obbligo allo stato esiste, ma è un obbligo distonico rispetto al modello di funzionamento dello *Smart Contract* e alle ragioni per cui anche i consumatori decidono di utilizzare le nuove tecnologie, oggetto di attenzione in questa sede, per le loro transazioni.

Resterebbe sempre la possibilità per il consumatore di far valere il rimedio al di fuori della *Blockchain* o della *DLT*. Verrebbe, però, per un verso, meno l'efficacia di un rimedio, il recesso, pensato anche per evitare di far gravare sul consumatore l'obbligo di adempiere⁵² e, per altro verso, proprio perché sarebbe difficile acquisire all'interno di uno *Smart Contract* l'accordo espresso del consumatore e la sua accettazione relativa alla perdita del diritto di recesso, il rimedio risulterebbe eccessivamente gravoso con riferimento alla fornitura eseguita di un contenuto digitale mediante un supporto non materiale. Il recesso, si rivela, in altre parole, con riferimento agli *Smart Contracts*, un rimedio al contempo depotenziato e gravoso. Si potrebbe, dunque, immaginare, con riferimento alla conclusione del contratto attraverso l'uso di queste nuove tecnologie, di modificare la disciplina, eliminando quanto meno il c.d.

⁵⁰ Sul sistema di arbitrato Kleros cfr *Kleros*, in <https://kleros.io/whitepaper.pdf>, consultato il 6 novembre 2020.

⁵¹ In generale un meccanismo siffatto appare distonico rispetto al modello di funzionamento degli *Smart Contracts*.

⁵² Sul recesso di pentimento cfr., da ultimo, S.PAGLIANTINI, voci *Contratto di diritto europeo e Consumatore*, in *Enc. dir.*, volume "Contratto", 2020, in corso di pubblicazione.

recesso di pentimento⁵³, previsto dall'art. 52 del cod. cons. In questo senso, si potrebbe valorizzare l'invito del Parlamento Europeo, contenuto nella Risoluzione del 20 ottobre 2020, recante raccomandazioni alla Commissione sulla legge sui servizi digitali: adeguare le norme di diritto commerciale e civile per i soggetti commerciali che operano *online*, e nel suo Allegato, a rivedere "la questione del diritto di recesso".

Il problema, dunque, non è quello dell'astratta applicabilità delle discipline esistenti ma piuttosto quello della ragionevolezza nel pensare di continuare ad applicare discipline pensate per alcuni contesti a scenari significativamente mutati⁵⁴. In altre parole, se da un lato non si può accettare l'idea della totale non applicabilità del diritto dei contratti agli *Smart Contracts*, dall'altro non si può non evidenziare come alcune regole debbano necessariamente essere modificate.

Il problema segnalato sulla difficoltà di acquisire l'accordo espresso del consumatore all'interno dello *Smart Contract* rileva anche con riferimento a quanto previsto dall'art. 51, comma 2, del Codice del consumo⁵⁵ con riferimento all'obbligo di pagare.

Ulteriori problemi pone anche l'art. 51, comma 7, del Codice del consumo secondo il quale: "Il professionista fornisce al consumatore la conferma del contratto concluso su un mezzo durevole, entro un termine ragionevole dopo la conclusione del contratto a distanza e al più tardi al momento della consegna dei beni oppure prima che l'esecuzione del servizio abbia inizio...". Sembra evidente che tale disposizione sia del tutto priva di senso rispetto ad accordi che girano sulle *Blockchains*.

In vero, la relazione fra disciplina a tutela del consumatore e gli *Smart*

⁵³ Con riferimento al tema affrontato nel testo, nello *Study on Blockchains. Legal, governance and interoperability aspects*, cit., 119, si legge quanto segue: "Regarding the specific issue of the right to withdrawal under the Consumer Rights Directive, a more proactive approach by the European Commission could, however, be of much benefit. Indeed, we recommend that on the occasion of the next revision of this legal regime (in accordance with Recital 62 of the Consumer Rights Directive), the Commission considers whether consumers' withdrawal rights create an undue burden in respect of smart contracts".

⁵⁴ Sulla necessità di pensare a rimedi differenti cfr. anche lo *Study on Blockchains. Legal, governance and interoperability aspects*, cit., 100, in cui, con riferimento all'*utility token* si afferma quanto segue: "Subjecting commodities such as utility tokens to prospectus obligations like IPOs may, however, be seen as a drastic steps in light of the detailed requirements and high compliance costs associated with such an obligation. With this in mind, alternative transparency regimes may be considered, such as standards to be developed by industry that are then endorsed by regulation. This might eventually result in the provision of more detailed information to consumers, and a right to seek remedies in courts where industry fails to abide by such standards without a copying of a prospectus obligation that may not be suitable in this specific context. Of course, as always with partly self-regulatory efforts, it is of outmost importance to ensure that the defined standards work in the service of consumer interests and are not biased towards industry preferences".

⁵⁵ Come è senz'altro noto, anche l'art. 51 del cod. cons. è di origine eurounitaria.

Contracts presenta innumerevoli problemi⁵⁶, non ancora trattati *funditus* dalla dottrina europea⁵⁷. C'è da notare che i contributi dottrinali più diffusi in tema di *Smart Contracts* sono prevalentemente quelli statunitensi ed è con i temi selezionati in quei contributi che tipicamente la dottrina internazionale si confronta. Come è noto, però, negli Stati Uniti la disciplina a tutela del consumatore è diversa da quella europea e, quindi, c'è poco da apprendere da quei testi in punto di rapporto fra *Smart Contracts* e tutela del consumatore. Prima di chiudere questa veloce carrellata di questioni occorre fare qualche considerazione sui rimedi.

Nell'ipotesi in cui lo *Smart Contract* sia illecito, lo stesso sarà nullo ma sarà anche, nei limiti detti, egualmente eseguito. Questo significa che il rimedio non potrà che essere di tipo restitutorio. Come è stato già detto oltreoceano, pensare che il rimedio caducatorio e quello restitutorio siano equivalenti è fallace⁵⁸. Il rimedio restitutorio, a differenza della nullità, ad esempio, non è imprescrittibile⁵⁹. Un'ultima notazione riguarda i tipi di contratti che girano sulle *Blockchains*. In vero allo stato non sembra che i nuovi strumenti siano usati per i contratti relazionali. In futuro, però, ciò potrebbe non essere impossibile utilizzando l'intelligenza artificiale⁶⁰.

⁵⁶ Sul punto cfr. *Report of the EU Blockchain Observatory and Forum, Legal and regulatory framework of blockchains and smart contracts*, cit., secondo cui: "The near-immediate transaction settlement and immutability properties of many blockchains, which is one of the main advantages of the technology, can also be problematic from a legal and regulatory perspective. For example, it can be difficult to enforce consumer protection regulations in a world where transactions are not reversible, which is a hindrance both when regulators are trying to protect consumers from fraudsters as well as when they are trying to protect them from themselves".

⁵⁷ Si veda, però, T. RIEHM, *Smart Contracts und AGB-Recht*, in T. BRAEGELMANN-M. KAULARTZ (a cura di), *Rechtsbandbuch Smart Contracts*, cit., 110.

⁵⁸ K. WERBACH-N. CORNELL, *Contracts ex machina*, in *Duke Law Journal*, 2017, 120, consultabile anche in <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3913&context=dlj>, consultato il 10 febbraio 2020, cit., 164.

⁵⁹ L'azione di accertamento della nullità è imprescrittibile ai sensi dell'art. 1422 c.c. L'azione di ripetizione delle prestazioni effettuate in forza del contratto dichiarato nullo, ex art. 2033 c.c., resta, invece, soggetta al termine ordinario di prescrizione decennale, ex art. 2946 c.c.

⁶⁰ Sul punto vedi F. DELFINI, *Blockchain, Smart Contracts e innovazione tecnologica: l'informatica e il diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, 176, secondo il quale: "Se lo *Smart Contract* è agente informatico dotato di intelligenza artificiale (AI: *Artificial Intelligence*) capace di governare le sopravvenienze nei contratti di durata, dovremo poi misurarci con l'art. 1349 c.c. ed eventualmente con i limiti nel c.d. arbitraggio della parte, se tale software è concepito unilateralmente o viene introdotto in una contrattazione standard unilateralmente predisposta. Allo *Smart Contract*, quale agente informatico di AI, può poi essere demandata non solo la gestione o esecuzione di contratti (tradizionali), ma anche la stessa conclusione di futuri contratti (ne è già diffusa l'applicazione nel mercato finanziario: si pensi all'High frequency trading, impraticabile con efficienza dagli umani)".

6. *Il dibattito sull'opportunità o meno di intervenire per disciplinare il nuovo fenomeno*

C'è un dibattito in corso sulla opportunità di intervenire normativamente e, in caso di risposta affermativa, su quando intervenire⁶¹.

I principali approcci suggeriti sono: (i) quello c.d. dello *Wait-and-see*, che consiste nel monitorare gli sviluppi delle nuove tecnologie senza intervenire (continuando, ovviamente, nelle more ad applicare il diritto esistente); (ii) quello dell'intervento, meglio se sovranazionale; e (iii) quello c.d. della *self-regulation* ad opera degli operatori del mercato⁶².

In vero lo stesso dibattito si registrava negli anni '90 del secolo scorso con riferimento all'affermarsi di internet. Anche allora c'era chi riteneva che non fosse necessario un intervento⁶³ e chi viceversa lo riteneva necessario⁶⁴. Sappiamo come è andata: sono state emanate una pluralità di discipline specifiche, che non hanno travolto il diritto dei contratti ma lo hanno reso meno distonico con la realtà disciplinata rispetto a quanto lo fosse prima.

Non vi è dubbio alcuno, dunque, sulla circostanza che si debba intervenire. Il quando, però, è da discutere.

La paura è che un intervento dall'alto possa non essere in linea con lo spirito del nuovo fenomeno. Questa paura è comprensibile ma credo che il legislatore, soprattutto quello europeo, non possa non intervenire quanto meno per ridurre le palesi distonie fra norme poste e nuova realtà. Ed infatti, con la Risoluzione del 20 ottobre 2020, recante raccomandazioni alla Commissione sulla legge sui servizi digitali: adeguare le norme di diritto commerciale e civile per i soggetti commerciali che operano online, il Parlamento europeo raccomanda alla Commissione di trovare soluzioni legislative per la disciplina delle tecnologie oggetto di attenzione in questo articolo "qualora non appaia realizzabile un'azione a livello internazionale o qualora sussista il rischio che tale azione richieda troppo tempo per concretizzarsi"⁶⁵.

⁶¹ Critici nei confronti di un intervento attuale R. PARDOLESI-A. DAVOLA, *What is wrong in the debate about smart contract*, WP, Luiss Guido Carli, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3339421&download=yes, consultato il 24 febbraio 2020. Ritengono, invece, che occorra intervenire e che serva più che un semplice adattamento delle norme vigenti per dare una disciplina coerente a questi fenomeni S. GRUNDMANN-P. HACKER, *Digital Technology as a Challenge to European Contract Law*, in *ERCL*, 2017, 255 ss.

⁶² Sui possibili approcci cfr. *Study on Blockchains. Legal, governance and interoperability aspects*, cit., 104 ss.

⁶³ Negli Usa vedi F.H. EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in *U. Chi. Legal F.*, 1996, 207.

⁶⁴ Cfr. L. LESSIG, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, in 113 *Harv. L. rev.*, 1999, 501.

⁶⁵ Molto interessante è la proposta avanzata da A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, cit., secondo cui "Quel che occorre, almeno

Cosa può fare il giurista nelle more? Secondo me può e deve partecipare alla *self regulation* delle DLT e degli *Smart Contracts*. Deve aggiornarsi e lavorare accanto ai tecnici, il che può significare anche provare a comporre le clausole in modo compatibile al linguaggio della macchina⁶⁶. Deve avviare nuovi progetti formativi di “*Coding for Lawyers*”. Deve dedicare, in altre parole, tempo ed energie allo studio delle nuove tecnologie⁶⁷.

nella nostra realtà, non è (solo) l’ennesima Direttiva europea ... ma è necessaria, piuttosto, una nuova “Convenzione di Vienna”, cui affidare la costruzione di un vero e proprio *codice* mondiale del contratto algoritmico”.

⁶⁶ Sul punto vedi K. JACOB, *Smart Contracting: Simple, Digital, Automated*, in N. AGGARWAL-H. EIDENMÜLLER-L. ENRIQUEZ-J. PAYNE-K. VAN ZWIETEN (a cura di) *Autonomous System and the Law*, München-Baden-Baden, 2019, 8 e *passim*; R. UNSWORTH, *Smart Contract This! An Assesment of the Contractual Landscape and the Herculean Challenges it Currently Presents for “Self-executing” Contracts*, in M. CORRALES-M. FENWICK-H. HAAPIO (a cura di), *Legal Tech, Smart Contracts and Blockchain*, Singapore, 2019, 25 e *passim*.

⁶⁷ Tutti i temi trattati in questo scritto sono stati da me approfonditi in M. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021.

GUIDO ALPA

CONCLUSIONI DELLA PRIMA SESSIONE

Ringrazio di cuore gli organizzatori di questo convegno, in primis la prof. Emanuela Navarretta, per l'invito a partecipare, e mi complimento con i relatori per le esposizioni che ho potuto seguire.

Anch'io mi associo con un pensiero affettuoso al ricordo di Lina Bigliuzzi Geri alla quale mi univa un grande affetto oltre che profonda stima. I convegni, i seminari, i dibattiti, la presentazione di libri – tutte iniziative svolte con grande cura dall' Istituto di diritto privato della Facoltà di Giurisprudenza di Pisa e dalla Scuola Superiore S. Anna – sono stati, non solo per me, un fattore di eccezionale rilievo nella nostra formazione scientifica: con i Maestri e i Colleghi pisani vi era non solo una grande sintonia di metodo e di interessi per i temi indagati, ma anche un comune impegno nella educazione del giurista, cultore della dogmatica, ma non prigioniero di essa, attento agli aspetti sociali e economici, ma non consegnato in toto alla politica del diritto, fautore della creatività giurisprudenziale, e sempre rispettoso dei valori costituzionali.

Proprio cogliendo qualche interrogativo emerso dalle relazioni e dal dibattito vorrei tentare di risolvere alcuni problemi che si sono posti, a cominciare dal titolo del convegno.

Mi sono chiesto innanzitutto – parlandosi di revisione del codice civile – se il codice civile di oggi abbia la stessa rilevanza che ebbe quando fu emanato. Né alle Autorità di Governo né ai redattori nelle diverse fasi in cui fu articolata la riscrittura del codice civile del 1865 venne mai in mente di chiedersi se a quell'epoca aveva ancora un significato normare mediante “codici”. La Commissione Reale che nel 1924 aveva raccolto l'impegno di redigere un nuovo codice era composta da civilisti e romanisti, magistrati e avvocati; sotto l'impulso di Vittorio Scialoja aveva svolto il lavoro relativo alla disciplina delle obbligazioni insieme con una Commissione francese composta da colti giuristi; nel 1928 questo lavoro fu pubblicato con il titolo di Progetto italo-francese di codice delle obbligazioni. Il Progetto fu pubblicato con un corredo amplissimo di commenti predisposto dai giuristi più rinomati, esponenti di diversi ordinamenti, un vero concorso di intelletti che ne apprezzarono i contenuti e la tecnica.

Il progetto non ebbe seguito, ma lasciò il segno. Nel 1930 era pronto il

progetto del I Libro sulle persone comprensivo delle norme sulla famiglia; il progetto del Libro delle successioni e donazioni (allora, Libro III) vide la luce nel 1936, e il progetto sulle cose (allora, Libro II) vide la luce nel 1937. I progetti furono diffusi nelle Università e sottoposti al parere della magistratura e dell'avvocatura; tutti concorsero con osservazioni, suggerimenti, proposte di emendamento, a discutere i progetti.

Il codice civile dunque non venne considerato come un testo normativo *octroyé*, ma come il prodotto di un lavoro comune, la raccolta dei risultati di un lavoro ampiamente condiviso, a cui non mancava il confronto con le esperienze straniere. I tempi si erano però allungati sotto la vigilanza di diversi Ministri Guardasigilli, e il Libro I, coordinato dal Ministro Arrigo Solmi, doveva vedere la luce nel 1938, ma la sua pubblicazione fu ritardata per consentire al Governo di inserire le norme sulla discriminazione razziale. Grazie all'intervento del nuovo Ministro Guardasigilli, l'avvocato Dino Grandi, una nuova commissione presieduta da Filippo Vassalli terminò i lavori dei quattro Libri, inserì nel corpo normativo il codice di commercio rinnovato da Alberto Asquini, come quinto Libro, e collocò nel sesto Libro le disposizioni che non potevano essere inserite altrove. Era sopravvenuta la guerra e non si fece in tempo per discutere con le Università anche l'ultima versione, e tuttavia le riviste dell'epoca registrano i contributi degli studiosi volti a chiarire o a migliorare il progetto in corso.

Il nuovo codice – lo si è discusso in tante occasioni, specie nelle occasioni decennali di rivisitazione del testo – rispetto al corpus del 1865 non portava solo le novità emergenti dal confronto con il B.G.B., e non si occupava solo, tecnicamente, di risolvere alcuni problemi pratici sollevati dalla giurisprudenza: rappresentava una omogenea visione della società civile, delle attività economiche, e le inseriva nel contesto istituzionale del Regime. Non tracciava un solco netto tra diritto privato e diritto pubblico, proprio perché riconduceva all'alveo del diritto delle corporazioni le attività economiche dei privati. Conservava un'impronta autoritaria nei confronti della famiglia e delle associazioni – le comunità intermedie invise al Regime – e consentiva al giudice di farsi espressione di quella impronta in norme che, per lungo tempo dopo la caduta del Regime, non ebbero una effettiva applicazione, come l'interpretazione di buona fede, l'integrazione, e così via.

Emendato dagli orpelli del Regime, il codice aveva riguadagnato la fiducia degli operatori. D'altra parte, gli storici hanno sottolineato una singolare continuità nelle istituzioni così come i giuristi hanno preso atto della continuità delle elaborazioni dottrinali.

Sì che a cominciare dalla fine degli anni Sessanta si sono posti i primi dubbi sulla conservazione di quel codice: si è posto l'accento sulle clausole generali e sui principi, e ci si è chiesti se metodologicamente non fosse più opportuno normare per formule generali, lasciando da parte sia le regole minuziose, come

quelle che compaiono nel Libro III sulla proprietà, sia le discipline speciali che potevano essere contenute in testi unici. Ma non si è revocato in dubbio solo il metodo di normazione seguito, si è acuita l'attenzione sulla stessa funzione politica di un codice civile: poteva il Paese della fine degli anni Sessanta riconoscersi nell'immagine che traspariva da quel codice? E nei valori difesi da quel codice?

Di qui appassionate discussioni dottrinali, su come rendere adeguato ai tempi un codice, pur tecnicamente perfetto, che tuttavia cominciava a mostrare i segni della sua età.

Per salvarlo si propose di rivederlo in via interpretativa alla luce della normativa costituzionale. Vi era anche la consapevolezza che la normativa speciale ormai si era sovrapposta a quella generale, e che si era in presenza di una "decodificazione" neppure tanto occulta, che finiva per svuotare di significato il codice civile vigente. Il legislatore non aveva inciso il codice ma aveva fatto crescere attorno ad esso una rigogliosa selva di leggi e leggine che finiva per ricoprire la costruzione armonica che costituiva l'impianto del diritto privato. Erno gli interessi via via emergenti che richiedevano interventi ad hoc e finivano per costituire un ordinamento specialistico derogatorio delle regole ordinarie.

Per riordinare la legislazione speciale si provvide ad emanare testi unici volti a recuperare una visione il più possibile sistematica.

Nel frattempo si sono moltiplicate le fonti e alla legislazione ordinaria e alla legislazione speciale si è affiancata la normativa dell'Unione europea e quella di derivazione comunitaria.

Nonostante il "disordine delle fonti" – tema caro agli studi della Scuola pisana – nel nuovo Millennio si è diffusa la convinzione che il codice potesse essere conservato, essendo sufficiente adattarlo alle nuove fattispecie per via interpretativa e con l'ausilio delle nuove fonti ad esso sovraordinate.

Nessuno ha più pensato ad una ricodificazione, nonostante fossero passati molti anni dal momento in cui il codice era entrato in vigore. Eppure il codice del 1865 è stato abrogato quando aveva settantasette anni; il "nuovo" ne ha quasi ottanta. Se però è vero, come ci dicono i filosofi, che anche il tempo è una opinione, una convenzione stipulativa, gli anni del nostro codice non si dovrebbero calcolare come gli anni del codice del 1865, perché il nostro è stato un secolo lunghissimo, nel quale abbiamo assistito a rivoluzioni scientifiche e tecnologiche straordinarie.

È appena il caso di sottolineare che alla conclusione del convegno fiorentino sui *Codici* celebrato nel 2000, nessun giurista propose di riscrivere per intero il nostro codice. D'altra parte, il regime della famiglia è stato interamente riformulato nel 1975, e nel 2003 si è ampiamente modificata la disciplina delle società.

La ricodificazione completa è stata fatta in Olanda, negli anni Novanta, perché si voleva ammodernare il Paese con un codice che non rispecchiasse più la società napoleonica del primo Ottocento, e nei Paesi dell'Est, perché, cambiati i regimi, si voleva dare un segno di discontinuità con il passato collettivista.

Là dove si è intervenuti più discretamente si sono modificate o integrate le norme riguardanti le obbligazioni, che sono il nerbo del mercato. Così è accaduto in Germania all' inizio del Duemila e in Francia, a partire dal 2016.

Per il resto l'idea (coltivata con impegno dalla Associazione Civilisti Italiani) è sempre stata quella di intervenire con lievi modifiche necessarie per risolvere qualche problema di carattere lessicale, per dirimere i contrasti di giurisprudenza, per normare nuove fattispecie, ma non di riscriverlo interamente. Quindi non ricodificare ma eventualmente proporre degli emendamenti.

Ne cito uno, solo per fare un esempio. Tutti sanno che nel 2015 la Unione Europea ha modificato la traduzione italiana della direttiva comunitaria in materia di clausole vessatorie (n. 13 del 1993). Il testo, è vero, riguarderebbe la sua attuazione, ora rintracciabile nell'art. 33 del codice del consumo e non il codice civile, dal quale quella disciplina è stata estrapolata quando si provvide a redigere il codice del consumo. Una possibile riforma potrebbe introdurre tecniche di connessione tra codice civile e codice di settore migliori di quella che è rimasta (art. 1469-*bis*). Con la rettifica della versione italiana della direttiva si è precisato che la traduzione era sbagliata: non si doveva parlare di una condizione soggettiva per poter dichiarare la vessatorietà della clausola ("malgrado la buona fede") ma di una condizione oggettiva che la poneva "in contrasto con la buona fede" cioè con le regole di correttezza praticate nel settore in cui la clausola è adoperata.

Si deve poi tener conto del fatto che, accanto ai codici nazionali diversi gruppi di lavoro composti da accademici hanno consumato il tentativo di redigere un testo che a livello europeo potesse raccogliere i principi condivisi, vuoi nella forma di un "codice" vero e proprio (come il Draft Common Frame of Reference) dello Study Group oppure il progetto dell'Accademia pavese, oppure i Principi proposti in materia di contratti e di responsabilità civile.

Le ricodificazioni tedesca e francese ne hanno tenuto conto.

Il processo di codificazione europea fu sospeso nel 2014, ma è prevedibile un'ipotesi di ripresa dell'attività, soprattutto dopo Brexit, perché erano gli inglesi che si opponevano prevalentemente ad una codificazione. Per la verità, avendo fatto parte della commissione presieduta da Christian von Bar per diversi anni, ricordo che non si era mai pensato ad una sostituzione radicale dei codici nazionali con il codice europeo; d'altra parte con la emersione dei nuovi nazionalismi, questa ipotesi oggi sarebbe ancora più remota. L'idea di base del "codice civile europeo" non era quella di sostituire le regole presenti nei diversi codici nazionali – o là dove non ci sono codici, le regole giurisprudenziali – ma era quella di offrire un'opzione alle parti che volessero scegliere una legge diversa dalla propria. Opzione che oggi comunque sarebbe già possibile perché secondo la maggior parte della dottrina (che ha cambiato la sua impostazione che vigeva fino ad una ventina di anni fa), le parti con cittadinanza diversa o provviste della medesima cittadinanza possono scegliere una legge straniera da applicare al loro contratto. Il "codice civile europeo" si sarebbe

potuto inserire nel novero delle opzioni, visto che l'interpretazione attuale del Regolamento europeo sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali consente di scegliere, oltre ad una legge vigente in un altro Stato europeo, anche un corpo di regole predisposto da istituzioni riconosciute dall'Unione: si pensi alle convenzioni dell'Uncitral, ai Principi Unidroit, o ai testi sopra richiamati.

Per tornare ai lavori di questo convegno.

Se dovessimo pensare ad una modifica anche lieve delle regole del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, dovremmo porci la stessa finalità che si è posta la Commissione ministeriale francese, alla quale si deve la nuova disciplina delle obbligazioni inserita nel *Code civil*: il nuovo testo si propone non soltanto la finalità di adattare le regole alle esigenze di una società (post)moderna particolarmente complessa, e neppure solo quella di risolvere i problemi controversi in giurisprudenza, ma un obiettivo più ambizioso: porre questo corpo di regole come modello da offrire agli operatori del mondo intero. È evidente, anche nella edizione dei *Principes communes* alternativa al "codice europeo", che i giuristi francesi hanno l'ambizione di recuperare lo spazio ora dominato nella contrattualistica internazionale dalle regole del common law inglese e nordamericano.

Allora, se dovessimo avere anche noi questa ambizione dovremmo innanzitutto prendere in considerazione il problema della lingua, quindi dovremmo tradurre in inglese il nostro nuovo modello, per renderlo noto ai potenziali utenti che non conoscono italiano.

Dovremmo poi risolvere alcuni problemi essenziali.

Uno di questi problemi è stato studiato con grande capacità penetrativa e con grande acume proprio da Emanuela Navarretta, e cioè la rilevanza dei diritti fondamentali nell'ambito dei rapporti tra privati.

In altri termini, di diritti fondamentali devono essere presi in considerazione e citati nel testo di revisione del codice civile oppure no? Se guardiamo all'esperienza francese, i diritti fondamentali erano entrati nel testo di riforma soltanto nella seconda versione, curata da François Terré, ma erano stati ignorati nella prima versione, governata da Pierre Catala, e sono stati espunti nel testo di riforma predisposto dalla Commissione ministeriale.

Con Aurelio Gentili avremmo risolto la questione nel modo seguente: là dove si dice che la causa è nulla e quindi il contratto è nullo se contrario alle norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, si potrebbe aggiungere "e in caso di violazione di diritti fondamentali". Certo, la violazione di diritti fondamentali in via contrattuale potrebbe comportare il risarcimento del danno, senza incidere sulla validità del contratto. È una scelta di campo che vi sottopongo.

Bisogna poi decidere tempi e modi della revisione. L'idea maturata nell'ambito della Presidenza del Consiglio è di predisporre un disegno di legge di delega per la revisione del codice civile.

Quanto alla tecnica, se si tratta semplicemente di una legge di delega il testo può contenere principi molto ampi.

Dobbiamo circoscrivere l'intervento alla materia delle obbligazioni e dei contratti? O dobbiamo tenere conto anche gli altri libri? La commissione la riforma del terzo settore non ha aggredito la disciplina delle associazioni e delle fondazioni che invece è abbastanza lacunosa e risulta poi superata dalle esigenze. Quanto al Libro II, il Consiglio nazionale del notariato ha predisposto un testo di modifica della disciplina, in particolare prendendo in considerazione la circolazione dei beni donati, la lesione della legittima, i patti successori e si è chiesto se non fosse il caso di introdurre una disciplina italiana del trust, come la *fiducie* in Francia.

Quanto alla disciplina dei beni, al convegno organizzato da Ugo Mattei all'Accademia dei Lincei è emerso che il Libro terzo dovrebbe essere probabilmente riscritto, un po' perché le regole riguardanti i rapporti di vicinato sono inutilmente dettagliate, un po' perché registra anche dei residui bellici, come l'ammasso e la confisca, e un po' perché non prende in considerazione, nella disciplina dei beni, le nuove forme di appartenenza e il coordinamento con i principi costituzionali.

Il Libro V è stato già per la verità riformato con la disciplina societaria, e da poco con la riforma delle procedure concorsuali.

Il Libro VI può rimanere così come è; se necessario, potrebbe essere modificato più facilmente degli altri, perché, raccogliendo istituti diversi, le sue modificazioni non produrrebbero alterazioni di carattere sistematico.

SECONDA SESSIONE

ENRICO GABRIELLI

LA NOZIONE DI CONTRATTO E LA SUA FUNZIONE.
APPUNTI SULLA PROSPETTIVA
DI UNA NUOVA DEFINIZIONE DI CONTRATTO

SOMMARIO: 1. La nozione e la definizione di contratto. – 2. La nozione di contratto e le “nozioni concettualmente affini”. – 3. La funzione della nozione di contratto. – 4. La nozione di contratto e le trasformazioni del diritto dei contratti. – 5. Una nuova definizione di contratto?

1. *La nozione e la definizione di contratto*

Riccardo Orestano, il primo dei miei maestri, nei nostri frequenti colloqui ripeteva spesso la frase di Giavoleno Prisco *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subveri posset* (D.50,17,202 (Jav. 11 Epist.) e mi ricordava che “i concetti possono essere buoni servitori, ma sono sempre pessimi padroni”¹.

Hans Kelsen², invece, tanti secoli dopo Giavoleno Prisco, ammoniva che “è importante distinguere chiaramente il negozio giuridico come atto con il quale le parti creano una norma per esse medesime, dalla norma in tal modo creata. Entrambi i fenomeni sono di solito designati con la stessa parola. Il termine “contratto”, in particolare, ha un tal doppio uso. Il “contratto” designa sia il procedimento specifico con il quale vengono creati i doveri ed i diritti contrattuali delle parti contraenti, sia la norma contrattuale creata con questo procedimento, equivoco che è la fonte di tipici errori nella teoria del contratto”.

La nozione di contratto è dunque, di per sé stessa, per un verso pericolosa (come direbbe Giavoleno), per altro verso, “equivoca” e quindi fonte di errori (come direbbe Kelsen).

La ragione di ciò va ricercata e rinvenuta nella stessa ambiguità polisemica e nominalistica, del vocabolo “contratto” e nel suo impiego improprio ad opera del legislatore, il quale, come è stato osservato, “dopo averci dato una

¹ Cfr. anche R. ORESTANO, *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, 54.

² H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, rist., Milano, 1978, 139.

definizione di contratto che non collima con il significato della parola, finisce poi, in altri luoghi, per essere influenzato dalla forza insopprimibile di questa e per mettere in un canto la sua definizione”³.

Nell’elaborazione teorica, infatti, la nozione di contratto ha ricevuto significati plurimi e diversificati⁴. Il che ha indotto la dottrina a tentare di enuclearne, nell’interpretazione del sistema, una definizione unitaria, che fosse pertanto in grado di restringere in una nozione generale ed astratta il concetto che essa rappresenta, ma le ambiguità terminologiche, che da sempre circondano la parola “contratto”, tuttavia, hanno prodotto il differente risultato di attribuirle un’ampia varietà di significati.

Con la conseguenza che, secondo una parte della dottrina, appare oggi “una conclusione indiscutibile” quella secondo cui è impossibile individuare una nozione unitaria di contratto all’interno del nostro ordinamento⁵.

Il termine, infatti, come già a suo tempo pose in luce un’autorevole dottrina⁶, a volte viene usato come “fattispecie”, cioè come il complesso degli atti necessari per la stipulazione di un accordo giuridicamente vincolante; altre volte, per indicare il complesso delle pattuizioni approvate dai contraenti; in altre occasioni se ne parla per intendere il precetto o la disposizione negoziale (laddove con il “precetto negoziale”, non deve confondersi il testo dell’accordo, cioè i segni espressivi che le parti hanno approvato per rappresentare l’intesa tra loro raggiunta), poiché il precetto negoziale è il risultato voluto dai contraenti, nella loro comune intenzione (che si può e si deve individuare mediante l’interpretazione, non potendosi, in quella fase, limitarsi a considerare il testo del contratto, ma dovendosi valutare il comportamento complessivo delle parti); da ultimo, con il termine contratto, può intendersi, non tanto e non solo il precetto negoziale, ma il “regolamento”, cioè la norma giuridicamente vincolante che le parti si sono date e che comprende anche tutti gli effetti predisposti dall’ordinamento (come si ricava, per quest’ultimo significato, dall’art. 1372 c.c., che sancisce la forza di legge del contratto).

Accanto alla nozione lessicale e convenzionale di contratto, è dato, però, rinvenire una nozione legislativa di contratto, che apparentemente sembrerebbe trovare la propria collocazione nell’art. 1321 c.c., ma che in realtà può ricavarsi anche dal censimento di altre norme, sparse nel tessuto normativo,

³ Cfr. L. FERRI, *Definizione giuridica e significato di contratto. La parola come limite all’arbitrarietà dei concetti giuridici*, in *Giur. it.*, 1970, IV, 27 ss.

⁴ Cfr., sul punto, A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, 139 ss.; ID., *Il linguaggio del codice civile*, in *Tratt. di dir. priv.*, dir. da Rescigno, 2^a ed., Torino, 2008, vol. I, 115.

⁵ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 154.

⁶ P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del contratto ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1352; cfr. anche G.B. FERRI, *La nozione di contratto*, in E. GABRIELLI, (a cura di), *I contratti in generale*, in *Tratt. dei contratti*, dir. da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2^a ed., 2006, 12 ss.

dalle quali emergono le funzioni che, quanto meno dalla lettura del codice, sembrerebbero essere assegnata al contratto.

L'art. 922 c.c. lo cataloga tra i modi di acquisto della proprietà e quindi lo inquadra tra gli strumenti di circolazione dei beni.

L'art. 1173 c.c. lo inserisce tra le fonti delle obbligazioni e quindi lo qualifica tra gli strumenti mediante i quali viene soddisfatto l'interesse del creditore ed assolto l'obbligo del debitore.

Le due funzioni ricorrono in alcune ipotesi singolarmente ed in modo autonomo, in altre in modo concorrente. Entrambe, in ogni caso, costituiscono il "nucleo effettuale e funzionale" della definizione che il codice offre del contratto nell'art. 1321 c.c., mediante un processo di astrazione con il quale le due distinte funzioni vengono unificate in una sola e sintetica rappresentazione concettuale, per cui il contratto è «l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere fra loro un rapporto giuridico patrimoniale».

Si tratta di una definizione che, tuttavia, proprio dal punto di vista del suo "valore di sintesi" ha suscitato autorevoli perplessità.

Francesco Galgano si chiede infatti «dove sta l'effetto traslativo del diritto reale (e del diritto di credito)? Questo, appunto perché l'effetto traslativo di un preesistente diritto da un soggetto ad un altro, non può dirsi ricompreso nella «costituzione» di un rapporto giuridico. Con qualche sforzo lo si suole ricomprendere nella funzione, assegnata al contratto, di «regolare» un rapporto giuridico patrimoniale»⁷.

Ancora a fatica, egli aggiunge, può farsi rientrare nella nozione generale dell'art. 1321 «il contratto modificativo, siccome diretto a «regolare», modificandolo, un precedente rapporto intercorrente fra le parti. Così è contratto modificativo di un preesistente rapporto obbligatorio l'accordo fra creditore e debitore per la prestazione o per la cessione di un credito in luogo dell'adempimento, a norma degli artt. 1197 e 1198» e l'attitudine del contratto a «regolare» rapporti giuridici patrimoniali, che si presta ad una pluralità di classificazioni⁸, si coordina anche con la libertà riconosciuta alle parti di determinare il contenuto dei contratti tipici (art. 1322, comma 1) e delle figure contrattuali atipiche (art. 1322, comma 2).

La nozione di contratto prospettata dal codice, secondo quest'autorevole opinione, non risulterebbe appagante ed esaustiva delle singole e numerose ipotesi che, nella loro varietà, all'interno della stessa dovrebbero essere ricondotte.

Del resto, come osserva puntualmente Vincenzo Scalisi⁹, con riguardo al negozio, ma con affermazioni che possono essere tranquillamente riportate e assegnate al tema del contratto, «nella realtà pratica ed empirica, ma anche in quella giuridica, non esiste il "negozio", ma i "negozi", ossia una infinità varie-

⁷ F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, 24.

⁸ F. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

⁹ V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, 33.

tà e diversità di tipi e figure, ciascuna contraddistinta da un proprio regime e da un corrispondente quadro di effetti a seconda della dimensione soggettiva e della misura oggettiva degli interessi perseguiti».

Con la conseguenza che appare oggi ancor più difficile, di quanto non lo fosse già in passato, rinvenire un elemento semantico in grado di assicurare unità concettuale alla nozione di contratto.

2. *La nozione di contratto e le “nozioni concettualmente affini”*

Il linguaggio del contratto, inoltre, presenta parole, termini e nozioni che a volte sembrano essere sinonimi, o sovrapporsi nel loro significato a quella di contratto, fino a confondersi con la sua stessa nozione: accordo, consenso, convenzione, patto.

La pluralità dei significati e delle accezioni del termine “contratto”, sopra ricordate, secondo un'autorevole dottrina, hanno, in realtà, unicamente un valore descrittivo, giacché individuano le possibili prospettive attraverso le quali si può osservare un fenomeno complesso ed articolato quale è quello rappresentato dal contratto. Laddove, «dal punto di vista normativo la definizione del contratto appare del tutto univoca e, in questo senso, sembra non poter lasciare molto spazio ai dubbi o alle incertezze»¹⁰, poiché l'art. 1321 c.c. definisce il contratto come “l'accordo di due o più parti”, mentre l'art. 1325 c.c. vede nell'accordo il primo dei requisiti del contratto, ed infine lo stesso codice civile intitola una sezione (la prima del capo secondo, del Titolo secondo del quarto Libro), proprio all'accordo delle parti, ed in quella sede disciplina modalità, forme e tecniche di formazione dell'accordo.

In tal modo il legislatore se, per un verso, sembra aver voluto fissare una sostanziale coincidenza tra l'idea di contratto e quella di accordo, sebbene la dottrina abbia diversamente percepito tale presunta identità di risultati¹¹, distinguendo i significati da attribuire alle due nozioni, per un altro, ha fatto ricorso, sempre nella materia del contratto, a termini e sinonimi che potrebbero far sorgere dubbi e incertezze sia circa le corrette condizioni di uso degli stessi, sia circa i coerenti ed appropriati significati normativi a loro attribuibili per una esatta individuazione e interpretazione.

Si tratta, in definitiva, di formule linguistiche preferite in alcune occasioni per designare ambiti sia più ampi, sia più circoscritti, di quelli segnati dal contratto, che, tuttavia, ontologicamente assumono, in realtà, valori e significati non solo differenti tra loro, ma distanti dalla stessa nozione di contratto.

¹⁰ G.B. FERRI, *La nozione di contratto*, cit., 13 ss.

¹¹ Cfr. G.B. FERRI, *La nozione di contratto*, cit., 14 ss., cui si rinvia per una più ampia esposizione sul punto.

Senonché tali “parole”, in ragione della loro apparente similitudine con il termine “contratto”, finiscono per accrescere, da un lato, la difficoltà della loro riconduzione ad un unico e minimo comune denominatore concettuale; dall’altro, quale riflesso di tale difficoltà, rendono ancora più ardua la possibilità di rinvenire una definizione in grado di assicurare quella unità concettuale alla quale il contratto dovrebbe aspirare.

3. *La funzione della nozione di contratto*

L’individuazione della nozione di contratto è tuttavia necessaria, pur nel limitato valore che ogni procedimento definitorio in tal senso riveste, per elaborare una sua definizione.

Osserva Rodolfo Sacco che non è impossibile definire il contratto, perché “se noi parliamo di contratto, segno è che questo termine ha un significato. L’interprete deve essere in grado di esprimere e rendere consapevole questo significato”¹².

La definizione di contratto, del resto, come segnala Enzo Roppo “serve a selezionare due classi di fenomeni”, cioè a dire a selezionare “fattispecie”, le quali si suddividono tra quelle che corrispondono alla definizione, e quelle che, di contro, non vi corrispondono¹³.

Si deve al riguardo osservare che il procedimento di individuazione è essenzialmente un procedimento di identificazione, poiché riconosce che un determinato dato ha certe caratteristiche comuni e quindi appartiene ad una classe; sicché la sequenza logica che conduce a tale risultato è utile per stabilire la disciplina delle singole fattispecie e disegnarne il loro ambito e perimetro di applicazione, affinché le une, piuttosto che le altre, possano essere ricondotte ad una determinata e ben precisa regolazione giuridica, mediante la quale risolvere concrete questioni applicative.

A questo fine, mi pare, che essenzialmente serva la nozione di contratto.

La sua utilità di “concetto avente una funzione ordinante” è, infatti, unicamente nella prospettiva di rinvenire la disciplina di volta in volta da applicare alle singole fattispecie.

Ci si può, tuttavia, chiedere, proprio perché “i concetti possono essere buoni servitori, ma sono sempre pessimi padroni”, se la definizione formulata nel 1942, e contenuta nell’art. 1321 c.c., assolve, ancora oggi, ad una tale funzione ordinante e se, pertanto, assicuri unità concettuale alla rappresentazione nominalistica della nozione di contratto che da quella definizione risulta; oppure

¹² R. SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, 4^a ed., Torino, 2016, 64; la stessa opinione sembra rinvenirsi in P.S. ATIYAH, *An introduction of the law of contract*, Oxford, 2nd edn., 1971, 23 ss.

¹³ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. dir. da Iudica e Zatti*, Milano, 2001, 3.

se, al contrario, tra quella definizione e l'attuale realtà del contratto, così come emerge dalla concreta esperienza del diritto vivente, si sia oramai prodotta una frattura, o comunque una discrasia, tale che, al "valore rappresentativo" di quella originaria nozione non corrisponda oggi una simmetrica "funzione effettuale", e quindi sia venuta meno proprio quell'unità concettuale, che la definizione di contratto dovrebbe assicurare sul piano rappresentativo, per soddisfare concrete esigenze di applicazione delle norme di diritto alle singole fattispecie oggetto di regolazione.

Risolto questo quesito pregiudiziale, secondo un corretto ordine logico delle questioni, è utile interrogarsi – nella prospettiva di una riforma della parte generale del diritto dei contratti – se si debba, o comunque se sia opportuno, enucleare una nuova nozione di contratto, che risulti più aderente e coerente all'attuale stato della nostra concreta esperienza giuridica; oppure se quella consegnataci dal codice del 1942 mantenga una sua persistente utilità.

Il problema, sotto una differente prospettiva di inquadramento, finisce per toccare anche il tema della costruzione del concetto di contratto, poiché la ricerca di una rappresentazione sintetica che rivesta una sicura utilità gnoseologica, oltre che mnemonica, non può essere desunta aprioristicamente, ma soltanto dall'esame e dalla sintesi sia delle regole positive sulle quali si fonda un determinato fenomeno, sia della realtà materiale sulla quale lo stesso fenomeno incide e si manifesta.

4. *La nozione di contratto e le trasformazioni del diritto dei contratti*

La nozione di contratto ha subito, infatti, nel corso del tempo una profonda trasformazione, in ragione anche delle connesse e contemporanee trasformazioni e modificazioni del tessuto economico e dei rapporti giuridici che esso è chiamato a regolare.

La concezione del contratto, nella storia delle idee, è transitata dal c.d. "dogma della volontà" delle parti, cioè dall'idea, di matrice illuministica e giusnaturalistica, secondo cui è la volontà dei contraenti la matrice del contratto, all'idea della c.d. "oggettività dello scambio", cioè a valutare e valorizzare il profilo oggettivo del contratto; vale a dire a considerare tutti quei caratteri che attengono alla concreta dimensione nella quale lo scambio si manifesta, affidando un particolare rilievo alla sua congruità, alla giustizia contrattuale, ed il cui controllo, ad opera dell'interprete, è rimesso all'applicazione delle clausole generali di buona fede, di equità, di proporzionalità, di ragionevolezza, ed alla verifica – anche giudiziale – sul contenuto, sulla causa in concreto e sull'equilibrio del contratto.

Le caratteristiche che segnano la figura del contratto nel terzo millennio mostrano come il contratto di cui attualmente si discute, alla luce delle mutate

esperienze legislative e giurisprudenziali, non sia più il contratto di cui si parlava anni fa, e quindi abbia difficoltà a rientrare in quella originaria definizione.

Il contratto di oggi presenta sensibili e significative modificazioni del suo carattere originario, che si possono, sinteticamente, indicare¹⁴ nella perdita di centralità dell'elemento della volontà in favore dell'elemento della scelta razionale e informata ad opera del contraente; nel minor potere delle parti di incidere sulla stessa struttura giuridica dell'operazione economica che esse pongono in essere, senza una corretta informazione che, anche mediante adeguate tecniche negoziali e formali, le renda consapevoli dei rischi e dei costi della negoziazione; nel maggior rilievo che assume il profilo dell'attività, rispetto a quello del mero atto, soprattutto nelle strutture contrattuali che impongono una procedimentalizzazione nell'esercizio dell'autonomia privata; nel penetrante controllo giudiziale sul contenuto del contratto, che si spinge fino a modificare d'ufficio determinate clausole contrattuali, come nel caso della clausola penale e della caparra; nell'integrazione del contratto, sia mediante disposizioni di legge, sempre più minuziose, sia attraverso la più ampia e diffusa applicazione delle clausole generali di buona fede, di proporzionalità, di ragionevolezza, alla ricerca di un corretto bilanciamento degli interessi in conflitto, al fine di evitare forme di abuso del diritto; nel tentativo di conseguire una tendenziale giustizia contrattuale, che il più delle volte si presenta, in realtà, come una chimera; nell'acquisizione di "un sistema dei rimedi contrattuali", come tecnica per apprestare forme di tutela degli interessi delle parti più elastiche e coerenti sia con le singole e concrete situazioni soggettive da proteggere, sia con i concreti bisogni da soddisfare, sia con gli interessi di volta in volta da realizzare.

Modificazioni che incidono sullo schema e sulla stessa concezione del contratto, che è parimenti influenzata dal suo substrato economico, dalle regole del mercato e dalle diverse soggettività che sullo stesso operano: l'impresa e il consumatore.

Caratteristiche, quelle appena tracciate, che potrebbero indurre qualcuno a pensare che l'originaria, e monoliticamente salda, struttura sistematica del contratto – insieme alla unitarietà funzionale della sua nozione – si vada articolando verso la compresenza di una pluralità di sottosistemi contrattuali¹⁵: dei consumatori, dell'impresa, del mercato, del diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali di autonomia privata.

Al punto tale che la stessa modalità di denominazione del contratto è cambiata, poiché al sostantivo "contratto", che un tempo in modo autosufficien-

¹⁴ Cfr. U. BRECCIA, *Sub art. 1321*, in *Comm. del cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, vol. I, a cura di Navarretta e Orestano, Torino, 2011, 7 ss.; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, 2^a ed., Torino, 2011, 25 ss.; ALPA, *Il contratto in generale*, I. *Fonti, teorie, metodi*, in *Tratt. dir. civ. e comm. dir.* da Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, Milano, 2014, 854; S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 599.

¹⁵ Sul punto, cfr., di recente, S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, cit., 601.

te caratterizzava il *nomen* e quindi la relativa nozione, oggi è invalso l'uso di aggiungere predicati e aggettivazioni che lo qualificano ulteriormente, al fine di meglio identificarlo, correndo pertanto il rischio di rompere la stessa unità concettuale della figura.

Si discorre così di “contratto B2C” (cioè *business to consumer*, contratti tra consumatore e imprenditore), ovvero “contratto B2B” (cioè *business to business*, contratti conclusi tra imprenditori), “contratto P2P” (*person to person*, contratti tra privati); nonché di “terzo contratto”, per indicare il contratto tra imprenditori nel quale esiste una differente posizione di potere contrattuale, di una parte rispetto all'altra, collegato ad esempio alla situazione di dipendenza economica (come nel caso della c.d. subfornitura, dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali; nel contratto di franchising, ecc.); ovvero – per usare le suggestioni offerte da nuove formule terminologiche – di “contratto alieno”¹⁶ ovvero di contratto “democratico”¹⁷.

A ciò si aggiunga che da più parti – unitamente all'auspicio di una regolazione sempre più uniforme, a livello europeo, del diritto generale dei contratti¹⁸ – si sostiene una distinzione, e una dicotomia, tra: un diritto regolato dall'autonomia privata, e quindi fondato sul codice civile italiano e sugli artt. 1321 e seguenti; e un diritto dei contratti regolato dal mercato, la cui fonte si colloca nelle numerose e varieguate discipline dei singoli settori economici, imprenditoriali e finanziari, oggetto delle operazioni che sullo stesso si svolgono¹⁹.

Mercato che, per una sorta di autoproduzione normativa, si mostra sempre più transnazionale e quindi governato dalle regole oggettive del commercio internazionale²⁰. Una fonte quindi di diritto uniforme, di natura extrastatale ed extraterritoriale, che vede la sua unità giuridica all'interno dell'unità economica del mercato globalizzato, nel cui contesto domina il contratto atipico di fonte privata.

Contratto, il quale si presenta in termini di autosufficienza regolamentare²¹, mediante la produzione, ad opera delle parti, di interi corpi di regole giuridiche, dirette anche a disciplinare minuziosamente ogni aspetto della sua interpretazione ed esecuzione, e perfino ad evitare la lite sul contratto, attraverso la preventiva fissazione delle modalità di esercizio dei rimedi contrattua-

¹⁶ G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, 2ª ed., Torino, 2010, *passim*.

¹⁷ E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 1262 ss.

¹⁸ Cfr. G. VETTORI, *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, *passim*.

¹⁹ Cfr. fra i più recenti, anche per i riferimenti, U. BRECCIA, *Sub art. 1321*, cit. 5 ss.; ID., *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *Contratti*, 2018, 7 ss.; ALPA, *Il contratto in generale*, cit., 755 ss.

²⁰ Cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, 229 ss.; ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 71 ss.; ID., *Lex mercatoria*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. V, Milano, 2001, 721.

²¹ Cfr. G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 533 ss.

li; regole che vengono create e modificate per adattare alle concrete esigenze delle singole operazioni economiche, dando luogo ad un vero e proprio diritto uniforme transnazionale, che vive e si diffonde attraverso il costante e reiterato impiego sia di determinati schemi e testi contrattuali, sia delle corrispondenti prassi applicative.

Il contratto stesso, mediante l'esercizio del potere di autonomia dei privati, sembra pertanto assurgere a fonte di regole giuridiche, a maggior ragione quanto esso diventa lo strumento o il veicolo di applicazione di regole provenienti dalle cc.dd. "fonti scientifiche" o "fonti persuasive", quali sono i Principi Unidroit, ovvero le regole del diritto vivente del commercio internazionale, ovvero i Progetti di regolazione uniforme di un diritto comune europeo dei contratti.

5. *Una nuova definizione di contratto?*

La nozione di contratto, quale puro schema formale, si presenta, come si è avuto modo di segnalare con le precedenti sintetiche notazioni, oramai inidonea ad esprimere il multiforme atteggiarsi degli interessi in gioco e la variabilità delle soluzioni attraverso le quali gli stessi possono comporsi, e quindi non più utile a cogliere e ad apprezzare la rilevanza che, in concreto, in ogni singola fattispecie la funzione dell'atto assume.

L'autoregolamento negoziale, infatti, non si compone soltanto ed unicamente delle enunciative e delle disposizioni precettive delle parti, ma anche dei comportamenti attuativi²² e delle attività connesse e dipendenti da tali disposizioni.

Il regolamento negoziale deve, pertanto, essere guardato da quello che assai efficacemente è stato definito "il c.d. 'punto di vista esterno' al contratto, ossia la 'situazione complessiva', della quale il singolo contratto è diretta esplicazione, o nel cui contesto lo stesso è destinato a interagire", poiché tale situazione "ha valore 'costitutivo', non soltanto ermeneutico, dell'assetto regolamentare del contratto"²³.

Sicché l'angolo visuale dal quale l'ordinamento scruta e vaglia l'assetto di interessi è quello contestualmente fornito sia dall'atto (secondo la prospettiva

²² Cfr. già, fra gli altri, M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, 134, secondo il quale «sul piano formale, e avendo riguardo all'assetto di interessi che attraverso il "comportamento" si realizza, la distinzione è quella, più volte richiamata, tra operazione economica e negozio».

Il passaggio dall'operazione allo schema formale dell'atto è caratterizzato dalla possibile riduzione del dato empirico, da cui vengono stralciate quelle parti che sono considerate irrilevanti rispetto alla schematizzazione dei diversi profili dell'operazione economica da cui risulta il negozio».

²³ V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in G. VETTORI, *Remedies in contract: the common rules for a European law*, Padova, 2008, 243.

offerta dalla dimensione dell'accordo), sia dall'attività (secondo la prospettiva offerta dal comportamento e dal contesto – cioè dal “punto di vista esterno” – nel quale deve esso attuarsi).

Il prisma di osservazione del contratto ne filtra il giudizio di liceità e di meritevolezza, nel passaggio dal programma contrattuale alla sua concreta attuazione.

La nozione di contratto, dunque, non può più, nel moderno diritto degli scambi economici e finanziari, già sul piano della rappresentazione concettuale, essere configurata secondo un modello improntato alla prevalente rilevanza della struttura dello schema e del suo *nomen*, cioè mediante l'assorbente richiamo alla dimensione concettuale del tipo contrattuale.

In tal senso è indicativa la recente vicenda ed esperienza degli *smart contracts*, dove l'accordo, e l'incontro dei consensi, è superato dallo scambio di mere dichiarazioni unilaterali, collocate in un sistema di algoritmi e di codici crittografici, così che il contratto è strutturato, in sintesi, mediante algoritmi che rappresentano la trasposizione in termini informatici della volontà delle parti di concludere un determinato contratto e di darvi in seguito esecuzione.

Nell'attuale diritto dei contratti la raffigurazione dell'assetto di interessi può compiutamente esprimersi solo mediante il ricorso alla più larga e comprensiva nozione di autonomia contrattuale, scrutinandone la sua conformità ai principi della liceità e della meritevolezza degli interessi perseguiti.

Interessi che prescindono dallo schema del contratto come atto, poiché per la loro disciplina e realizzazione richiedono la compresenza dell'atto e dell'attività, come appare evidente sia dal fenomeno del collegamento e del raggruppamento di contratti, sia dalla sempre più frequente presenza di operazioni negoziali complesse ed articolate, che le parti adottano per dare un compiuto assetto ai loro interessi, nelle quali ad una pluralità di strutture sovente corrisponde una unicità di funzione.

Strutture le quali si servono di schemi e modelli rispetto ai quali la figura, e la nozione, di contratto (come singolo atto) appare oramai anacronistica e scarsamente rappresentativa della realtà che vorrebbe indicare, poiché la funzione complessiva dell'operazione supera quella individuale del singolo contratto o dei singoli contratti che la compongono, e deve quindi intendersi e valutarsi come funzione globale dell'assetto di interessi voluto dalle parti ed essere considerata nel suo complesso.

Esistono infatti operazioni economiche, ed assetti di interessi, che per la intricata conformazione delle loro articolazioni strutturali si possono comprendere, per poter individuare la disciplina applicabile, solo se tutti gli atti, i contratti e i comportamenti che le compongono vengono considerati non isolatamente, ma nel loro insieme²⁴.

²⁴ Cfr. G. DE NOVA, *Dieci “voci” per una tavola rotonda su “il nuovo diritto dei contratti”*, in VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, 817-818, con riguardo al *project financing*, ovvero al prestito titoli.

La nozione di contratto, tuttavia, non è spesso in grado di rappresentare, sul piano della corrispondente unità concettuale, tale complessa unità dell'affare e quindi dell'atto di autonomia privata.

La realtà materiale ed economica, oggetto del regolamento negoziale, in quanto manifestazione di una pluralità di interessi, va di conseguenza ricercata, di volta in volta, in quello schema logico-concettuale che – meglio della nozione di contratto – consenta di cogliere nella sua interezza e globalità l'essenza dell'affare stesso, e di racchiuderla ed apprezzarla in una congrua sintesi concettuale, e cioè nello schema concettuale e nella nozione di “operazione economica”.

Tale formula – di cui, da tempo, si è chiarito, anche sul piano nominalistico, il rapporto dialettico con il contratto e il tipo contrattuale²⁵ – racchiude meglio della nozione di contratto, o di negozio, la pluralità di momenti, di regole e di attività che compongono l'atto di autonomia privata, poiché ne rappresenta e ne esprime, in maniera compiuta ed esaustiva, l'unità formale e sostanziale e quindi raffigura adeguatamente sul terreno concettuale il significato normativo e la complessità applicativa della funzione contrattuale.

Con la conseguenza che – come osserva Nicola Lipari²⁶ – pur nella consapevolezza che storicamente il termine “contratto” è stato usato in una pluralità di prospettive, e che per molti decenni, il semplice richiamo al concetto rendeva chiaro il riferimento ad un complesso di discipline riconducibili ad un “atto”, che si “trattava di delineare nelle sue specificità fattuali, non nel riferimento ad una categoria ordinante. Oggi non è più così. Dire “contratto” non significa ancora dire nulla e il richiamo non costituisce certo elemento sufficiente per indirizzare nella scelta di una disciplina”.

Si pone allora legittimamente l'interrogativo circa l'opportunità di una nuova nozione di contratto, la quale, ferma restando la sua funzione, ne offra una definizione più adeguata alle attuali strutture formali degli atti di autonomia privata.

Senonché, come ogni costruzione o concetto, la edificazione di una nuova nozione presenta un vantaggio e un correlativo costo²⁷, in termini di piena ed efficace rappresentatività logico-concettuale del fenomeno e della sua disciplina giuridica.

Il costo è dato dalla necessaria imperfezione ed incompletezza, rispetto alla variegata realtà che si vuole rappresentare, della stessa nozione di contratto per raffigurare la disciplina che gli è sottesa.

Il vantaggio è offerto dalla capacità di una sintesi verbale – racchiusa nella

²⁵ Sul punto mi permetto di rinviare a E. GABRIELLI, *“Operazione economica” e teoria del contratto*, Milano, 2013, *passim*.

²⁶ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 152.

²⁷ Cfr. gli spunti in tal senso suggeriti da F. D'ALESSANDRO, *Fusioni di società, giudici e dottori*, in questa *Rivista*, 2011, I, 2506.

nozione “contratto” – di rappresentare un sistema di norme intese a regolare e disciplinare concreti interessi a volte tra loro confliggenti, a volte concorrenti, ma tutti racchiusi nell’ambito dell’autonomia dei privati e delle sue manifestazioni, siano esse semplici, siano esse articolate e complesse.

Il pregio di una nuova, o diversa, nozione di contratto finisce, tuttavia, per essere misurato dal rapporto tra la sua capacità di sintetizzare due differenti elementi: da un lato, il fenomeno e la realtà, che aspira a racchiudere in un *nomen juris*; dall’altro, il livello, più o meno ampio, più o meno ristretto, di approssimazione con il quale, la rappresentazione logica e concettuale, mediante una sintesi verbale, riesce a fornire del fenomeno e della realtà che aspira a descrivere e a definire.

Con la conseguenza, per tirare le fila del discorso, che, in una prospettiva riformista o “del cambiamento” (come ora va di moda dire), se si volesse tentare di intraprendere tale percorso, occorrerebbe, comunque, tenere presenti due profili:

- a) l’ammonimento di Rodolfo Sacco, secondo cui la relativa definizione “sarà tanto più apprezzabile, in quanto riduca al minimo la quantità di regole complementari necessarie per ottenere un risultato esatto”²⁸;
- b) la natura di atto di autonomia privata del contratto, e l’assorbente rilievo che nella sua struttura riveste da sempre l’accordo²⁹, come di recente ribadito anche nella riforma del diritto francese dei contratti³⁰, quale momento di incontro della volontà delle parti, per programmare, regolare e attuare, mediante la creazione di un rapporto giuridico patrimoniale, i loro concreti interessi.

Profili, forse, difficili da armonizzare tra loro; così che la definizione di contratto, salvo qualche aggiustamento nella formula, probabilmente non cambierebbe, nella sostanza, rispetto a quella attuale.

A seguito di una secolare elaborazione teorica – e superate le complessità nominalistiche delle “parole” che vivono e circolano nella dimensione concettuale del contratto – risultano oramai chiare le differenze e le condizioni d’uso delle singole nozioni consegnateci dalla tradizione (negozio, atto di autonomia privata, contratto e suoi variegati predicati) o delle nuove formule suggerite e

²⁸ R. SACCO, *Il contratto*, cit., 64.

²⁹ Cfr. anche la definizione che del contratto come accordo (*agreement*) offre G.H. TREITEL, *The law of contract*, 10^{edn.}, London, 1999, 1, «*The factor which distinguishes contractual from other legal obligations is that they are based on the agreement of the contracting parties. This proposition remains generally true, in spite of the fact it is subject to a number of important qualifications*».

³⁰ Cfr. la nuova formulazione dell’art. 1101 del Codice di Napoleone, in vigore dal 1° ottobre 2016, secondo cui il contratto è «un accordo di volontà tra due o più persone destinato a creare, modificare, trasmettere o estinguere delle obbligazioni» («*le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*»).

preferite dall'adeguamento delle strutture formali alle attuali funzioni negoziali richieste dal diritto vivente (operazione economica, *smart contract*, *blockchain*, e via dicendo).

Se così è – e sarei propenso a credere che così sia – pare lecito, quanto meno nel tempo presente, risolvere in senso negativo il quesito che si era suscitato sulla opportunità e concreta utilità di elaborare una nuova definizione di contratto, che probabilmente solleverebbe gli stessi interrogativi e le medesime incertezze già in passato emerse, con riguardo all'attuale definizione che del contratto offre l'art. 1321 c.c.

In conclusione, per usare le parole di Giavoleno Prisco e la metafora di Riccardo Orestano, meglio continuare a farsi accudire da un vecchio e fidato servitore, che correre il pericolo di finire sotto le grinfie di un nuovo ed incerto padrone.

STEFANO PAGLIANTINI

IMMAGINI EUROPEE
DI UN DIRITTO COMUNE DEI CONTRATTI:
VARIAZIONI SUGLI ARTT. 1105 *CODE CIVIL* E 1323 C.C.*

SOMMARIO: 1. Il nuovo art. 1105 *Code civil*: una tradizione aggiornata à l'italienne? – 2. Gli artt. 1105 e 1323 come tecniche o luoghi di un *ritrovamento disciplinare*. – 3. La normalizzazione dell'art. 1105, comma 3: le norme speciali *integrano* eccetto per i casi di un'antinomia. – 4. Circolarità del processo applicativo del diritto e *ratio* di una «parte generale». – 5. Gli artt. 1105 e 1323 quali norme assiologicamente gemelle? – 6. Parte generale e disciplina per tipi in sette proposizioni: il pregiudizio dogmatico come malattia dell'art. 1105 *Code civil*? Criteri testuali e non di coordinamento. – 7. I corollari di una parte generale secondo la lente di una *dinamica complessa*. – 8. Una norma che il *Code civil in parte qua* non ha: l'art. 1469-bis c.c. – 9. La rinascita principialista della parte generale nel diritto delle Corti: la meritevolezza maneggiata da clausola generale. – 10. Riepilogo: il canone della «maggior tutela» come grimaldello introduttore un secondo discontinuo tra c.c. e c. cons.?

1. *Il nuovo art. 1105 Code civil: una tradizione aggiornata à l'italienne?*

Il nuovo disposto dell'art. 1105 del *Code civil* recita che «i contratti, abbiano o non abbiano una denominazione propria, sono sottoposti a delle regole generali, le quali formano l'oggetto di questo sottotitolo». Il secondo comma prosegue statuendo che «le regole particolari di certi contratti sono stabilite nelle disposizioni relative a ciascuno di essi». Per la dottrina, pressoché unanime, l'art. 1105 ha, come il suo antesignano, il pluricelebrato e simbolico art. 1107¹, un doppio oggetto: da un lato formalizza un dispositivo istituzionalizzante il sottotitolo I del titolo III come il luogo dove trova evidenza un *diritto comune* dei contratti, nel senso di una vocazione degli artt. 1101 e s. «à s'appliquer à

* Dedicato alla memoria del Prof. Giuseppe Benedetti, Maestro della civilistica italiana

¹ Che, è bene ricordarlo, suonava così: «les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre. Les règles particulières à certaines contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce».

tous les contrats sans distinction»²; dall'altro, sulla premessa pacifica che *droit commun* non significa *droit unique*, si puntualizza che, come accadeva per il pregresso, il diritto comune riformato «se double de règles particulières». E sono queste regole, si aggiunge, «qui restituent ... intérêt à la distinction entre contrat nommés et innommés»³. Nessuna fuga, dunque, dalla parte generale e neanche una sua percezione a guisa di una superfetazione⁴: alla maniera del nostro art. 1323 c.c., facendo così delle «norme generali» il «soggetto logico della norma»⁵, che *tutti* «i contratti della convivenza sociale» postulino, pure nella Francia odierna, un livello di «regolamentazione comune» non è il riflesso di un sofisticato esercizio dogmatico bensì il «frutto di una [precisa] scelta legislativa»⁶. Come l'art. 1323, che *lessicalmente* giustappone «disciplina particolare» e «norme generali», l'art. 1105 *Code civil* esibisce così le fattezze di un *réseau* o di una *meta-norma* contenente pure l'indicazione delle regole applicabili ai tipi contrattuali rampollanti dalla «attività creatrice dei privati»⁷. Oltre a coordinare due plessi di regole, anche l'art. 1105 si candida, perciò, a norma che batte in breccia la tecnicità di una *tipizzazione forzata*⁸. Il punto, ci torneremo, però è: lo fa con una *gerarchia interna*, riconnessa alla posizione sistematica della regola², se è vero che, alla maniera dell'art. 1323, pure l'art. 1105 *Code civil* non formalizza un'estensione agli atipici di *tutte* le norme sui contratti, includendovi così pure quelle dettate per i tipi aventi una disciplina particolare, alla lettera sembrando piuttosto istituire un nesso, a taluno non a caso parso ben poco «rassicurante»⁹, tra *lacuna* e *norme generali*. Dunque,

² Così O. DESHAYES-T. GENICON-Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats. Du régime générale et de la preuve des obligations*, Paris 2016, 51.

³ Cfr. O. DESHAYES-T. GENICON-Y.M. LAITHIER, *ibidem*, 52. Adde G. CHANTEPIE-M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris 2016, 101 s.

⁴ Com'è invece, nell'esperienza italiana, suggerito da più di autore: v., in luogo di tanti, P. PERLINGIERI, *I mobili confini dell'autonomia privata, Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli 2003, 19.

⁵ Così, con esemplare lucidità, G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, 2, Napoli 1997, 6.

⁶ Così limpidamente U. BRECCIA, *sub art. 1325, Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Dei Contratti in generale*, a cura di E. NAVARRETTA-A. ORESTANO, Torino 2011, 145. L'ammonimento che la parte generale dei contratti «non è una mera costruzione dottrinale ma consegue alla sistematica del c.c.» è poi la cifra del discorso lucidamente imbastito da G.B. FERRI, *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 426 e da A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 4ª ed. (Torino 2014), 19. E v. anche F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, 12ª ed., Napoli 2006, 769.

⁷ Così G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 675 e CATAUDELLA, *I contratti cit.*, 19.

⁸ V. già R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 790 s.

⁹ Così U. MAJELLO, *Problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 489.

discostandosi scopertamente da un art. 1103, comma 3, dell'Avant-Projet Catala, che recitava invece di contratti atipici retti, *per analogia e in quanto* compatibili, dalle regole relative «ai contratti nominati simili» (*contrats comparables*)¹⁰, abbiamo un'estensione in via diretta *v.* applicazione in via analogica di un tipo o di più tipi combinati? E poi, detto alla maniera di Betti, *quid* per i contratti (normativamente atipici ma) *socialmente tipici*?, se dovessimo convenire sulla premessa che l'autonomia dei contraenti non li può maneggiare in un modo dissimile dai contratti normativamente tipici, nel senso che l'attività creatrice dei contraenti, risoltisi ad utilizzare degli schemi consolidati nella pratica degli affari, non può «spinger[si] sino al punto di introdurre clausole che li snaturino»¹¹. Vero che la compiutezza normativa di un contratto tipico è strettamente correlata al grado di «analiticità delle regole speciali dettate caso per caso dal legislatore»¹²: e tuttavia è innegabile che, quando si dia una tipicità sociale, l'esserci uno schema ricorrente fa sì che operativamente tipo legale e regole pattizie standardizzate si vengano ad appaiare.

2. *Gli artt. 1105 e 1323 come tecniche o luoghi di un ritrovamento disciplinare*

Al netto del vivace clamore suscitato da una pura e semplice *disparition programmée* dell'*ancien* art. 1107, che sorprendentemente il progetto di *Ordonnance* del 2015 non contemplava più¹³, è dato così registrare, in seno alla dottrina francese, una concordia diffusa sull'effigiare l'art. 1105 come una *restauration* reagente al dilagante «*démantèlement du droit commun des obligations contenu*

¹⁰ Serbatoio, alla lettera, dei contratti innominati «dans la mesure où leur spécificité n'y met pas obstacle». Come scriveva G. CORNU, *Exposé des motifs*, L'Avant-Projet Catala, a cura di G.B. FERRI-P. SPADA, Milano 2008, 56, la norma apriva ad «précieux recours au raisonnement analogique afin de combler avec discernement les lacunes des prévisions contractuelles». Il che, notiamo, avrebbe risolto in premessa il problema se, in caso di contrasto, la via analogica prevalga o perda rispetto all'applicazione diretta delle norme generali.

¹¹ Cfr. A. CATAUDELLA, *I contratti* cit., 215, incline pure a ritenere che la tipicità sociale sottragga le suddette operazioni ad un vaglio specifico di meritevolezza.

¹² Così A. CATAUDELLA, *I contratti* cit., 216.

¹³ Il dibattito è tutto condensato in un trittico di interventi: N. BALAT, *Réforme du droit des contrats: et les conflits entre droit commun et droit spécial?*, Rec. Dalloz, 2015, 699; N. BLANC, *Contrats nommés et innomés, un article disparu?*, Revue des contrats, 2015, 810 e Y. LEQUETTE, *Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats?*, *ibidem*, 616, spec. n. 4. C'è da considerare che l'omissione legislativa si prestava, com'è intuitivo, a due opposte impressioni visto che, se poteva pensarsi ad un legislatore del XXI secolo archiviante ogni valore di diritto comune dei contratti alla disciplina codicistica, neanche era da escludere che si reputasse l'art. 1107 come una norma ridondante in quanto enunciativa di un principio che «*va de soi*» (così N. BLANC, *Contrats nommés et innomés, un article disparu?* cit., 810).

dans le Code civil»¹⁴, enfatizzando di conseguenza il nesso di *complementarità* che, in effetti, corre tra primo e secondo comma della nuova norma. L'esistenza di regole speciali, si legge¹⁵, non produce di per sé «*une cause d'éviction des règles générales*» in quanto, per il medio del nuovo art. 1105, il legislatore postmoderno, si scrive, avrebbe piuttosto a chiare lettere rinnovato l'idea che ogni contratto tipico è assoggettato tanto alle norme generali del sottotitolo uno (comma 1) quanto alle norme speciali che lo disciplinano nel dettaglio (comma 2). Le une e le altre, troviamo scritto, «*s'ajoutent*»¹⁶, donde la deduzione che non è necessario che una regola speciale faccia un *renvoi* espresso alle norme generali¹⁷: com'era, leggiamo, per l'art. 1107, con il nuovo art. 1105 il legislatore ha ricodificato il principio per cui «*les règles spéciales à certains contrats viennent s'adjoindre aux règles communes, et non s'y substituer*»¹⁸. Ha del paradigmatico, viene istintivo notarlo subito, la sintonia con la pagina di chi, nell'esperienza italiana, ha accostato l'art. 1323 c.c. ad un dispositivo che officerebbe una tecnica di «ritrovamento disciplinare»¹⁹, avvalorando così una chiave di lettura, senz'altro congeniale all'art. 1105 riformato, se è vero che pure l'itinerario del *ritrovamento* francese si specchia nella costante di un'*applicazione diretta* delle norme generali, interpolata naturalmente dalla specialità del tipo, nel caso di contratti nominati e, rispetto alla classe di quelli innominati, con l'inframezzo, filtrato dagli artt. 12, comma 2, e 14 disp. prel., c.c. di un ricorso in *via analogica* alle norme del tipo contrattuale funzionalmente più affine. Visti da questa specola, insomma, i due dispositivi sono *isoformi* in quanto, diremmo, entrambi si presentano come la «sintesi dell'intero Titolo»²⁰, detto all'italiana, o sottotitolo, *en français*, di riferimento. In ambedue i precetti, è vero, non torna l'avverbio che figurava nella redazione dell'art. 1107 presentata al *corps législatif*²¹, «i contratti nominati sono “*en outre*” sottoposti a delle regole particolari»: ma è un «inoltre» che viene dato, e non a torto diremmo, per presupposto in quanto, ecco il secondo argomento appaiante interpreti francesi ed italiani, se tendenzialmente agglutina norme di *struttu-*

¹⁴ Così O. DESHAYES-T. GENICON-Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 51.

¹⁵ Cfr. O. DESHAYES-T. GENICON-Y.M. LAITHIER, *ibidem*, 52 nonché G. CHANTEPIE-M. LATINA, *La réforme du droit des obligations* cit., 104.

¹⁶ Così O. DESHAYES-T. GENICON-Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats* cit., 52.

¹⁷ V., lucidamente, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1 - Contrat et engagement unilatéral*, 4^a ed. (Paris 2016), 205 (per l'immagine di un articolato dei tipi operante *en sus* del diritto comune).

¹⁸ Così C. GOLDIE-GÉNICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris 2009, n. 374, spec. 482 s.

¹⁹ Così G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto* cit., 660 (nt. 30 e 31) nonché G. VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 317 s.

²⁰ Cfr. G. BENEDETTI, *ibidem* e G.B. FERRI, *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi* cit., 428.

²¹ V. P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XIII, Paris 1836, 5.

ra del contratto (artt. 1321, 1335, 1337, 1362-1363, 1367-1369, 1372 e 1374), comune questa parte generale lo è perché esprime l'orditura, «schiettamente tecnico-giuridica», di una «*théorie générale des contrats*»²². Alle corte, la complessità del nuovo sistema delle fonti non giustificherebbe un viaggio in avanti, che abiuri da uno schema generale²³, visto che, ed è emblematica al riguardo tanto la pagina di Cesare Massimo Bianca quanto quella di Rosalba Alessi²⁴, le lacune dei tipi ed i dubbi interpretativi non si emendano attraverso un procedimento di *autointegrazione*. Per «speciale» che possa essere, nessun tipo contrattuale, ed è vero, esibisce un *diritto speciale* che possa divorziare, in una prospettiva di *struttura*, dalle norme sul *genus* «contratto»²⁵. Replicare, in un contesto siffatto, che la legislazione consumeristica annovera sì più di un testuale rinvio diretto *ma* al codice civile (artt. 38, 81-*bis*, comma 1 e 135, comma 2 c. cons.) e *non* alle norme del Titolo II del libro IV, va da sé che, nell'economia del discorso, vestirebbe i panni di un espediente dialettico grezzo. Con un art. 1323 recitante che tutti i contratti, *per il solo fatto di essere contratti*²⁶, sono soggetti alla disciplina degli articoli da 1321 a 1469, l'estensione di una siffatta normativa deve in effetti supporre che valga, nei limiti naturalmente dell'art. 1469-*bis* c.c., pure per i contratti *b2c*²⁷.

²² Così rispettivamente P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, 807 e A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 8^a ed., Paris 2008, 7 nonché G. CHANTEPIE-M. LATINA, *La réforme du droit des obligations* cit., 103. La cifra del discorso già si incontra, per altro, nell'opera di R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, sub art. 1323, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja-Branca, Bologna - Roma 1970, 49 s. e 51 nonché nella pagina collimante di U. MAJELLO, *Problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici* cit., 489. Di recente, l'idea di «regole generali [che] tendono all'uniformità [in quanto involgenti] profili strutturali del contratto», torna pure in L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna 2015, 65.

²³ Come ribadito da G. DE NOVA, *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?*, Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del libro IV c.c. nel momento storico attuale, Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista, Treviso 23-25 marzo 2006, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 345 s.

²⁴ Rispettivamente: C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, 2^a ed. (Milano 2000), 10 nonché 478, I e R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino 2015, 77.

²⁵ Come scrive sagacemente A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1483, «considerata la struttura del contratto sembra impossibile inventarne un nuovo genere». V. acutamente E. NAVARRETTA, *Presentazione del convegno*, Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore, a cura di E. NAVARRETTA, Milano 2007, XX s.

²⁶ V., seppur criticamente, già V. ROPPO, *I «nuovi contratti» fra autonomia privata e interventi del legislatore. Note minime*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 7.

²⁷ V. T. DALLA MASSARA, *Art. 135 c. cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 129, incline (non a caso) a pensare che restino «per definizione estranee al richiamo del nuovo art. 1469-*bis* c.c. le disposizioni del codice civile in tema di singoli contratti». Nello stesso senso G. DE CRISTOFARO, *Le disposizioni «generali» e «finali» del Codice del consumo: profili problematici*, in *Sei voci sul «codice del consumo»*

3. La normalizzazione dell'art. 1105, comma 3: le norme speciali integrano eccetto per i casi di un'antinomia

Dopo di che, è vero, si registra adesso l'incognita di un terzo comma dell'art. 1105 *Code civil* che, alla lettera, recita di «regole generali che si applicano "sous réserve" di regole speciali», lasciando così trasparire un antagonismo che, come capita di leggere, potrebbe prestarsi a fare primeggiare «systematiquement» il diritto dei singoli tipi²⁸. *Specialia*, come sappiamo, *generalibus derogant*: ma, preso sul serio, l'art. 1105, comma 3 potrebbe avallare l'immagine di due discipline, quella del contratto in generale e dei singoli tipi contrattuali, viste come reciprocamente *esclusive*. Naturalmente è un'ambiguità lessicale che non sfugge alla maggior parte della dottrina: epperò, coltivando questa apertamente la precomprensione di un art. 1105 nel quale le «regole generali» designerebbero in senso proprio delle «regole comuni», si preferisce ragionare di una redazione maldestra del comma 3, frutto, vien detto, di un presupposto sviante in quanto non è vero che «toutes les règles spéciales ... sont ... en contradiction avec les règles générales»²⁹. Tutt'al contrario, e l'esempio ricorrente è la norma speciale della garanzia per i vizi occulti riguardata come un complemento delle regole generali sulla protezione del consenso, «les unes sont souvent le complément des autres»³⁰. Insomma, le norme speciali *integrano* quelle generali, fatta eccezione per i casi di un'antinomia: che però si dà soltanto quando due disposizioni, avendo lo stesso perimetro applicativo, sono *incompatibili* e non se ne può prospettare un'applicazione simultanea, «que ce soit de manière cumulative ou alternative»³¹. Specialità, come si usa dire, *in senso stretto*, che mette in forma un'*esclusività* quando le norme concorrenti si trovano ad impingere su di un oggetto comune, restituendo così l'immagine di una norma speciale in quanto «régit une fraction de l'objet de la règle générale»³².

Pure al riguardo, lo notiamo di passata, la sintonia con un dibattito italiano, ove per contro da almeno tre decenni ha attecchito l'idea di un'endemica «ten-

italiano, in *Contr. impr.*, 2006, 61, se è vero che, per questo a., dovrebbe a rigore «escludersi che i parametri dettati dal nuovo art. 1469-bis c.c. si prestino a essere impiegati per risolvere le antinomie che dovessero crearsi fra una disposizione del c.c. non inserita nel Titolo II del Libro IV e una disposizione del c. cons. o di un diverso atto normativo».

²⁸ Cfr. O. DESHAYES-T. GENICON-Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats* cit., 53.

²⁹ O. DESHAYES-T. GENICON-Y.M. LAITHIER, *ibidem*.

³⁰ V. G. CHANTEPIE-M. LATINA, *La réforme du droit des obligations* cit., 104 e O. DESHAYES-T. GENICON-Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats* cit., 53.

³¹ Cfr. O. DESHAYES-T. GENICON-Y.M. LAITHIER, *ibidem*.

³² Così C. GOLDIE-T. GÉNICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats* cit., 491 nonché G. CHANTEPIE-M. LATINA, *La réforme du droit des obligations* cit., 105.

denza centrifuga» premiante una disciplina per tipi³³, è altamente istruttiva. *Nulla quaestio* che l'art. 1969 c.c. escluda che la transazione sia annullabile per errore di diritto ovvero impugnabile per lesione (art. 1970 c.c.), così come è vero che l'art. 1664, in tema di appalto, associa alla sopravvenienza una revisione del prezzo e non la risoluzione³⁴. *Idem*, continuando nell'esemplificazione, è per i precetti che si leggono negli artt. 761 e 1495, 1523, 1551, commi 2 e 1668, commi 2, 1878 e 1918, 1924 e 1976 c.c. Epperò, ecco dove sta il punto, le norme regolatrici dei contratti non perdono l'attributo della *generalità* solo perché si danno *nominatim* delle altre disposizioni che *escludono espressamente* l'applicazione di questo o quel sottoinsieme quale *pars* di un più vasto articolato comune. Il qualificativo *comune* di uno statuto normativo non è ostativo al materializzarsi di distinzioni al suo interno in quanto, com'è pacifico, nessuna diversità di disciplina vale di per sé a dimidiare «l'unità d[i un] nucleo comune caratterizzante»³⁵. Specularmente è poi vero che la periodica confezione per via giudiziale di norme comuni a più tipi contrattuali avalla «l'opportunità di una "parte generale" sui contratti»³⁶: la quale, a sua volta, lo ricordiamo di passata, tale può essere perché, accanto ad una disciplina di struttura, annovera, di nuovo detto alla Benedetti maniera³⁷, norme comandate a regolare una particolare figura contrattuale estratta da un tipo (artt. 1401 ss. e 1411 ss.)³⁸.

Parte generale, quand'è così, come lemma polisenso ovvero quale locuzione ad ampia tessitura? Per la verità, già da due lustri Umberto Breccia ci ammonisce che la nostra parte generale del contratto conosce non meno di «sette» livelli interni di astrattezza³⁹. Al riguardo, il concetto di "parte" (art. 1321 c.c.) è provvisto di un tal livello di generalità che travalica ampiamente quello (più corrivo) di *personnes* dell'art. 1101 *Code civil*.

³³ Un classico, come si sa, è la pagina di G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, ora ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova 2011, 313 s. La occhieggia scopertamente F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, I, 98, il cui periodare è sintomatico laddove discorre di un «corpo importante di diritto dei contratti disegnato in relazione a ciascun mercato regolato», segnatamente, per es., «un diritto dei contratti bancari definito dal mercato del credito».

³⁴ Sono, com'è risaputo, tutti esempi che, per primo, ha censito G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti* cit., 314.

³⁵ Così G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto* cit., 661, e V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, Iudica -Zatti (Milano 2001), 84 s.

³⁶ Cfr. F. GALGANO, *Il contratto*, Padova 2007, 33.

³⁷ G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto* cit., 663 s.

³⁸ È un fatto che, al riguardo, *le droit commun* riformato si è italianizzato giacché che la sua trama adesso annovera ben cinque articoli alla *stipulation pour autrui* (artt. 1205-1209).

³⁹ U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore* cit., 66.

4. Circolarità del processo applicativo del diritto e ratio di una «parte generale»

Orbene, è evidente però che, così normalizzato, l'art. 1105, comma 3 *Code civil* non sbanda più: se tutto dipende dalla pre-condizione dell'esserci una autonomia tra «normes qu'il est impossible de les appliquer simultanément»⁴⁰, il comma 3 assurge a disposto formalizzante sì una regola di conflitto ma a perimetro ristretto, per la coeva predominanza di un principio di complementarità fisiologicamente oscurante l'eccezione di una «éviction de la règle générale ... justifiée au profit de la règle spéciale»⁴¹. Di regola, come non a caso si scrive, rifuggendo dallo stressare la «dialettica tra le due parti nelle quali il diritto contrattuale è stato tradizionalmente ripartito»⁴², tra disciplina generale e disciplina dei singoli tipi corre un rapporto di «option» ovvero un «cumul»⁴³. E se abbiamo una disciplina comune, non può non esserci una figura comune giacché, detto di nuovo alla Benedetti maniera, «il diritto non è scienza ontologica: l'esser trattati», come pure lasciavano trasparire i progetti *Catala* (art. 1103) e *Terré* (art. 11)⁴⁴, «vale essere»⁴⁵.

Prima proposizione, così stando le cose: dobbiamo pensare che la cifra del dibattito francese muova dalla linea che, nella nostra esperienza, ha ottimizzato, come sappiamo, Francesco Messineo⁴⁶, donde una rappresentazione dell'art. 1105 come una riedizione (più analitica) dell'idea per cui le norme regolatrici dei contratti, in quanto *comuni*, si applicano «in concorso (e non in antitesi) con le norme particolari», nel segno così di una loro «combinazione» e non di una «reciproca esclusione»?

Se si scorre la pagina di Serinet, «les deux séries de règles, communes et

⁴⁰ Così C. GOLDIE-GÉNICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats* cit., n. 386, spec. 497.

⁴¹ Cfr. C. GOLDIE-GÉNICON, *ibidem*.

⁴² Così P. SIRENA, *Verso una ricodificazione del diritto privato italiano? Il modello del nuovo Code Napoléon, Liber Amicorum* Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno, Napoli 2018, II, 1903.

⁴³ V. BALAT, *Réforme du droit des contrats: et les conflits entre droit commun et droit spécial?* cit., 700; N. BLANC, *Contrats nommés et innomés, un article disparu?* cit., 811.

⁴⁴ *Idem*, notiamo, per l'art. 14 del primo progetto della Cancelleria: che, più sobriamente della versione poi entrata in vigore, suonava «tous les contrats sont soumis aux règles générales qui sont l'objet du présent soustitre, sous réserve de dispositions spéciales applicables».

⁴⁵ G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto* cit., 661. Gli fa idealmente eco LEQUETTE, *Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats?* cit., 618: un «corps de règles cohérent qui obéit à une logique d'ensemble».

⁴⁶ F. MESSINEO, *Sul rapporto sistematico tra gli artt. 1321-1469 e gli artt. 1470-1986 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 16 s., riprodotto poi nel volume *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI, 1, Milano 1968, 10 s.

particulières, se combinent plus qu'elles ne s'excluent»⁴⁷, ogni dubbio, in una cornice che già faceva dell'art. 1107 la pietra angolare del diritto dei contratti, svanisce, senza che l'uniformità di vedute abbia dello stupefacente. Di là infatti dall'opinione di chi, nel moltiplicarsi dei diritti speciali vede una tendenza regressiva⁴⁸, è incontestabile che la fortuna di norme che, come gli artt. 1105 e 1323 apertamente si tengono, rampolli da una razionalizzazione sistematica del canone di specialità: il quale, siccome è delimitato da un concorrente principio di coesistenza, se si indugia a massimizzarlo, *ictu oculi* mette in forma, è vero, una «vision tronquée des rapports entre normes speciale et générales»⁴⁹. Il dispositivo ritualizzante i rapporti tra generale e speciale non è invero soltanto «axé sur leur opposition», come certificano i casi in cui la scelta tra l'una e l'altra serie di rimedi è testualmente sancita dalla legge. Nel formante italiano hanno del sintomatico, diremmo, le norme che si leggono negli artt. 127, commi 1 e 135, comma 1 c. cons.

Dunque, detto alla maniera di Scognamiglio, il primato del diritto speciale, nel sistema italo-francese, opera solo nei casi di un'antinomia, dandosi altrimenti un regime di concorso alternativo ovvero di cumulo? perché, non si potrebbe dirlo meglio, le norme regolatrici dei contratti fungono da «tessuto connettivo tra tutte le leggi speciali»⁵⁰? L'assunto, notiamo, è già nella pagina di Carbonnier, se il diritto positivo conferisce «deux moyens juridiques à la disposition d'un même individu, le sens le plus élémentaire de ce double don est le cumul»⁵¹: e, nel modo che da noi ha poi dogmaticamente perfezionato Giuseppe Benedetti, continua ad essere largamente accreditata l'idea di un coordinamento normativo impostato su di un criterio di *integrazione* affiancato da uno (cadetto) di *prevalenza*⁵². Certo, la terminologia francese, ancora appiattita sulla divisione tra contratti nominati ed innominati, è distonica, tanto più che il distinguo italiano da tempo corre tra tipici ed atipici se⁵³, come ha da essere, innominato lo maneggiamo nel senso della mancanza di una specifica disciplina normativa⁵⁴: ma, al netto di questo contrappunto, affine è il convincimento per cui, fuori dai casi di «strict domaine des règles spéciales», ogni parte generale si

⁴⁷ Y.M., SERINET, *Erreur et vice caché: variations sur le même thème*, Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin, Paris 2001, 789 s., spec. n. 54.

⁴⁸ L'allusione è a B. OPPETIT, *Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain*, Mélanges D. Holleaux, Paris 1990, 317 s.

⁴⁹ Così N. BLANC, *Contrats nommés et innomés, un article disparu?* cit., 811.

⁵⁰ Così G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 355.

⁵¹ J. CARBONNIER, *Obs.* a Cass. civ. 1^{re}, 19 luglio 1960, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1961, 333.

⁵² V., a mo' di cifra che ne accomuna i discorsi, A. CATAUDELLA, *I contratti* cit., 19; GALGANO, *Il contratto* cit., 32 e U. BRECCIA, *sub art. 1323* cit., 156.

⁵³ Ovvero tipizzati e non tipizzati: v. M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano 1981, 8 s.

⁵⁴ V. CATAUDELLA, *I contratti* cit., 214.

atteggia a manifesto di un'applicazione tanto diretta che sussidiaria del diritto comune quale nucleo (*noyau*) del diritto contrattuale.

5. *Gli artt. 1105 e 1323 quali norme assiologicamente gemelle?*

Piccolo intermezzo. Nella narrazione francese, il *maintenir* l'art. 1105 è visto come funzionale ad un trittico di finalità imprescindibili: l'unità di un *droit des contrats* ne assicura, si scrive, la «lisibilité», contrasta l'effetto destrutturante di diritti speciali/secondi punteggiati di «imprécisions, ... des failles [e] des imperfections»⁵⁵, per effetto di queste due premesse restaurandosi, come viene aggiunto, il primato del *Code civil* quale «code pilote», gli altri essendo dei «codes suiveurs»⁵⁶. Nessuno dubita che, nella logica di una consustanziale sussidiarietà, un diritto comune dei contratti si trovi a *comblar* le lacune della legislazione speciale: e, notiamo, al riguardo ha del paradigmatico il ragionamento che si fa sul presupposto – ipotizzato – di una soppressione dell'odierno art. 1105. In ogni diritto speciale, questo vien detto, dovrebbe allora figurare un rinvio espresso alle disposizioni del *Code civil*, non foss'altro per una *clarté/* calcolabilità del diritto. Dunque, *prima facie* tutto si risolverebbe in un problema di schietta tecnica legislativa: epperò, come si scrive, *quid* «en cas d'oubli»?⁵⁷, che si appaierebbe alla simultanea assenza di una norma quadro reggente una siffatta embricatura. L'omissione di un rinvio espresso non dovrebbe piuttosto significare «l'absence d'application du Code civil»⁵⁸, con un'esclusività di quanto è speciale per innesto (*greffe*) o per scissione (*scissiparité*)?

Privato della bussola, si scrive, ogni giudice trasformerebbe, e la metafora suggerita è intrigante, gli artt. 1101 ss. in una *pâte malleable* modellata sulla dinamica degli interessi in conflitto, all'insegna perciò di una *legalità del caso* che, pure nell'esperienza italiana⁵⁹, converte, com'è risaputo, il diritto comune in una tavola di regole dalla quale il giudice può discrezionalmente attinge-

⁵⁵ Che «l'empêchement de régir efficacement... [le fattispecie incluse nel loro ambito applicativo]»: così D. MAZEAUD, *L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux*, Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil, a cura di G. PIGNARE, Paris, 2005, 73 s., spec. n. 13.

⁵⁶ L'espressiva immagine si incontra nella pagina di Y. LEQUETTE, *Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats?* cit., 617.

⁵⁷ Cfr. N. BLANC, *Contrats nommés et innomés, un article disparu?* cit., 810.

⁵⁸ Così N. BLANC, *ibidem* e N. BALAT, *Réforme du droit des contrats: et les conflits entre droit commun et droit special?* cit., 701.

⁵⁹ Dove la rappresentazione più compiuta di questo discorso si incontra nelle intriganti pagine di N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, Studi Comporti, Milano 2008, II, spec. 1651 s.

re per «parvenir à la solution souhaitée»⁶⁰. Dove *souhaitée* è un qualificativo che, nella prospettiva di una flessibilità del diritto comune, dovrebbe favorire l'emersione di soluzioni *giuste* in quanto *ragionevoli*⁶¹.

Risultato: senza norme come l'art. 1105, avremmo quale effetto un *bricolage* che trasforma il diritto dei contratti in una giungla «sans principe directeur»⁶², evocando così un'immagine, le norme regolatrici dei contratti come principi che, di nuovo Benedetti *docet*, significa «dominanza e perciò centralità»⁶³.

Una «sainte liberté», scriveva nel secolo scorso Carbonnier, fa da sottofondo all'idea di una *association* tra regole comuni e speciali: la «liberté du plaideur sur chacune des voies de droit qui lui sont ouvertes indistinctement»⁶⁴, quantunque sia vero il contrappunto che raramente le norme speciali risultano meno favorevoli al *plaideur* delle *normes communes concurrentes*. Nella letteratura contemporanea gli fa eco Goldie Génicon, stentorea nell'osservare che le regole generali «ouvrent en principe de concert»: i due corpi di regole «collaborent, chacun à leur niveau», a dettare lo statuto normativo dei contratti speciali⁶⁵. Tutto ciò che non è vietato, è permesso: *ergo* l'accento, si chiosa, va posto non sulla *dérogation*, cioè il *bypass* del diritto comune, ma sul *principe*, cioè l'applicazione del diritto comune: che, salvo non si dia una disposizione legale contraria, conserva «son empire», legittimando così le parti a «librement choisir entre les règles»⁶⁶. La sintonia questa volta, volendo tornare all'esperienza italiana, è con la pagina di Natalino Irti, là dove l'art. 1323 c.c. è etichettato, sulla scia di Emilio Betti⁶⁷, come una *norma interpretativa* in quanto disposto che «non allarga la sfera di applicazione delle altre norme, ma la fissa e determina»⁶⁸. E, se la *policy* legislativa ha di mira il prevenire un «dubbio»⁶⁹, pure l'art. 1105, ci viene da dire, potrebbe meritare il medesimo appellativo in quanto il suo primo comma assevera che le norme del sottotitolo I, in quanto regolatrici dei contratti, si applicano pure ai contratti atipici. Se poi, come notavamo in

⁶⁰ Così Y. LEQUETTE, *Préface* a Goldie-Génicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats* cit., VI.

⁶¹ V. N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo* cit., 1666.

⁶² V. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations* cit., 58 (fortemente critica rispetto all'idea di una parte generale come asettica *addition de règles positives*).

⁶³ Cfr. G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto* cit., 669 e, nel panorama francese, Y. LEQUETTE, *Préface* cit., VII.

⁶⁴ J. CARBONNIER, *Obs.* cit., 333.

⁶⁵ C. GOLDIE-GÉNICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats* cit., 482.

⁶⁶ Così C. GOLDIE-GÉNICON, *ivi*, 483.

⁶⁷ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano 1954, 7.

⁶⁸ Cfr. N. IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, *Riv. dir. civ.*, 1994, 559.

⁶⁹ N. IRTI, *ibidem*.

apertura, postulando oppure no una sorta di asettica gerarchia interna⁷⁰, ci parrebbe in realtà un falso problema, se è vero che, *siccome testualmente non la escludono*, vien fatto di credere che tanto l'art. 1105 che l'art. 1323 richiama implicitamente la regola interpretativa comune amministrata dagli artt. 12, commi 2 e 14 disp. prel.: donde il delinarsi, quando si dia il caso di un concorso tra una norma generale ed una norma disciplinante un tipo affine, di una regola gemella di selezione della norma *più adeguata*, sottinteso «al tipo degli interessi in conflitto e al rimedio più efficace nel comporlo»⁷¹, in quanto regola più prossima⁷².

Domanda, provando così a ricapitolare: gli artt. 1105 e 1323 sono allora da catalogare come delle norme gemelle in quanto il *sous réserve* del comma 3 ha trasformato in una regola testuale quanto l'art. 1323 dà per presupposto *in automatico* giacché lo si può accertare sulla scorta di una specialità quale principio implicito di natura generale? Se teniamo per ferma l'idea che una *specialità escludente* si dà solo nel caso di un'*antinomia*, cioè laddove si abbiano due norme aventi il medesimo oggetto e direttive incompatibili, la risposta vien da sé: non a caso ad una acuta dottrina la *querelle* tra De Nova e Benedetti è sembrata «più di modo di approccio al problema che di sostanza»⁷³.

6. *Parte generale e disciplina per tipi in sette proposizioni: il pregiudizio dogmatico come malattia dell'art. 1105 Code civil? Criteri testuali e non di coordinamento*

Abbiamo già ricordato che, se stiamo all'insegnamento di Giorgio De Nova, «il livello predominante d'intervento del legislatore italiano» non si specchierebbe più nel paradigma di un diritto comune dei contratti visto che il coordinamento testuale, ritualizzato dall'art. 1323, sarebbe ormai carente di un senso precettivo⁷⁴. Per di più è pacifico, Sacco *docet*, che lo strumentario di norme generali è il prodotto di una tecnica legislativa e non una «descrizione[e] della realtà» in quanto l'esperienza fattuale ignora il contratto, come «*pensa-*

⁷⁰ Che, in effetti, mancherebbe di una «giustificazione razionale», palesandosi «troppo spesso infondata in sede applicativa»: così U. BRECCIA, *sub art. 1323 cit.*, 151 nonché 161. L'esclusione di un criterio gerarchico premiante la disciplina generale è pure in U. MAJELLO, *Problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici cit.*, 491.

⁷¹ Cfr. U. BRECCIA, *ibidem*.

⁷² V. pure A. CATAUDELLA, *I contratti cit.*, 216 e L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti cit.*, 67.

⁷³ Così A. CATAUDELLA, *ibidem*, nt. 236 nonché N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo cit.*, 1652.

⁷⁴ V. G. DE NOVA, *I singoli contratti dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, ID., *Il contratto ha forza di legge*, Milano 1993, 56 s.

bili» esibendosi piuttosto «solo i tipi contrattuali, siano essi tipi legali o tipi sociali»⁷⁵. Orbene, stante però la manifesta comunanza di *ratio* tra l'art. 1105 e l'art. 1323, siccome la parabola francese è invece nel segno di una rivitalizzazione ermeneutico-sistematica di una parte generale⁷⁶, quale (diremmo) «serbatoio dal quale alimentare [ogni] diritto secondo in tutto ciò che non è specificamente oggetto di disciplina»⁷⁷, ne dobbiamo dedurre che la concezione di De Nova è ormai da riguardare come *âgéé*? Il dubbio, notiamo, non è retorico o di maniera in quanto in quella pagina coesistono – per così dire – vero e falso. Per le ragioni che, condensando il discorso in sette punti, adesso rapidamente proveremo ad esporre.

Primo, diritto comune non vuol dire applicabilità ad *ogni* tipo di contratto di *tutte* le norme ricomprese nella parte generale⁷⁸. Al catalogo degli artt. 1448, commi 3-4, 1458, comma 1, 1469 c.c., può utilmente aggiungersi il caso di una disposizione, com'è già notiamo l'art. 1325, n. 4 c.c., la cui applicabilità «ad ogni contratto è contestualmente esclusa»⁷⁹. Un diritto è comune pure se, come già notava Vitucci, annovera dei dispositivi (art. 1332) o dei rimedi (artt. 1385-1386, 1453 e 1467) applicabili soltanto ad una classe di contratti che il Titolo II «espressamente contempla»⁸⁰. *Idem* per tante altre norme statuenti delle specifiche regole di conflitto (artt. 1377-1378 e 1380) o una rimediabilità dedicata (art. 1468 c.c.). *Ergo* un diritto rimane *comune* pure quando si diano dei luoghi illustranti uno «scompenso fra la categoria generale e la portata effettiva della disciplina»⁸¹, in quanto parcellizzata a talune *species*, ad es. i contratti onerosi e gratuiti, con efficacia reale od obbligatoria, con o senza prestazioni corrispettive, ed ancora commutativi ed aleatori, ad esecuzione istantanea o di durata, anziché ricomprendere *tutte* quelle *species* che «pur [vi] rientrerebbero»⁸². Ogni diritto comune, insomma, è fisiologicamente attraversato da molteplici raggi di generalità⁸³: ha dell'autoevidente la sequen-

⁷⁵ Così F. GALGANO, *Il contratto* cit., 33 (c.vo aggiunto).

⁷⁶ V. M. FABRE MAGNAN, *Droit des obligations* cit., 204, e già G. CORNU, *Introduction, L'Avant-Projet* Catala cit., 51.

⁷⁷ Così, limpidamente, C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 398.

⁷⁸ Espressivamente già F. GALGANO, *Il contratto* cit., 33: «non tutte le norme» che l'art. 1323 «definisce come “generalì” sono realmente tali».

⁷⁹ Così P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti* cit., 808.

⁸⁰ P. VITUCCI, *ibidem*.

⁸¹ Cfr. P. VITUCCI, *ibidem*.

⁸² Così P. VITUCCI, *ivi*, 809.

⁸³ Cfr. U. BRECCIA, *sub* art. 1323 cit., 151. Espressivo il dire di V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore* cit., 293, che nessuna parte generale «soffre come *presenza aliena* quella di determinate “classi” o “categorie” di contratti» (c.vo aggiunto).

za che si compone degli artt. 1360, comma 2, 1373, comma 2 e 1458 c.c.⁸⁴.

Secondo, ogni diritto comune conosce l'*ibridazione* di norme prodotte dall'innesto combinato di due enunciati testuali, l'uno speciale e l'altro generale. L'esempio della regola che si deduce incrociando l'art. 1662 con l'art. 1453 c.c., donde una risolubilità giudiziale dell'appalto in corso d'opera quando la difformità *in executivis* sia insanabile⁸⁵, ha del paradigmatico in quanto stilizza un'*integrazione disciplinare*, ottenuta contaminando due disposti normativi, «che è orientata alla soluzione del tipo di problema e del tipo di conflitto ... fra il committente e l'appaltatore»⁸⁶. La conclamata specialità dell'art. 1662, in quanto la norma generale non ammette la risoluzione se non è scaduto il termine per l'adempimento, viene ottimizzata con un ricorso all'art. 1453 bypassante l'intermezzo di un qualche *ius corrigendi* dell'appaltatore, in modo da disciplinare una fattispecie rimasta estranea tanto alla norma speciale che a quella generale⁸⁷. L'epifania descritta, va detto, non è un caso isolato perché ha ormai dello sperimentato un discorso catalogante la disciplina della risoluzione come una successione di statuti che vedono praticato un concorso di norme coesistenti (artt. 1564 e 1458)⁸⁸.

Terzo, ogni diritto comune è in realtà una piattaforma scomponibile in ragione della «diversa tipologia degli enunciati normativi [che lo compongono]»⁸⁹, con un'alternanza nel suo nucleo tra norme di struttura (artt. 1325, 1326-1352, 1418, comma 2 c.c.) e di contenuto (artt. 1339 e 1419, comma 2) ordinanti la partizione normativa in più livelli talora per altro sezionati in ragione della condizione soggettiva di un contraente (artt. 1341 e 1368, comma 2 c.c.)⁹⁰. D'altra parte che, a sua volta, pure la parte speciale conosca delle norme di struttura di un singolo contratto, com'è per l'art. 1892 c.c., davvero può ormai considerarsi una deduzione inconfutabile.

Quarto, diritto comune e collocazione topografica non sono un binomio inscindibile, tanto è vero, Scognamiglio *docet*⁹¹, che da tempo il titolo secondo

⁸⁴ V. pure L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti* cit., 66. Dopo di che, lo notiamo *incidenter*, la figura dei c.d. contratti alieni, detto alla De Nova maniera, ha ben poco a che spartire con il tramonto della parte generale: vero è, infatti, che la loro autosufficienza ne autorizza una rappresentazione come figure refrattarie ad una tecnica legislativa che ritualizzi l'inserito di norme dispositive. E tuttavia, proprio a motivo di una siffatta autosufficienza, i contratti alieni divengono una materia da regolare che sfugge pure alla cifra denotativa dei contratti tipici.

⁸⁵ V. F. GALGANO, *Il contratto* cit., 32.

⁸⁶ Cfr. U. BRECCIA, *sub art. 1323* cit., 153, e P. PERLINGIERI, *Relazione introduttiva, Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore* cit., 543.

⁸⁷ Cfr. F. GALGANO, *Il contratto* cit., 32.

⁸⁸ V., per una pluralità di riferimenti, E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 851 s.

⁸⁹ Così U. BRECCIA, *sub art. 1323* cit., 153.

⁹⁰ V. F. GALGANO, *Il contratto* cit., 31 s.

⁹¹ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale, sub art. 1323*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca (Bologna-Roma 1970), 49 s. V. pure U. BRECCIA, *sub art. 1323* cit., 150.

non è riguardato più come il solo *luogo* ove figurino norme regolatrici di tutti o di molti contratti. È l'argomento, già esposto da Carresi ed ormai incontrastato⁹², di un Titolo secondo che non si atteggia a *sede esaustiva* in quanto pure le norme sulla capacità e sulla prova nonché quelle in tema di pubblicità, in quanto disposizioni che reggono tutti i contratti o che ne amministrano «interi categorie»⁹³, sono reputate delle *norme generali*. Dopo di che l'ubicazione di questo «altrove», come lo definisce Giuseppe Benedetti⁹⁴, può materializzarsi pure in norme generali dettate, *per una classe di contratti*, al di fuori «dello stesso codice civile»⁹⁵. L'arcipelago delle norme “derogabili solo in senso più favorevole al cliente” (art. 127, 02, comma 1 T.U.B.) fotografa, al riguardo, un esempio sintomatico di conflitto nel quale – ci torneremo – le norme dell'art. 1323 c.c. vengono a trovare applicazione non in quanto *disciplina generale* bensì *se* risulta che formalizzano una disciplina di maggior favore⁹⁶.

Quinto, è vero che la parte speciale conosce delle norme di contenuto la cui applicazione trascende il tipo contrattuale e si impone come un *diritto comune* per una *species* più ampia di contratti. L'esempio calzante della disciplina sulla garanzia per evizione, le cui norme valgono per ogni contratto di alienazione a titolo oneroso⁹⁷, non è il solo caso visto che la giurisprudenza è consolidata tanto nell'estendere la garanzia decennale dell'art. 1669 c.c. al costruttore-venditore quanto nell'aggirare, con un'eccezione di risoluzione, l'ammacco di disciplina punteggiante l'art. 1454 per l'ipotesi di un inadempimento definitivo⁹⁸. *Superposition de règles*⁹⁹, quale stadio intermedio, tra una teoria generale del contratto ed il «*droit particulier de la variété considérée*»¹⁰⁰, è la

⁹² F. CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.* 1957, I, 270. V., più di recente, S. PATTI, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore* cit., 548.

⁹³ Cfr. F. CARRESI, *ibidem*.

⁹⁴ G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto* cit., 661.

⁹⁵ Così F. CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici* cit., 270. Del resto, aggiungiamo, la meta-norma dell'art. 1324 recita di «norme che regolano i contratti», «senza cenno alcuno alla precisa fonte da cui [queste] regole sono tratte»: così U. BRECCIA, *sub art. 1323* cit., 150.

⁹⁶ Di un «criterio-guida» operante «in maniera indipendente dalla previa imputazione di generalità o di specialità della disposizione che si decida, a tal fine, di applicare», discorre U. BRECCIA, *sub art. 1323* cit., 157. Si è illustrato la vicenda in S. PAGLIANTINI, *I nuovi luoghi di una parte generale del contratto e la Cattedrale dei contratti bancari*, in *Contr.*, 2018, 256 s. Come scrive P. PERLINGIERI, *Relazione introduttiva* cit., 540, ogni criterio del maggior favor «conduce a rigettare l'idea di un'aprioristica prevalenza della norma speciale rispetto a quella generale».

⁹⁷ Cfr. P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti* cit., 809.

⁹⁸ V. il volume collettaneo a cura di C. CONSOLO-S. PAGLIANTINI-I. PAGNI-V. ROPPO-M. MAUGERI, *La risoluzione per inadempimento Poteri del giudice e poteri delle parti*, Bologna 2018.

⁹⁹ V. BLANC, *Contrats nommés et innomés, un article disparu?* cit., 811.

¹⁰⁰ Così A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux* cit., n. 7.

formula invalsa nel dibattito francese: norme *transtipiche*, applicabili direttamente pure ad altri tipi, è a sua volta l'espressione, evocativa di un'osmosi per ottenere dei "macrotipi"¹⁰¹, entrata nell'uso italiano: anche se forse discorrere di una *generalità parziale*, «costruita a partire da singole norme in apparenza speciali»¹⁰², cattura di più.

Ora, il ritaglio, all'interno di un tipo, di norme transtipiche non è ostativo a che altre norme di quel medesimo tipo si presentino invece come *esclusive* e, in quanto *eccezione*, risultino insuscettibili di applicazione analogica. Eccezionale, come si sa, è una qualifica di relazione ed il divieto dell'art. 14, d'altra parte, non impedisce che una norma si estenda ai casi simili ricadenti nel perimetro ove la norma stessa è reputata pertinente¹⁰³.

Sesto, quantunque sia ricorrente che un tipo deroghi al diritto comune, è pur sempre vero che *pattizientemente* una siffatta deroga può venire anestetizzata. L'art. 1976 c.c. è sì norma speciale e tuttavia anche la transazione novativa può risolversi se il diritto alla risoluzione sia stato espressamente stipulato. *Idem* per l'art. 1664 in quanto le parti possono espressamente escluderne l'applicabilità, donde l'alternativa di un riespandersi dell'art. 1467, se ne ricorrono i presupposti, ovvero di un tra-mutarsi dell'appalto in un contratto aleatorio.

Settimo, un'applicazione diretta nei limiti di una compatibilità con la specialità del tipo, ossia (diciamolo così) un'applicazione *salvo che la legge disponga diversamente*, non rende lasca l'immagine di un diritto comune: per la semplice ragione che l'antinomia, quale proiezione di una «comune regola interpretativa logico-sistematica», è «fuori [da]»¹⁰⁴, nel senso che si colloca all'esterno di un siffatto dispositivo. Vero che, se si danno i presupposti per l'operare della disciplina particolare, ove il suo perimetro collimi con quello di una norma generale, è la regola particolare e non la disciplina generale che si applica. Epperò una siffatta esclusione è il prodotto di una *prevalenza* affidata all'emersione di un interesse «autonomamente rilevante e quindi specialmente disciplinato [dalla legge]»¹⁰⁵.

Mettendo in fila le sette proposizioni, è il caso di dire molto rumor per nulla?

È un fatto, chiosiamo a margine, che neppure della pagina di Messineo si dovrebbe per altro dare una rappresentazione di maniera. Pur sempre infatti, nella *Dottrina generale del contratto*, viene ad essere imbastita una *tripartizione*, distinguendosi tra

¹⁰¹ V. P. PERLINGIERI, *Relazione introduttiva* cit., 543.

¹⁰² Così U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione* cit., 107.

¹⁰³ Con il che però si risolverebbe il problema «dell'applicabilità delle disposizioni eccezionali dettate per un tipo»: così G. DE NOVA, *I singoli contratti. Dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, ora *Il contratto* cit., 323.

¹⁰⁴ Così G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto* cit., 668.

¹⁰⁵ Cfr. G. BENEDETTI, *ibidem*.

- *principii comuni* ad «ogni contratto»;
- norme dedicate ad un «*determinato* gruppo di contratti (e quello solo)»;
- regole particolari «a ciascun contratto, ispirate al *contenuto* di esso».

Ciò che stroppia, come risulta autoevidente, è l'immagine di un'*armoniosa* combinazione *a senso unico* tra generale e speciale¹⁰⁶, mentre non stroppia affatto quella di un generale/ speciale affidati al costruito sistematico di un viluppo *poli-cromo* visto il darsi, tra i due corpi di regole, di una *mutevole coesistenza*. Tra generale e speciale, diremmo allora, le interazioni sono ben più complesse del canovaccio sperimentato che vuole, come si è veduto, le norme particolari avvicinarsi in due operazioni, rispettivamente di *completamento* o di *prevalenza*: e si può dire che, se l'art. 1323 c.c. non soffre di un siffatto *pregiudizio dogmatico*, di questo morbo per converso l'art. 1105 reca traccia, volendo naturalmente pensare, come ci sembra¹⁰⁷, che, per il giurista francese, il *Code* riformato ha adottato un dispositivo di coordinamento ove il binomio completamento/prevalenza stilizzerebbe un riparto di competenze «del tutto razionale ed autosufficiente»¹⁰⁸. Ora, come si è veduto, tutto si può dire fuorché il trittico

- ibridazione giudiziale (o dotta) di generale e speciale¹⁰⁹,
- concorso cumulativo e canone di una generalità parziale
- non disegni una mappa che va operativamente a completare i due criteri (tes tuali) di coordinamento, tra generale e speciale, messi in forma dall'art. 1323.

Una parte del problema sta tutta qui.

7. *I corollari di una parte generale secondo la lente di una dinamica complessa*

Sono, provando a sunteggiare il discorso, non meno di quattro i corollari che si possono dedurre dall'insieme delle proposizioni svolte.

Primo, complice la circostanza che ogni diritto comune è attraversato da gradi intermedi di generalità, il rapporto corrente tra parte generale e parte

¹⁰⁶ Cfr. U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione* cit., 45.

¹⁰⁷ V. *supra* §§ 3 e 4.

¹⁰⁸ Così U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione* cit., 51.

¹⁰⁹ Che, unendo frammenti di disciplina, porta a «costruire una nuova regola composita»: così U. BRECCIA, *ivi*, 107.

speciale non è di stampo monistico ma risulta retto da una *dinamica complessa* percorsa da un'eterogeneità che ne esalta l'*elasticità*¹¹⁰. Se ogni parte generale, lo diciamo così, ritualizza una funzione di «economia di normazione»¹¹¹, l'immagine di un'unità *versus* una pluralità ha dell'apodittico in quanto già il contratto in genere è percorso da frammentazioni interne, ordinate secondo la bina regole-controregole, che si organizzano a loro volta in *microsistemi*¹¹². Se conveniamo sulla premessa che non può pensarsi ad un «contratto in genere» senza l'ausilio di classi particolari ognuna delle quali è munita *pure* di un qualche «particolare» elemento di disciplina»¹¹³, ha del vero discorrere, come si fa, di una parte generale la quale, per il gioco combinato di norme contemplanti una disciplina diversa da quella istituita da altri dispositivi figuranti nello stesso Titolo II, costitutivamente «deroga a se stessa»¹¹⁴.

Secondo, siccome pure la disciplina dei singoli tipi conosce norme corredate da un diverso grado di specialità¹¹⁵, c'è molto di vero nell'osservazione che il numero di subcategorie, inclusive di più tipi contrattuali e rette «da norme ad essi comuni è alquanto più esteso di quanto, [diremmo, la sola lettera dell'art. 1323 lasci intendere]»¹¹⁶. Neanche però va trascurato che corposo è pure il numero dei casi in cui si danno delle norme speciali *tipizzanti* una regola di diritto generale (artt. 1497, 1525, 1618, 1820 rispetto all'art. 1455 c.c.)¹¹⁷. *Ergo*, anziché supporre un solo standard regolativo, è un fatto che il binomio generale/speciale si esibisce con caratteri mutevoli che variano in ragione del tipo contrattuale scrutinato.

Terzo, il metodo tipologico consente, è vero, l'applicabilità diretta a «contratti non sussumibili nel tipo legale anche della norma ... appartenente alla disciplina tipica»¹¹⁸. E tuttavia, il primato della disposizione più favorevole (art. 1469-*bis* c.c.) appanna la supremazia (neutra) della disposizione speciale

¹¹⁰ V. G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto* cit., 661 s.

¹¹¹ Così F. GALGANO, *Il contratto* cit., 33.

¹¹² V. V. ROPPO, *Il contratto* cit., 85.

¹¹³ Così V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici* cit., 293.

¹¹⁴ Cfr. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto* cit., 844.

¹¹⁵ Ovvero che «possono essere iscritte su un piano dotato di un buon grado di generalità»: così L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti* cit., 67.

¹¹⁶ Cfr. F. GALGANO, *Il contratto* cit., 33.

¹¹⁷ Di una regola comune «specificata» ragiona E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto* cit., 856.

¹¹⁸ Così G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti* cit., 318.

in quanto ogni regola di conflitto ispirata alla clausola generale di una “massima difesa” premia in realtà ogni norma, «ovunque ... sia prevista ... e quale che sia il suo livello di generalità»¹¹⁹, che ottimizza la tutela del contraente specialmente protetto. *Idem* nei casi di un concorso cumulativo di norme (artt. 127. commi 1 e 135, comma 1, c. cons.), dovendosi ivi ammettere che il consumatore, se un regime speciale non esclude né limita, abbia la facoltà di scegliere il rimedio più favorevole. Risultato: il canone materiale dell’interesse protetto sparisce, in realtà, visto che alla bina generale-speciale si viene a sostituire una *disciplina transtipica stricto sensu* intesa, imperniata essa com’è «non sul piano della fattispecie ... ma esclusivamente [sul versante] delle conseguenze giuridiche»¹²⁰.

Quarto, perdita di centralità per difetto di unitarietà. Ogni paradigma unico (di disciplina) del contratto tramonta, è ovvio, in un sistema ordinamentale nel quale la legalità nuova si impernia sul binomio *contratti civili* e *contratti del mercato*, unilateralmente (*b2c*) o bilateralmente commerciali (*b2b*)¹²¹. E tuttavia, siccome è *in rebus* che l’utilizzo giurisprudenziale delle clausole generali (e dei principi) ha modificato *tipologicamente* la parte generale del contratto¹²², neanche può sottacersi che questa ormai esprime una *policy* di funzionalizzazione, dell’autonomia privata ai valori dell’ordinamento civil-costituzionale (artt. 2 e 3 Cost.), il cui contenuto “materializzato” (e di giustizia sostanziale) si irradia integrativamente (art. 12 prel.)¹²³, rinnovando a cascata la disciplina dei singoli tipi. Così intesa, nessuna parte generale, nella misura in cui l’esperienza la rinnova¹²⁴, può passare per una *forme dépassée de législation*¹²⁵. Lo

¹¹⁹ Cfr. U. BRECCIA, *sub* art. 1323 cit., 158.

¹²⁰ Così, lucidamente, F. ADDIS, *Il “codice” del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. contr.*, 2007, 878.

¹²¹ V., in luogo di tanti, V. ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato, a cura di G. ROJAS ELGUETA-N. VARDI (Roma 2014) 35 e G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, ID., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano 2009, 145.

¹²² Tanto da indurre U. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti* cit., 1492 a scrivere che il «diritto generale dei contratti è ormai, o comunque va sempre più divenendo, un diritto contrattuale intriso, sia pure in senso generico, di politiche e non solo strutturato dai concetti».

¹²³ Nell’intento, come scrive N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo* cit., 1667 di «pareggiare le differenti posizioni soggettive di partenza nella dialettica contrattuale». Simile, nell’ottica di una «contaminazione tra modelli» esaltante la «naturale circolarità» del rapporto tra generale e speciale, è il convincimento di R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto* cit., 78 (c.vo nel testo).

¹²⁴ Di una «nuova parte generale del contratto» discorre testualmente S. PATTI, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni* cit., 562.

¹²⁵ V., pur se con un’eccessiva enfasi, E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale*

diviene soltanto se si cade prigionieri dell'illusione ottica di un diritto comune *du contrat*¹²⁶.

8. Una norma che il Code civil in parte qua non ha: l'art. 1469-bis c.c.

Ci sarebbe voluto un art. 1323-*bis* oppure un art. 1323 corredato di un secondo comma¹²⁷: ed invece abbiamo, come si sa, un art. 1469-*bis* c.c. nel quale la regola di conflitto della norma più favorevole al consumatore opera, se stiamo alla lettera della legge, soltanto nello spicchio di casi in cui si venga a prospettare un conflitto tra la parte generale del contratto ed una disposizione consumeristica diversa dal codice del consumo, essendo la specialità il canone reggente in via esclusiva il conflitto tra le norme regolatrici dei contratti ed il cod. cons.¹²⁸. Dunque, se stiamo all'interpretazione prevalente¹²⁹, avremmo un'applicazione diretta delle norme di parte generale contornata da due regole di conflitto (diversamente orientate) il cui perimetro di operatività è poi delimitato dalla *sedes materiae* di riferimento. Per altro, e qui sta il punto¹³⁰, con una specialità monopolizzante, ciò che si ha è in realtà un'applicazione diretta che si esibisce sempre come *sussidiaria* in quanto, se il codice del consumo alla lettera "deroga", a delinarsi è qui una parte generale *ridimensionata*, di cui la legge asseconda in realtà soltanto un'applicazione *integrativa e supplementiva* del c. cons.¹³¹.

Per la verità, e sappiamo pure questo, dell'art. 1469-*bis* è abbozzabile pure un'altra interpretazione utile la quale, riferendo la locuzione «più favorevoli» allo stesso codice del consumo, ne immagina di rimando una sua disapplicazione quando dovessero darsi delle disposizioni di parte generale più favorevoli al consumatore¹³². Non più (dunque) generale *v.* speciale, con lo spartito di un'applicazione delle norme del c.c. formalmente correlata al darsi di una

e parte speciale della disciplina del contratto cit., 868 (la parte generale «una necessità all'interno del diritto dei contratti»).

¹²⁶ V. M. FABRE MAGNAN, *Droit des obligations* cit., 58.

¹²⁷ Lo aveva già segnalato G. DE CRISTOFARO, *Il «codice del consumo»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 808.

¹²⁸ V., in luogo di tanti, R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto* cit., 78.

¹²⁹ Alla quale si allinea pure L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti* cit., 222.

¹³⁰ Come intuito già da F. ADDIS, *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*.

¹³¹ Sintomatica, al riguardo, è la pagina di G. DE CRISTOFARO, *ibidem*, laddove scrive di uno statuto della parte generale che non può «trovare applicazione, se non per la regolamentazione di aspetti o profili che il codice del consumo abbia completamente tralasciato di considerare».

¹³² Per una panoramica diffusa v. M. FACCIOLI, *sub art. 1469-bis*, Commentario breve al diritto dei consumatori², a cura di G. DE CRISTOFARO-A. ZACCARIA, Padova 2013, 42 s.

lacuna nella disciplina di specie¹³³, bensì un primato (assiologico ed applicativo) del dispositivo che meglio ottimizza la tutela dell'interesse preferito. È questa, notiamo, una lettura finalistica dell'art. 1469-*bis* che si industria di spogliarlo dell'etichetta, immanente in effetti all'interpretazione maggioritaria, di una *norma inutile*: sunteggiando il discorso, quale senso infatti può mai avere statuire che *specialia* (c. cons.) *generalibus* (gli artt. 1321-1469 c.c.) *derogant* quando già abbiamo un art. 38 c. cons. recitante di un'applicazione diretta, ai contratti *b2c*, del codice civile sul-l'unico presupposto (dicevamo) che si dia, nella trama speciale del c. cons., una specifica lacuna normativa? *Ne bis in idem*, potremmo chiosare, unendoci così al coro dei più.

Dopo di che, è riuscito agevole ribattere, ed anche questo volendo lo si sa, che un'interpretazione teleologica dell'art. 1469-*bis* al più però sarebbe idonea a formalizzare un'ipotesi di conflitto virtuale visto che, se diamo per buona la premessa di una normativa consumeristica la quale, oltre che posteriore e speciale, è per sua natura *la più favorevole*, non c'è più motivo di alimentare un qualche dissidio interpretativo rispetto ad un diritto comune costitutivamente *meno protettivo*¹³⁴. L'art. 33, comma 2, lett. *f*) c. cons. protegge di più dell'art. 1384, *idem* per le ll. *e*) e *g*) rispetto agli artt. 1386 e 1373 ovvero per la lett. *s*) nei confronti dell'art. 1407 c.c.

Nessun polisistema dunque?, per l'elementare ragione, detto alla francese maniera, che il codice del consumo è una *legge complementare* al codice civile donde un diritto secondo dei consumi il quale, complice un rinvio diretto dell'art. 38 ove (*cave*!) *neanche* figura il filtro di una compatibilità, è da riguardarsi come uno *svolgimento* del diritto primo¹³⁵? C'è una marcata «contiguità», ha scritto Guido Alpa, tra codice civile «e le disposizioni settoriali»¹³⁶: *ergo* se può ammettersi un'*analogia legis* rispetto ad un dispositivo di legge speciale, quando invece voglia farsi questione di un'*analogia iuris*, deve supporre che il «ricorso al cod. civ.» continui a mostrare le fattezze di un medio insopprimibile¹³⁷. Nell'esperienza francese, notiamo, un siffatto periodare è la costante: il *novum* di marca europea non depotenzia né disgrega la funzione quadro di un diritto comune dei contratti perché il diritto dei consumi è *speciale* nel senso di particolare e non, detto alla Gentili maniera, all'insegna di un'*alterità*¹³⁸. In

¹³³ V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici* cit., 295 che discorre elegantemente di un art. 1469-*bis* quale norma improntata ad un «*self restraint*» e di un art. 38 cod. cons. istitutiva (per riflesso) di una specialità invocante la normativa codicistica «a supplenza dei propri limiti».

¹³⁴ V. E. MINERVINI, *Codice del consumo*, in *Dig. Disc. priv. Sez. civ. Agg.*, Torino 2007, 188.

¹³⁵ Cfr. G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio* cit., 356.

¹³⁶ Così G. ALPA, *ibidem*.

¹³⁷ V. N. IRTI, *L'età della decodificazione*⁴, Milano 1999, 38 s.

¹³⁸ A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti* cit., 1480.

quanto «provincia» del diritto generale dei contratti¹³⁹, la metafora accomuna le pagine di Pizzio e di Mazeaud¹⁴⁰, il contratto del consumatore non stilizza, questa è l'idea, un *diverso genere* di disciplina: non a caso l'art. 1105 *Code civil* recita indistintamente di *règles particulières*, codificando un rinvio il cui «objet ... extrêmement large» si mostra refrattario all'inserimento di un qualche distinguo in seno alla classe delle norme speciali¹⁴¹. Il tutto, è evidente, perché si continua a supporre che tra contratto ed atto di consumo corra, pur virando soggettivamente un criterio di qualificazione altrimenti legato al *type d'opération réalisée*¹⁴², lo stesso rapporto di specialità intercorrente tra il *contrat* ed i *contrats nommés*¹⁴³.

9. *La rinascita principalista della parte generale nel diritto delle Corti: la meritevolezza maneggiata da clausola generale*

Ci verrebbe da replicare che ogni specialità muove dalla precomprensione di una «omogeneità tra le fattispecie comparate»¹⁴⁴, quindi è dominata dalla suggestione/illusione di un'omogeneità del paradigma di contratto «che vi sta a base»¹⁴⁵. Ora, il diritto derivato nazionale decampa da questo archetipo perché, com'è risaputo, molto spesso non riproduce affatto lo spartito di un rapporto da *genus ad speciem* raffigurante le diverse tipologie contrattuali a guisa di «articolazioni e specificazioni di regole generali entro cui comunque

¹³⁹ Cfr. A. GENTILI, *ivi*, 1488.

¹⁴⁰ V., rispettivamente, J.P. PIZZIO, *Le droit de la consommation au l'aube du XXI^e siècle*, e D. MAZEAUD, *Droit commun du contrat et droit de la consommation*, Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Paris 2004, 897 s. e 697 s.

¹⁴¹ *Règles particulières*, si scrive, sta per «règles non codifiées, règles du Code civil ou de toute autre codification, par ex. ... le Code de la consommation»: così O. DESHAYES-T. GENICON-Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, *cit.*, 104.

¹⁴² Cfr. G. CHANTEPIE-M. LATINA, *La réforme du droit des obligations* *cit.*, 104.

¹⁴³ V. S. PIEDELIÈVRE, *Droit de la consommation*, Paris 2008, 20 ove l'immagine di un diritto settorizzato. *Adde*, in sede di riforma, Y. LEQUETTE, *La notion de contrat. Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2018, I, 562 e F. ANCEL-B. FAUVARQUE COSSON-J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris 2017, 88 s. Non a caso, nel Rapporto di presentazione dell'Ordonnance (10 febbraio 2016), si legge che «les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer ... avec certaines règles prévues par le Code civil pour régir les contrats spéciaux ou ... résultant d'autres codes tels que le Code de commerce ou le Code de la consommation».

¹⁴⁴ Così L. ROSSI CARLEO, *Il Codice del consumo: prime impressioni tra critiche e consensi*, in *Contr. impr. Eur.*, 2006, 35 s.

¹⁴⁵ Così R. ALESSI, *Contratti dei consumatori e disciplina generale del contratto dopo l'emana-zione del codice del consumo*, Il diritto civile oggi. Atti del I Convegno Nazionale S.I.S.D.I.C., Napoli 2006, 816.

le prime si integrano»¹⁴⁶. Pur mimando topograficamente lo schema dualistico generale/speciale del c.c., il cod. cons., com'è assodato, conia sì una seconda parte generale della contrattazione standardizzata (artt. 33-37, 48, 61, 63 e 65)¹⁴⁷, ma quella «speciale» che segue è una parte denotata secondo criteri ottimizzanti in realtà una *transtipicità* che, dominata com'è da una *trasversalità* connessa ora alla modalità di stipula (artt. 49-59), ora alla tipologia di beni o servizi commercializzati (artt. 67-*bis* ss., 69-81-*bis*), si lascia piuttosto riguardare come *modularmente variabile*. In ogni caso, financo fosse vero che il contratto *b2c* è «specie particolare di un genere comune»¹⁴⁸, residua un però che, come già ci è capitato di osservare altrove, va più seriamente compulsato.

Preso atto invero che i principi sono norme, può un principio operare alla stregua di una clausola generale? Se lo si dovesse ammettere, capiterà che si diano dei casi nei quali, già è capitato di segnalarlo altrove¹⁴⁹, le norme consumeristiche non passino per *più favorevoli* rispetto a quelle del Titolo II del Libro quarto, con il risultato così di avallare l'intuizione di Gentili di un art. 1469-*bis* quale luogo nel quale il concorso di norme si specchia non su di un'asettica (e ridondante) specialità quanto (e piuttosto) sulla «prevalenza del trattamento più favorevole, quale che ne sia la fonte»¹⁵⁰. È emblematica l'odierna vicenda del principio di meritevolezza, come si sa maneggiato dalla Cassazione nel senso di sentenziare l'inefficacia originaria di clausole (atipiche) figuranti in operazioni congegnate in modo tale da sbilanciare significativamente l'"equilibrio contrattuale", alterando così il sinallagma in favore dell'intermediario¹⁵¹. È di tutta evidenza infatti che un contratto di finanziamento, che si vuole deragliante dal disposto dell'art. 1322, comma 2, c.c. perché sottinteso non formalizza un interesse meritevole di tutela, *non ha bisogno*, sul piano rimediale, della stampella consumeristica di una nullità di protezione. A volerlo prendere sul serio, questo stiamo ripetendo, il recitativo che Cass. n. 19013/2017 mette in forma, è sufficiente a restituire l'immagine di un'esclusività dell'art. 1322, comma 2, c.c. quale

¹⁴⁶ Cfr. R. ALESSI, *ibidem*.

¹⁴⁷ V., in luogo di tanti, S. PATTI, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni cit.*, 556; P. SIRENA, *La dialettica parte generale -parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore cit., 496 e V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici cit.*, 292.

¹⁴⁸ Così A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti cit.*, 1480.

¹⁴⁹ S. PAGLIANTINI, *I nuovi luoghi di una parte generale del contratto e la Cattedrale dei contratti bancari cit.*, 259.

¹⁵⁰ Cfr. A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contr.*, 2006, 172. Ne riprende il pensiero A. MANIACI, *Clausola penale eccessiva: inefficacia o ridicibilità?*, in *Contr.*, 2005, 1113 s.

¹⁵¹ V. Cass. 30-9-2015, n. 19559; Cass. 10-11-2015, n. 22950; Cass. 15-2-2016, n. 2900; Cass. 29-2-2016, n. 3949, tutte riferite a mutui di lunga durata.

norma che si basta da sé nel caso sia supposto che il vizio inficiante il contratto di finanziamento sia *ratione causae*¹⁵². A nessuno, in effetti, potrebbe venire ragionevole pensare che una trasparenza sostanziale delle clausole possa *schermare* un'illegalità, reputata esistente a monte, deducibile, come la Cassazione motiva, da un'alterazione indebita delle condizioni di rischio dell'operazione. Il che, a tacer d'altro, pone però un problema: se il principio codicistico, che viene fatto operare da clausola generale, diventa una norma *più favorevole*, non risulta consequenziale riconoscere che la specialità *b2c* deraglia, subendo uno *sforacchiamento* capace di implementare il riespandersi, seppure in una versione *principialista*, delle norme che regolano i contratti (art. 1323 c.c.)¹⁵³? La domanda non è retorica: un principio codicistico che funge da clausola generale, in quanto regola *autosufficiente di maggior favore*, sgrana di suo, ed a chiare lettere, la trama di un diritto secondo che protegga *di meno*. Ora, è vero che nessuna meritevolezza *distingue*, aliena com'è da ogni specialità subiettiva, coll'utile risultato di approdare così ad una *norma comune* dei contratti civili e del mercato: ma è questa davvero la via per un ritorno ad Itaca?

10. *Riepilogo: il canone della «maggior tutela» come grimaldello introducente un secondo discontinuo tra c.c. e c. cons.?*

È il momento, allora, di ricapitolare. Nell'ordine:

- il diritto dei consumi, nell'esperienza franco-italiana, è un corpo espunto dal codice civile;
- ai due dispositivi di raccordo del sistema italiano (gli artt. 38 c. cons. e 1469-bis c.c.) il modello francese ha preferito la razionalizzazione di un unico precetto, sito nell'art. 1105, commi 2 e 3, testualmente improntato ad una regola (gemella) di specialità¹⁵⁴;
- un distinguo essenziale, se vogliamo, però c'è ed alberga nella circostanza che il diritto francese riformato, tutto rinserrato com'è sul contratto *b2c*

¹⁵² Sicché, in luogo di un'applicazione sinergica, come ipotizza A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti* cit., 1505, qui avremmo un bypass della disciplina consumeristica.

¹⁵³ V., incisivamente, P. PERLINGIERI, *Relazione introduttiva* cit., 540, allorché la disciplina generale imbastisce «una più incisiva tutela del contraente debole, la normativa speciale cede il passo a quella generale».

¹⁵⁴ V. O. DESHAYES-T. GENICON-Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats* cit., 300 s. Significativamente, nella nostra letteratura, P. SIRENA, *Verso una ricodificazione del diritto privato italiano?* cit., 1903, discorre di un «diritto italiano [nel quale la stessa] questione è affrontata dall'art. 1469-bis, [contemplante un bypass della] disciplina generale del contratto nella misura in cui ... sia derogata dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli ai consumatori».

come caso speciale del contratto in generale¹⁵⁵, *non conosce* ed in pari tempo *disconosce* in realtà quella regola di conflitto del maggior *favor* per il consumatore la quale, presa sul serio, possiede, com'è facile intuire, la virtù di riscrivere il volto del diritto dei consumi.

Tutto infatti sta ad intendersi: nella nostra esperienza, siccome le norme del c.c. non si applicano, *e quindi se ne contempla una deroga*, pure quando si diano delle altre norme della galassia consumeristica di maggior difesa, perché non pensare ad un combinato disposto degli artt. 38 e 1469-*bis* stilizzante la regola non di una *etero-integrazione* immediata del c. cons bensì solo quando sia fallito un procedimento di *auto-integrazione* trasformante in ancillare il c.c.? Tecnicamente, con un diritto dei consumi *smarcato* dal diritto comune, in quanto è presidiato al suo interno da *norme generali*, da un mono si passa ad un polisistema, *ergo* il discontinuo non è di maniera¹⁵⁶. Muovendo infatti dalla prospettiva di una pluralità di «baricentri ermeneutici»¹⁵⁷, si ritualizza, com'è intuitivo, una *residualità* del c.c. in quanto l'applicabilità diretta della parte generale del contratto viene qui *postposta* ad una produzione di norme dedotte dall'applicazione diretta o in via analogica, *ed in quanto di protezione*, di una o più delle disposizioni consumeristiche. Alle corti, avremmo una parte generale del contratto che, se l'arsenale consumeristico si basta quale *sistema premiale*¹⁵⁸, rimane esclusa in quanto declassata ad un complemento: un «*bouche-trous*», detto alla francese¹⁵⁹, operante quando la lacuna, non risultando dominata da una causa di consumo, si presta a venire governata da dispositivi paritari, nel senso di norme (non unilateralmente orientate) strutturalmente pertinenti.

Nella sua versione più attrezzata, questa idea effigia la legislazione consumeristica come una «disciplina transtipica comune, idonea a realizzare una vera e propria categoria generale»¹⁶⁰: il pernio è un art. 1469-*bis* che *gerarchizzerebbe* le norme giuridiche secondo una prospettiva funzionale premiante un *favor*

¹⁵⁵ E, quindi, «sottosistema di un sistema»: v. A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti* cit., 1480.

¹⁵⁶ Lo dice bene C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema* cit., 399 quando scrive di un diritto secondo che non fa «eccezione a regole generali nel senso dell'art. 14 preleggi ..., formula[ndo], all'opposto, altrettante regole generali».

¹⁵⁷ Cfr. F. ADDIS, *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto* cit., 876.

¹⁵⁸ Non a caso F. ADDIS, *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto* cit., 882 discorre di una legislazione consumeristica «in grado di generare, attraverso il procedimento analogico, regole idonee a colmare le eventuali lacune determinate da un'applicazione letterale del suo stesso dettato».

¹⁵⁹ Così F. GRUA, *Le Code civil, code residue?*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2005, 253.

¹⁶⁰ Così F. ADDIS, *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto* cit., 878. Adesivamente A. VENTURELLI, *Il diritto concorrente*, *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, a cura di G. VETTORI, Padova 2013, II, 1389 s.

consumatoris, eletto dall'ordinamento a principio generale, che è sciolto dalla «collocazione sistematica» della disposizione¹⁶¹. Le norme del c.c., in quanto assoggettate ad un test di maggior protezione, si troverebbero così ad operare in maniera *incipite, residualmente* o in *prima (e diretta) applicazione* secondo una *ratio* funzionale sganciata dalla precondizione di una *lacuna*¹⁶²: se infatti, come assevera l'art. 135, comma 1, le norme contenute negli artt. 128-134 c. cons «non escludono né limitano»¹⁶³, il ricorso al diritto comune può assurgere, *a seconda dei casi*, tanto ad un'elettiva variabile *extra ordinem* quanto ad un dispositivo completivo reagente ad una lacuna che non si mostra dimensionata su di una causa di consumo¹⁶⁴. Archiviato il primato di una parte generale in quanto *sedes* gerarchicamente sovraordinata, la disciplina del Titolo II si espanderebbe ove *funzionalmente sinergica*¹⁶⁵. Cioè se ed in quanto tutela *più efficace*.

Domanda: una parte generale del contratto *double face* in quanto strumentario di norme più favorevoli e al tempo stesso contenitore di principi generali dell'ordinamento¹⁶⁶? Se così fosse, tra *Code civil* e c.c., anziché una simmetria

¹⁶¹ Cfr. F. ADDIS, *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto* cit., 876.

¹⁶² V. G. PASSAGNOLI, *sub* artt. 36-38, Codice del consumo, Commentario, a cura di G. VETTORI, Padova 2007, 390. V., incisivamente, P. PERLINGIERI, *Relazione introduttiva* cit., 540, allorché la disciplina generale imbastisce «una più incisiva tutela del contraente debole, la normativa speciale cede il passo a quella generale».

¹⁶³ Tutto nasce, come non è superfluo ricordare, dalla circostanza che il disposto dell'art. 135, comma 1 c. cons. *non corrisponde*, in realtà sporgendo, alla lettera dell'art. 8 dir. 44/1999, una norma questa che si codifica una regola di armonizzazione minima (§ 2) ma da leggersi unitamente ad un § 1 ove la legittimazione del consumatore, ad agire a titolo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, resta impregiudicata quanto all'«esercizio di *altri* diritti». Non c'è dunque la previsione, nel corpo della direttiva 99/44, di una tutela che sia affidata a diritti appartenenti alla *stessa tipologia* dei rimedi armonizzati. L'inghippo, se così vogliamo definirlo, nasce perciò dal fatto che il recitativo *omnicomprensivo* dell'art. 135, comma 1, in quanto *indeterminatamente* vi si legge di «diritti ... attribuiti da altre norme dell'ordinamento giuridico», pare voler attribuire al consumatore uno standard protettivo più elevato, per tale intendendo quello che si comporrebbe di un *qualunque* diritto che sia previsto dalla normativa italiana vigente. Dunque non soltanto di rimedi *necessariamente* diversi, nel senso di estranei al *corpus* della direttiva.

¹⁶⁴ Come scrive F. ADDIS, *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto* cit., 882 «è del tutto legittimo ipotizzare che, accanto a quelli propriamente consumeristici» pure nell'area del c. cons. si diano, «accanto a quelli propriamente consumeristici», dei «conflitti di interessi paritari, cioè propriamente privatistici».

¹⁶⁵ V. A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti* cit., 1500 che discorre di una sinergia alla politica del diritto che governa il contratto del consumatore» (c.v.o nel testo).

¹⁶⁶ Nella succosa pagina di un'attenta dottrina troviamo adesso scritto che il consolidarsi del diritto europeo avrebbe innescato un processo di *consumerizzazione* della parte generale, col risultato di aggiornare verticalmente la disciplina «generale del contratto e dei principi su cui essa si fonda nel nostro ordinamento» (così R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto* cit., 778). Ora, sunteggiando al massimo il discorso, se l'evidenza della consumerizzazione è il luogo per es. degli obblighi di informazione precontrattuale quali additivi dell'art. 1337, *nulla quaestio*:

dovrebbe registrarsi una marcata discontinuità, in quanto un maggior *favor* valevole per *tutti* i conflitti fa sbiadire la specialità, trasformando il consumatore in un contraente che dispone di rimedi *in più*¹⁶⁷. Non a caso, nonostante il nuovo art. 1171 abbia duplicato la nozione di *déséquilibre significatif* nell'area di un *contrat d'adhésion*, l'interprete francese è scettico su di una *option* tra l'art. 1171 e l'art. 212-1 del *Code de la consommation*¹⁶⁸.

Beninteso, è un interrogativo che si pone ricorsivamente: *nulla quaestio*, come abbiamo ricordato altrove¹⁶⁹, che l'armonizzazione minima sia una tecnica modulabile secondo un doppio registro, *forte* «i rimedi di diritto comune rimangono applicabili nella misura in cui sono diversi da quelli di derivazione comunitaria» (artt. 38 e 142 c. cons.), e *debole* «i rimedi preesistenti dello stesso tipo di quelli armonizzati trovano applicazione secondo un regime di concorso elettivo». È solo nella prima versione, per altro, che può darsi per buona una logica di *autoriproduzione chiusa* «di una normativa di settore»¹⁷⁰. *Armonizzazione selettiva* è, da almeno due lustri, la felice formula stipulativa che mostra di prediligere Umberto Breccia¹⁷¹; e qui non si contesta affatto che, laddove esista una regola di diritto speciale, la fattispecie considerata sia disciplinata da questa¹⁷². È un fatto però che il problema stringente stia

è vero che l'obbligo di trasparenza contrattuale «può dirsi oggi quello che connota propriamente il comportamento di buona fede imposto alle parti nella fase precontrattuale» (*ibidem*). Ma se il discorso si proietta su altre evidenze consumeristiche, involgendo per intendersi il recesso di pentimento e la galassia delle nullità protettive, diventa ci sembra assai più difficile ragionare di una «trasformazione dei diritti interni all'insegna di una contaminazione tra modelli» (*ibidem*), con un discontinuo che rimane intatto. Insomma, ed alle corte, la circolarità tra diritto primo e diritto secondo ci sembra che segua una direttrice che, stipulativamente parlando, ha le fattezze di una consumerizzazione *selettiva* ovvero di una consumerizzazione a macchia di leopardo.

¹⁶⁷ V. T. DALLA MASSARA, *La «maggior tutela» del consumatore: ovvero del coordinamento tra codice civile e codice del consumo dopo l'attuazione della direttiva 2011/83/UE*, in *Contr. impr.*, 2016, 762. È chiaro, ma preferiamo esplicitarlo, che un argomentare di tal fatta prefigura un obbiettivo di massima responsabilità per il professionista, se è vero che allora avremmo una cumulabilità elettiva *unilateralmente orientata*, in quanto comprensiva dei *sol*i rimedi idonei a garantire il *massimizzarsi* della tutela consumeristica, con pretermissione dunque degli altri rimedi comuni che tale *surplus* protettivo non fossero invece idonei a produrre.

¹⁶⁸ V. M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le déséquilibre significatif dans le Code civil*, JCP, 2016, n. 14, n. 391 nonché O. DESHAYES-T. GENICON-Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats* cit., 303 e G. CHANTEPIE-M. LATINA, *La réforme du droit des obligations* cit., 366 s.

¹⁶⁹ V. S. PAGLIANTINI, *Armonizzazione ed il canone della «maggior tutela» per il consumatore: spigolature critiche (e chiarimenti) sulla cumulabilità elettiva dei rimedi*, G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino 2018, 123.

¹⁷⁰ Cfr. U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione* cit., 107.

¹⁷¹ U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione* cit., 52.

¹⁷² Il problema è se dovessimo ritenere, come suggerisce A. GENTILI, *Contratti del consu-*

nel chiedersi quale sia il rapporto corrente tra le due versioni citate: *ubi lex tacuit*, è regola la prima, donde un' *autosufficienza* o, nella prospettiva della «norma più adeguata a disciplinare il caso concreto»¹⁷³, è la seconda che fa da bussola? Se ne dovessimo fare una questione di *scopo dominante*¹⁷⁴, la *vis* autointegrativa della disciplina europea si verrà a sfilacciare, divenendo va da sé un accidente.

matore e diritto comune dei contratti cit., 1500, che «la riconducibilità al genere non cancella mai ciò che distingue la specie».

¹⁷³ Così P. PERLINGIERI, *Relazione introduttiva* cit., 540.

¹⁷⁴ Nel «suo nesso con beni primari di natura personale e collettiva»: così U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione* cit., 58.

ALBERTO MARIA BENEDETTI

LA FORMAZIONE DEL CONTRATTO NELLA PROSPETTIVA DI UNA RIFORMA

SOMMARIO: 1. Le disposizioni sulla formazione del contratto e la loro genesi. – 2. I punti di forza ... – 3. (*segue*) ... e di debolezza. – 4. Proposte di riforma. – 5. Conclusioni.

1. *Le disposizioni sulla formazione del contratto e la loro genesi*

Se si vuole indagare, com'è proponimento di questo convegno, sulla funzione delle disposizioni generali nella prospettiva di una possibile loro riforma, è necessario, a mio avviso, muovere dall'individuazione dei tratti essenziali delle norme riformande, nella loro dimensione statica – orientata a un inquadramento nell'ambiente codicistico in cui sono collocate – come in quella dinamica, valorizzata, cioè, al confronto con l'esperienza (dottrinale, giurisprudenziale, comparativa) successiva all'entrata in vigore del Codice.

Non si tratta di un'esposizione istituzionale qui, ovviamente, del tutto fuori contesto; si tratta, piuttosto, di un ragionamento che aspiri a individuare i punti di forza e i punti di debolezza delle disposizioni sulla formazione del contratto, indispensabile, a mio avviso, per abbozzare un costruttivo programma riformatore, scevro, per quanto possibile, dai pregiudizi o dalle preferenze di un osservatore che, lo dichiaro fin da subito, ha fin dalla più tenera età visto in queste disposizioni il segno tangibile di una qualità legislativa altissima, o, comunque, certamente migliore di quella che, oggi, il legislatore è in grado di esprimere (codificare, nel senso proprio del termine, è operazione lunga, difficile, costosa e culturalmente impegnativa, se non si vuole creare un codicino sempre da riformare, destinato, come i codici di settore, a precoci invecchiamenti; costi, direi, senza benefici).

Approssimando quel tanto che serve per il nostro discorso, le disposizioni oggetto del mio intervento (quelle raggruppate nella Sezione I del Capo II "*Dell'accordo delle parti*") possono dividersi in tre gruppi:

- i*) quelle procedimentali "pure" (che costruiscono i modi con cui gli atti prenegoziali, combinandosi tra loro, formano il contratto: artt. dal 1326 al 1336);
- ii*) quelle procedimentali "impure" (che dettano obblighi comportamentali da osservare nella fase che precede la conclusione del contratto: articoli 1337-1338);

iii) quelle dedicate alla contrattazione standardizzata (attratta all'area della formazione del contratto perché consistente in una procedura semplificata di conclusione del contratto, legata, come si legge nella Relazione al Codice civile, a una realtà economica che, allora come oggi, fa della rapidità il vero motore dell'economia: "*la rapida conclusione degli affari è condizione di un acceleramento del fenomeno produttivo*": Relazione al Codice civile, n. 612, 4° cpv.: artt. 1339-1342).

La storia di queste regole è piuttosto nota e dichiarata fin da subito dallo stesso legislatore; esse rinvergono il loro modello negli artt. 36 ss. del Codice di commercio, col noto tramite del Progetto italo-francese del 1927, i cui articoli 2 e 3 si ritrovano quasi immutati nel testo del Codice civile vigente; una "commercializzazione" (dichiarata) molto forte, che si rivela, oggi, utilissima per misurare la sopravvivenza di queste disposizioni in un contesto nel quale la dimensione della "generalità" sembra, e da lungo tempo, entrata in crisi profonda; e proprio in ragione degli enormi mutamenti del contesto economico e tecnologico in cui, oggi, le regole codicistiche si trovano ad operare. I modi di formazione (non tanto dei contratti quanto) degli affari, oggi, sono diversi da quelli cui guardava il legislatore del 1942, e, ancor prima, quello del 1882; non è detto, però, che questa diversità, la cui constatazione dovrebbe apparire quasi banale, porti con sé il bisogno di nuove norme.

Dipende, appunto, dalla qualità delle vecchie.

2. I punti di forza ...

Ciò premesso, vorrei muovere dall'analisi dei punti di forza. E ne individuo almeno sette.

1° punto di forza (con due specificazioni)

Le disposizioni sull'accordo delle parti offrono una sintesi – allora molto innovatrice – tra generalità e specialità, tra l'unità del fenomeno contrattuale e la pluralità (meglio la varietà) degli affari di cui esso costituisce veste giuridica.

1 accordo / + procedimenti.

E infatti:

a1. Si è voluto configurare un procedimento "generale" (art. 1326, comma 1) ponendolo accanto a procedimenti "speciali" (art. 1327, 1333), con l'aspirazione a coprire la formazione di tutti i possibili contratti;

a2. Si è voluto porre attenzione alla "*natura*" dell'affare, quale fattore in grado di orientare la scelta del migliore procedimento di formazione del contratto, o, almeno, di quello più aderente alle peculiarità del sostrato economico del contratto; il giudice sceglie *ex post* il procedimento più adatto all'affare che una parte dice diventato contratto e l'altra nega sia diventato un contratto.

2° punto di forza

Si è voluto costruire un modello storicamente coerente e dichiaratamente finalizzato, come ho già detto, a sostenere l'espansione economica; modello che, oltretutto, colmava la lacuna del *Code civil* francese allora vigente (privo di disposizioni sulla conclusione del contratto).

3° punto di forza

Si è voluto attrarre alla formazione del contratto la disciplina, molto discussa nel periodo precedente, della contrattazione standardizzata, fenomeno tipicamente commerciale del quale si fissavano, finalmente, le condizioni – appunto: procedurali – di legittimità e i limiti, sostanziali, di validità; si è correlativamente voluto tenere conto della specialità dell'offerta formulata dall'imprenditore, sancendone, ad esempio, la sopravvivenza alla morte del medesimo (art. 1330).

4° punto di forza

Si è voluto costruire una rete di regole del tutto aliene da dogmatismi e distanti da un'astratta protezione della volontà individuale, orientate, fortemente, alla protezione dell'affidamento sulla dichiarazione precontrattuale e sensibili ai problemi di prova legati alla dimensione processuale (basti pensare, ad esempio, all'innovativa presunzione di conoscenza posta all'art. 1335).

5° punto di forza

Si sono esaltate la proposta e l'accettazione, quali fattori unificanti della varietà procedimentale, denominatori comuni, si potrebbe affermare senza temere di sbagliare troppo, di tutte le discipline sulla formazione del contratto, in qualunque latitudine siano collocate.

6° punto di forza

La tipizzazione procedimentale non è stata concepita come rigida, bensì come attenuata; la direzione dei procedimenti di formazione – nei tempi, nelle forme, nell'attivazione degli schemi alternativi – è rimessa (anche) all'autonomia privata, segno ulteriore di sensibilità verso i diversi interessi cui si assegna rilevanza anche nella fase che precede la conclusione del contratto.

7° punto di forza

Si è voluto affidare alla buona fede il compito di indicare il parametro di valutazione del comportamento sostanziale dei protagonisti della fase precontrattuale, con ciò consentendo al giudice di apprezzare con grande libertà circostanze e situazioni che difficilmente si prestano a cristallizzazioni troppo rigide e che hanno garantito, nel tempo, la sopravvivenza del disegno codicistico al mutare continuo della prassi negoziale.

Si tratta di punti di forza che, a mio avviso, collocano il Codice civile italiano vigente in una posizione di sicura *originalità* nel contesto delle legislazioni civili; non si è copiato (come col Codice civile del 1865), ma si è sviluppato un modello autoctono; la sensibilità verso le esigenze del commercio (oggi direm-

mo del mercato) conferisce a questa disciplina quel tanto di attualità sufficiente a non farne constatare l'obsolescenza (come, invece, accade per altre parti del codice vigente); tra realtà e codice, qui, non c'è una lontananza insuperabile.

3. (segue) ... e di debolezza

Veniamo ai punti di debolezza. Ne individuo almeno quattro.

1° punto di debolezza.

Eccessivo sbilanciamento di poteri in favore del proponente; sia nella direzione dei procedimenti di formazione (1326, 1327), sia nell'interruzione (1328: lettura prevalente, nata da una formulazione consapevolmente troppo generica, consente al proponente di revocare la proposta spedendola prima della conclusione del contratto: regola da rivedere, divenuta irragionevole anche sotto il profilo comparatistico).

2° punto di debolezza, con cinque esempi e relative possibili soluzioni.

Le disposizioni talvolta appaiono, nella loro formulazione letterale, troppo generiche e indeterminate, con ciò tradendo al loro stesso scopo (che è quello di fissare regole certe sull'*an* del contratto).

Cinque esempi di eccessiva vaghezza, rimediabile con una correzione legislativa.

i. Art. 1326, comma 2: termine di efficacia della proposta quando non fissato dal proponente. Art. 1326, comma 4: effetti del mancato rispetto della forma per l'accettazione fissata dal proponente.

ii. Art. 1326, 5° comma: genericità della nozione di "non conformità" dell'accettazione, sulla quale, notoriamente, si fronteggiano idee diverse.

iii. Art. 1328: revoca della proposta come atto non recettizio (idea voluta consapevolmente dal Codice del 1882) e revoca dell'accettazione come atto recettizio. Inattualità.

iv. Art. 1329: effetti della mancata indicazione del termine di irrevocabilità.

v. Art. 1333: incertezza in ordine alla categoria del "contratto con obbligazioni del solo proponente"; non tanto sul suo inquadramento (è faccenda dottrinale), quanto sui suoi presupposti.

3° punto di debolezza

Un punto di forza che si converte in punto di debolezza.

La scelta del legislatore di regolare i contratti *standard* è apparsa, allora, come coraggiosa e originale. Le cose però, in quel mondo, sono cambiate in modo drastico.

Oggi la formazione del contratto non si può declinare nella sola prospettiva "generalista"; ed è proprio qui che si avverte la maggiore distanza non tanto della disciplina quanto della filosofia del Codice civile vigente rispetto all'evo-

luzione del diritto dei contratti, dagli anni ottanta fino ad oggi.

Nella prospettiva asimmetrica, la formazione del contratto è un percorso divenuto più “pesante” rispetto al tracciato codicistico: obblighi informativi, obblighi di forma-contenuto, conferme, avvisi di ricevimento, e, soprattutto, fattori interruttivi del tutto sconosciuti al codice civile e, per certi versi, ripugnanti la sua logica formale: alludo al recesso di pentimento, rimedio che, non a caso, si ritiene attratto all’area del procedimento di formazione del contratto, piuttosto che all’area dei suoi effetti.

Un quadro molto frastagliato, difficilmente sussumibile nel quadro codicistico.

4° punto di debolezza

Per quanto gli schemi formativi tipizzati nel codice civile siano aperti e flessibili, non sono in grado di afferrare nuovi fenomeni legati, soprattutto, all’espansione delle nuove tecnologie. Per quanto la dottrina si sforzi, talvolta con risultati pregevoli, di “inquadrare”, ad esempio, la conclusione dei contratti dell’*e-commerce* nelle categorie codicistiche, l’analisi disincantata del fenomeno conduce, a mio avviso, a un solo possibile esito: chi vende fa le regole procedurali, decide i percorsi da seguire per arrivare alla conclusione del contratto e, dunque, all’acquisto del bene o del servizio. Dilaga, ma qui potrei essere non del tutto neutrale nel mio giudizio, l’autonomia privata procedimentale, perfino in terreni su cui un tempo la tipicità soddisfaceva i bisogni degli operatori (penso, ad esempio, alla nota decisione delle Sezioni Unite sul preliminare di preliminare); sono quei “poteri configurativi” di cui parlava Salvatore Romano nel suo importantissimo volume sul procedimento.

Su questi aspetti il Codice offre, come ho già detto, spunti certamente interessanti, ma non è in grado di imbrigliare ciò che non è imbrigliabile, se non a costo di operazioni regolatrici nate già fallite o destinate ad essere superate dall’evoluzione rapidissima della prassi; e nemmeno so se una qualunque ricodificazione – per esempio simile a quella francese – potrebbe rivelarsi opportuna.

4. Proposte di riforma

In questo quadro, quale prospettiva riformatrice?

1. I punti di forza dell’attuale disciplina codicistica prevalgono sui punti di debolezza; ma questi ultimi sono molto “pesanti” perché implicano un ripensamento del ruolo stesso di norme di fonte legislativa rispetto a un contesto nel quale predomina l’autonomia privata.

2. Ciò precisato, credo che un diritto comune della formazione del contratto abbia ancora un senso, fosse anche solo per un ruolo direi “simbolico”, di cui dirò meglio tra poco.

3. E allora: si può lavorare su alcuni dei punti di debolezza dell'attuale disciplina codicistica (quelli, per esempio, legati alla vaghezza di alcune disposizioni); si può riflettere sull'utilità di un riordino delle discipline speciali, ora sparse nei vari codici di settore e nei testi unici (ma su questo nutro molte perplessità).

4. Sui punti di debolezza, posso prospettare, qui, alcune possibili soluzioni.

Sui primi tre punti di debolezza – legati a formulazioni generiche o ambigue delle disposizioni codicistiche – potrebbero prospettarsi riscritture così articolate:

Termine dell'accettazione:

Art. 1326, comma 2: L'accettazione deve giungere nel termine fissato dal proponente o entro XXX giorni dalla ricezione della proposta da parte dell'oblato.

Forma dell'accettazione:

Art. 1326, comma 4-bis: Il proponente può ritenere efficace un'accettazione priva della forma richiesta, purché ne dia immediatamente avviso all'altra parte.

Conformità dell'accettazione:

Art. 1326, comma 5: Un'accettazione non conforme alla proposta equivale a una nuova proposta, salvo che le variazioni contenute nell'accettazione riguardino elementi accessori, secondari o, comunque, non essenziali del contratto.

Revoca della proposta:

Art. 1328, comma 1: La proposta può essere revocata purché la revoca giunga a conoscenza dell'oblato prima che questi abbia spedito l'accettazione.

Termine dell'irrevocabilità:

Art. 1329, nuovo comma 3: Se manca il termine di irrevocabilità, la proposta si intende come revocabile ai sensi dell'art. 1328, comma 1.

Proposta con obbligazioni del solo proponente:

Art. 1333, nuovo 3° comma: La proposta con obbligazioni per il solo proponente non può comportare per l'oblato obblighi, oneri, pesi o carichi di qualunque natura, ivi compresi quelli di carattere tributario o fiscale.

Sul 4° punto di debolezza:

Inserimento nel codice una sezione I-bis del Capo II, Titolo II dedicata alla "conclusione dei contratti asimmetrici".

Sul 5° punto di debolezza:

Soluzione: inserire una Sezione I-ter, Capo II, Titolo II "formazione dei contratti telematici" con un'unica disposizione: "I contratti conclusi attraverso l'uso della rete Internet"

5. Conclusioni

Quel che, nel riformare, non bisogna dimenticare è che, e concludo:

i. Nel confronto con i più recenti codici civili, il nostro Codice – almeno per la parte di cui mi sono occupato qui oggi – ne esce largamente trionfante; alludo alla *Réforme du droit des obligations* francese. In Francia, il vuoto del *Code* del 1804 era, in materia di conclusione del contratto, meglio del pieno del Codice riformato; poche disposizioni, molto generiche, messe lì così, tanto per riempire, appunto, un vuoto che la giurisprudenza aveva saputo colmare in modo egregio. Utile piuttosto l'esperienza francese per la scelta di separare la disciplina delle trattive da quella dell'offerta e dell'accettazione, nonché per quella di inserire nel codice civile una disciplina particolare per i contratti conclusi per via elettronica.

ii. Di fronte alla complessità del tempo presente, il nostro atteggiamento, anche in una prospettiva riformatrice, non può essere quello di una rassegnata accettazione della frammentazione; una disciplina generale ha un senso anche "simbolico", quello che consiste nella volontà di riaffermare la capacità della ragione di spiegare i fenomeni, anche quelli più inafferrabili, con categorie ordinarie. Il Codice era la plastica rappresentazione di un'aspirazione all'ordine e, allora, vi furono giuristi in grado di realizzare questo disegno; oggi cerchiamo di non cadere nel tranello di una ricodificazione affrettata o modaiola, come se fossimo ancora in un contesto nel quale la fonte legislativa è il diritto. Non è più così da molte, moltissime lune.

GREGORIO GITTI

DALL'AUTONOMIA REGOLAMENTARE E AUTORITATIVA ALLA AUTOMAZIONE DELLA DECISIONE ROBOTICA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La decisione robotica negoziale. – 3. Il persistente interesse per la parte generale del diritto dei contratti. – 4. La conclusione di contratti mediante algoritmi su piattaforme digitali. – 5. Gli interventi delle autorità indipendenti tra regolazione ed autonomia. – 6. Le autorità indipendenti e la regolazione «autonoma» dell'automazione.

1. *Introduzione*

Una riflessione sulle norme generali in materia di contratti, specie in prospettiva di riforma, non può, a mio avviso, trascurare due fenomeni che, da punti di vista differenti, interessano profondamente le dinamiche attuali del traffico giuridico ed impongono di interrogarsi in merito alla validità ed alla persistente utilità di paradigmi classici del diritto civile.

Mi riferisco, da un lato, al ruolo sempre più pervasivo della regolazione dettata dalle autorità indipendenti ed al suo impatto sulla categoria dei contratti per l'appunto «regolati»¹. Dall'altro, al crescente utilizzo di tecniche informatiche di intelligenza artificiale non solo nell'esecuzione, ma anche nella formazione dei contratti e nella fase precontrattuale, finanche nella previsione di particolari modalità di cessazione *ex uno latere* del contratto stesso². Da questo punto di vista, ci si deve chiedere quali conseguenze abbia il fatto che rilevanti scelte, che da sempre sono affidate alla volontà umana (sulla quale si fonda gran parte della sistematica e dei concetti del diritto dei contratti), oggi possono essere demandate all'esecuzione di algoritmi da parte di una macchina. Sarà quindi necessario passare in rassegna i ruoli che la 'decisione robotica' è già, o potrà essere, chiamata a svolgere in ambito contrattuale, per capire se

¹ Cfr., da ultimo, C. FERRARI, *I contratti dei mercati regolati*, Torino, 2018.

² Il riferimento è alla delibera n. 783/2017 dell'Autorità di regolazione per l'energia, reti e ambiente (Arera), la quale prevede che, a partire dal mese di febbraio 2018, il recesso esercitato dal cliente finale di un rapporto di fornitura di energia elettrica, ove finalizzato al successivo *switching*, venga mediato dall'intervento di un *software*, il c.d. Sistema Informativo Integrato (SII).

le categorie e le norme generali con le quali abitualmente operiamo costituiscono ancora uno strumentario adeguato a comprendere, in primo luogo, ed a 'regolare' questi fenomeni.

La questione della *governance* delle novità tecnologiche e del loro impatto deve di necessità porsi quale *focus* primario della nostra riflessione. Da tempo la speculazione filosofica afferma che la tecnica è strumento neutro, ma che essa tende a rendersi fine, ad «agire» quale fine³.

Le immense opportunità che si dischiudono non devono farci dimenticare i rischi che esse, quasi ineluttabilmente, inglobano. Vengono subito alla mente due ordini di pericoli. Il primo deriva dall'ineliminabile fallibilità di qualsiasi tecnologia, e così anche delle più avanzate forme di intelligenza artificiale⁴. Il secondo può sorgere invece dall'uso che faremo (o che già stiamo facendo) di questi strumenti: non possono che far riflettere – ed a tratti anche preoccupare – le notizie secondo cui in Paesi come la Cina l'intelligenza artificiale è utilizzata anche per monitorare i comportamenti dei cittadini ed assumere decisioni che ne limitano la libertà⁵.

Un deciso cambio di registro nella riflessione tecnologica, giuridica ed anche etica è stato imposto dai sistemi di intelligenza artificiale basati sul *machine learning* e sul *deep learning*, ossia che non agiscono più secondo rigide istruzioni impartite dal programmatore, ma sono in grado di imparare autonomamente dal contesto reale in cui operano, adottando comportamenti sempre più imprevedibili ed «autonomi».

Questi problemi richiedono senza dubbio soluzioni sul piano politico ed etico oltre che tecnologico, alle quali il diritto non potrà che riferirsi come strumento ermeneutico. Tornando però al nostro campo di indagine più limitato (e per ora assai più rassicurante), quello della disciplina dei contratti, possiamo osservare che qualche risposta si può già trovare nella disciplina positiva o negli strumenti che essa già ora conosce. La comprensione del fenomeno della decisione robotica *negoziale* può avvenire in modo soddisfacente, a mio parere, per mezzo delle categorie tradizionali del diritto civile, con le quali esso si rivela in ultima analisi compatibile (almeno ai fini che oggi possono emergere, mentre è chiaro che il prossimo futuro potrà rivelare svolte che imporranno altri e decisivi cambi di paradigma). Proprio in questa prospettiva si devono indagare l'attuale importanza sistematica ed applicativa della disciplina generale del contratto e le sfide a cui essa è chiamata. Anche la questione della *governance* può trovare risposte immediate da parte di attori che già dispongono di competenze tecniche adeguate e svolgono il compito di governare fenomeni complessi con un impatto notevole

³ Con specifico riferimento all'ambito giuridico, cfr. N. IRTI-E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.

⁴ Non si tratterebbe solo di errori casuali, bensì anche di malfunzionamenti indotti da veri e propri attacchi esterni ad opera di terzi: cfr. blog.openai.com/adversarial-example-research.

⁵ Si vedano le considerazioni in chiave geopolitica di A. MAALOUF, *Le naufrage des civilisations*, Paris, 2019, trad. it. di A.M. Lorusso, Milano, 2019, 332 ss.

sul mercato ed i consumatori. Mi riferisco ovviamente alle autorità indipendenti. Per arrivare gradualmente al punto centrale di questa riflessione, nel quale si saldano i due temi posti dal titolo, dovrò prima tracciare un panorama delle applicazioni della decisione robotica negoziale e delle questioni che si pongono a riguardo, per poi inquadrare in sintesi il ruolo delle autorità indipendenti, sia in rapporto al quadro attuale delle fonti di disciplina del contratto, sia rispetto agli spazi di intervento che le nuove tecnologie aprono.

2. *La decisione robotica negoziale*

Per introdurre la questione, possiamo affermare che una decisione robotica sia una scelta determinata da una macchina sulla base di una serie di dati tratti dall'osservazione della realtà, alla luce di un modello contenente le relazioni tra gli oggetti osservati e nella direzione data da una c.d. «funzione obiettivo F» stabilita *a priori* in base ad una assunzione strategica⁶.

La decisione robotica, insomma, è una super-decisione, poiché avviene a séguito dello svolgimento di procedure che non sono percorribili dalla mente umana: il robot è dotato infatti di una capacità computazionale inarrivabile per le sinapsi del nostro cervello. Inoltre, il robot riesce a raccogliere, attraverso sensori sempre più miniaturizzati, concentrati e numerosi, una quantità e varietà di dati ben superiori alle *chance* offerte dai cinque sensi; ancora, il robot è in grado di organizzare e processare i dati raccolti e combinati, fornendo un *output* in tempi pressoché istantanei.

La decisione robotica (negoziale) conduce quindi, almeno teoricamente, alla decisione migliore possibile rispetto alla funzione obiettivo definita dall'«utilizzatore» della macchina, ossia, ad esempio, alla massimizzazione del guadagno o alla minimizzazione della perdita.

Come ho già scritto, l'impiego dei c.d. agenti *software* viene prospettato sia in fase di formazione del contratto, sia durante la sua esecuzione.

Quando l'esecuzione del contratto avviene automaticamente in base ad algoritmi, senza necessità né possibilità di intervento per le parti, si parla di *smart contract*. Il tema è già stato oggetto di numerose analisi e non pare qui il caso di soffermarvisi⁷, se non per ribadire che, finché l'intervento del robot è limitato

⁶ Cfr., A. CARCATERRA, «Machinae» autonome e decisione robotica, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione Robotica*, Bologna, 2018, 33 ss.

⁷ Si vedano in proposito, nella letteratura domestica più recente, i contributi di M. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti – Smart Contracts and Contract Law*, Bologna, 2021, ID., *Smart Contracts e discipline in tema di contratto*, in ODCC, 2020, II, 375 ss.; A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, Padova, 2021, 411 ss.; G. REMOTTI, *Blockchain smart contract: primo inquadramento e prospettive d'indagine (commento all'art. 8 ter D.L. 14 dicembre 2018, n. 135)*, in ODCC, 2020, I, 189

alla fase esecutiva, questo non sembra mutare in modo radicale i termini della questione e non impone rilevanti cambiamenti di paradigma. L'automazione della fase esecutiva non fa venir meno il ruolo delle parti (l'*input* soggettivo, si potrebbe dire), che viene soltanto concentrato nel momento della formazione dell'accordo, ove persino si riesce ancora a distinguere la proposta dall'accettazione nella natura dell'affare nel senso tradizionale del termine, o comunque secondo la ben familiare dinamica dell'art. 1327 c.c.⁸.

Un ruolo per la decisione robotica nell'esecuzione del contratto potrebbe residuare nelle ipotesi in cui le parti non abbiano compiutamente definito ogni aspetto del programma negoziale, ma abbiano lasciato spazio per una successiva integrazione del contratto ad opera della macchina. Nella misura in cui questa attività integrativa meccanica non sia del tutto dipendente da direttive già impartite dai contraenti e, al contrario, richieda un'effettiva determinazione in base a valutazioni discrezionali o comunque *a priori* incerte, si può a mio avviso istituire un raccordo con la fattispecie regolata dall'art. 1349 c.c., di determinazione dell'oggetto del contratto rimessa ad un terzo, con la differenza che la relativa decisione determinativa non sarà assunta da un uomo (al quale soltanto, all'evidenza, possono riferirsi nozioni quali «mero arbitrio» e «mala fede») ma per l'appunto da una macchina⁹.

ss.; A.U. JANSSEN-F.P. PATTI, *Demistificare gli smart contracts*, in ODCC, 2020, 31 ss.; M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su Blockchain e smart contracts (oltre le criptovalute)*, in *Contr. impr.*, 2019, 941 ss.; E. BATELLI-E.M. INCUTTI, *Gli «smart contracts» nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione*, in *Contr. e impr.*, 2019, 925 ss.; F. DELFINI, *Blockchain, Smart Contracts e innovazione tecnologica: l'informatica e il diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, 176; R. PARDOLESI-A. DAVOLA, *«Smart contracts»: lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchesia*, in *F. it.*, 2019, 195 ss.; G. Lemme, *Gli smart contracts e le tre leggi della robotica*, in *AGE*, 2019, I, 129 ss.; F. DI CIOMMO, *Smart contracts e (non-) diritto. Il caso dei mercati finanziari*, in *Nuovo dir.*, 2019, 257 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 441 ss.; I.A. CAGGIANO, *Il Contratto nel mondo digitale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 1152 ss.; M.L. PERUGINI, *Distributed Ledger Technologies e sistemi di Blockchain. Digital Currency, Smart Contract e altre applicazioni*, Milano, 2018; P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smartcontract*, *ivi*, 2017, II, 107 ss.; D. DI SABATO, *Gli smartcontracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, 378 ss.; V. PASQUINO, *Smart Contracts: caratteristiche, vantaggi e problematiche*, in *Diritto & Processo*, 2017, 240; P. CUCCURU, *Blockchain e automazione contrattuale. Riflessioni sullo smart contract*, in *NGCC*, 2017, II, 111; L. PIATTI, *Dal Codice Civile al codice binario: blockchain e smart contracts*, in *Cyberspazio e diritto*, 2016, 325-344. Particolarmente ricca è la letteratura americana, anche se non sempre di interesse giuridico: v., *ex multis*, M. RASKIN, *The Law and Legality of Smart Contracts*, in *Georgetown L. J.*, 305, 2017, 305 ss.; K. WERBACH-N.CORNELL, *Contracts ex machina*, in *Duke Law Journal*, 2017, 120; A. SAVELYEV, *Contract Law 2.0: «Smart» Contracts As the Beginning of the End of Classic Contract Law*, in *Higher School of Economics Research*, Paper n. WP BRP 71/LAW/2016 (ssrn.com/abstract=2885241).

⁸ A. SAVELYEV, *op. cit.*, 11. Secondo M. RASKIN, *op. cit.*, 322, «*in the realm of smart contracts, unlike traditional contracts, acceptance comes through performance*».

⁹ Per intenderci, una determinazione meccanica, ma per nulla discrezionale, è quella che

Di maggiore interesse per questa riflessione è senz'altro la fase di formazione del vincolo negoziale. Le più rilevanti peculiarità, dal punto di vista giuridico, sembrano potersi rintracciare nel caso di intervento della decisione robotica prima o durante la conclusione del contratto. Mentre, infatti, è consueto che la fase esecutiva sia procedimentalizzata e regolata in base ad automatismi, in genere, nella fase delle trattative, la determinazione di volontà individuale/umana è ancora, per così dire, protagonista e sovrana, in quanto interviene per impostare e definire i contenuti del contratto. La caratteristica della decisione robotica, in luogo della decisione umana, consiste nella circostanza per cui le scelte rilevanti – dall'identità della controparte, alla selezione e descrizione dell'oggetto e del tipo, alla individuazione dei termini e delle condizioni del rapporto, financo alla scelta se concludere o meno il contratto – vengono fatte interamente dipendere dal risultato dell'esecuzione di un algoritmo, il quale a sua volta, in base a molteplici parametri, restituirà un esito in definitiva, come si è già osservato, non del tutto prevedibile dalla parte «umana».

3. *Il persistente interesse per la parte generale del diritto dei contratti*

Se queste sono solo alcune delle possibilità di impiego della decisione robotica in ambito negoziale, emerge già con chiarezza che l'analisi dei problemi giuridici, che esse sollevano, non può fare a meno di continui riferimenti alle categorie mediante le quali siamo avvezzi a leggere le vicende dei rapporti contrattuali.

Seppur concepite sulla base di assunti teorici che fanno per lo più riferimento alla *volontà* dei soggetti di diritto quale elemento fondante dell'architettura concettuale e quale giustificazione di molte delle scelte di disciplina, le disposizioni dedicate dal codice civile ai «Contratti in generale» (così la rubrica del Titolo II del Libro IV del codice) costituiscono un punto di riferimento ineliminabile anche per i problemi che qui ci occupano. Questo è vero, sebbene spesso il loro significato normativo debba essere ricavato per traslato attraverso connessioni che possono per lo meno apparire ardite e che mettono in luce tutta la valenza *metaforica* dei concetti giuridici¹⁰. Quando il contratto è concluso mediante emissione di un testo quale *output* di una sequenza algoritmica (più o meno complessa), concetti quali «dichiarazione», «accordo», «conoscenza», «errore» e via dicendo non possono più essere intesi nel loro senso proprio.

già ora si verifica nel mercato degli strumenti finanziari derivati, dove il valore viene stabilito in base a formule e parametri matematici preimpostati in occasione della strutturazione dello stesso strumento e misurati di volta in volta, in concomitanza con i momenti salienti della vigenza del contratto derivato (vendita dello strumento ossia della posizione contrattuale corrispondente; regolamento per differenziali).

¹⁰ Sul tema v., in generale, F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, 2010.

Semplicemente, per l'osservatore umano (e per l'analista giuridico) è istintivo e più semplice prendere atto che in questa situazione è 'come se fosse' in atto una normale sequenza di conclusione di un contratto tra due soggetti umani¹¹.

In fondo, lo stesso sintagma 'decisione robotica' non contiene altro che una metafora, dalla quale siamo influenzati nel cercare di vedere antropomorficamente l'esito di un processo algoritmico quale frutto di una 'volontà'. Quest'ultima è, se vogliamo, la metafora fondamentale che ci guida all'applicazione spesso audace delle norme codicistiche alla nuova realtà cibernetica. Metafora certamente feconda, in quanto ci consente di affrontare un rilevante mutamento tecnologico con gli strumenti già in nostro possesso, ma della quale non si deve dimenticare la reale natura: 'assimilazione' e non reale identità. In ogni caso, quindi, sarà necessario vagliare accuratamente la reale compatibilità della disciplina con la specifica situazione da regolare.

Quanto sto dicendo trova efficace esempio proprio in tema di conclusione del contratto, nel caso in cui la parte scelga di affidare la formazione e l'espressione della volontà ad un agente *software* (espressione, com'è evidente, anch'essa metaforica). Ci si dovrà chiedere in questo caso a quale fattispecie astratta ricondurre la situazione e quale tipo di disciplina darle. Per quanto appena detto, la soluzione più immediata viene dall'applicazione di una norma della parte generale sul contratto, a cui giungere attraverso l'equiparazione tra l'esecuzione dell'algoritmo di intelligenza artificiale e l'operare della volontà di un soggetto umano.

Una posizione, per così dire, estrema porterebbe ad affermare che, in fondo, poiché la decisione robotica si svolge secondo procedimenti deterministici, la volontà dell'utente si è già completamente espressa al momento della scelta di utilizzare la macchina e all'atto della configurazione dei parametri che governano il suo funzionamento. L'agente *software* sarebbe, quindi, nulla più che un mero *nuncius*.

A questa visione potrebbe obiettarsi la circostanza per cui – nonostante che l'esito dipenda da un processo deterministico in cui nulla è lasciato al caso – dal punto di vista dell'osservatore umano la decisione robotica conserverebbe comunque embrioni di discrezionalità, nel senso che il suo esito non verrebbe interamente predeterminato da una scelta posta a monte, e questo risultato si otterrebbe a maggior ragione se l'algoritmo si basasse su un processo di *machine learning*¹². Di più, nella prospettiva degli effetti, alla parte che conclude il contratto mediante l'agente *software* potrebbe persino ipotizzarsi l'applicazione della disciplina della rappresentanza: è 'come se' la veste di rappresentante fosse indossata da un dispositivo robotico a cui un soggetto delega una scelta da assumere 'discrezionalmente' in base a limiti dallo stesso definiti con maglie più o meno larghe.

In ogni caso, comunque, questo ragionamento viene ispirato e guidato da

¹¹ In senso simile, a proposito della firma elettronica, cfr. G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, cit., 450 ss.

¹² Cfr. G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 455 ss.

categorie e norme di parte generale. Dal punto di vista della tutela, il problema da porsi è se, e in quale modo, la volontà dell'utente entri in gioco nella formazione del contratto, ossia se essa scompaia del tutto o semplicemente muti il proprio ruolo. Conseguentemente, si dovranno individuare, se ancora necessarie, le strategie più opportune per tutelare la libertà residua dell'utente-consumatore. Indipendentemente dalla risposta concreta, è evidente che il ruolo della volontà umana non si eclissa del tutto ma semplicemente arretra ad una fase antecedente, ossia ad un primo, se non primissimo, stadio delle trattative, nel quale vi è comunque una radice nella decisione umana di servirsi dell'agente *software*. La tutela dell'autonomia del soggetto dovrà quindi concentrarsi su questa fase, come si vedrà di seguito.

4. *La conclusione di contratti mediante algoritmi su piattaforme digitali*

Una conferma della perdurante necessità di un *corpus* di norme di parte generale emerge se si passa a considerare che uno dei contesti in cui più frequentemente viene in gioco la decisione robotica negoziale è quello della contrattazione di massa tramite piattaforme informatiche.

In questa prospettiva, l'ipotesi di un intervento del robot nella fase pre-contrattuale e genetica dell'accordo muove questioni di un certo interesse, dato che, versandosi nell'ambito delle relazioni tra professionista e consumatore/risparmiatore/cliente *retail*, si impone una verifica dell'impatto di questa eventualità sulle istanze di tutela della parte debole che l'ordinamento considera preponderanti. Un agente *software*, infatti, può avere a disposizione un patrimonio di informazioni potenzialmente sterminato ed essere in grado di compiere valutazioni molto complesse in modo quasi istantaneo. Questa verità tecnologica, di per sé, è però del tutto neutra e può rivelarsi sia molto utile sia molto pericolosa per il consumatore, nelle sue varie declinazioni.

Lo scenario probabilmente più frequente implica che il consumatore acceda ad una piattaforma informatica ed entri qui in contatto con una controparte professionale, selezionata secondo modalità guidate da una decisione robotica. L'agente *software* che sceglie i soggetti da far dialogare può essere nella disponibilità del gestore della piattaforma oppure della controparte. In ogni caso, esso può essere utilizzato per guidare il consumatore ad una scelta ottimale in base ai suoi obiettivi e preferenze, ma anche per indurlo a concludere un contratto in maniera decettiva.

Quando il consumatore entra in contatto diretto con un agente *software* capace di influenzare meccanicamente l'andamento delle trattative e la conclusione del contratto, la potenziale sproporzione di potere contrattuale e le connesse istanze di tutela sembrano acuirsi. Al contrario, l'agente *software* può anche porsi, *rectius*, essere programmato, secondo l'interesse del consumatore,

in funzione di guidarne le scelte o comunque di agevolarlo nella conclusione di contratti tramite piattaforme informatiche. In questo caso, la macchina può intervenire per ridurre gli svantaggi informativi, riequilibrando di conseguenza la posizione delle parti. È ciò che accade, ad esempio, nel caso di utilizzo dei cosiddetti *sniper, software* che assistono l'utente nella collocazione di offerte alle aste della piattaforma *eBay*. Si ipotizza che questi sistemi possano persino moltiplicare il potere contrattuale per i consumatori, consentendo loro di negoziare in maniera specifica e puntuale le condizioni dello scambio, in una sorta di trattativa condotta tra agenti *software* delle parti contrapposte¹³.

Laddove queste innovazioni tecnologiche *pro* utente prendessero realmente piede, le ragioni che fondano la disciplina speciale di favore a tutela del consumatore sfumerebbero, quanto meno nell'ambito della negoziazione tramite piattaforme informatiche con l'utilizzo di agenti *software* da ambo le parti. Ecco, quindi, che queste negoziazioni – tra parti parimenti 'automatizzate' – troverebbero esclusiva disciplina nella parte generale del contratto, la quale riacquisirebbe centralità, proprio in quanto fondata sul presupposto della parità dei contraenti e tendenzialmente indifferente alle qualificazioni soggettive. Va da sé che, trattandosi di decisioni assunte in via cibernetica, le norme da privilegiare, perché 'compatibili' con l'impiego delle tecnologie evocate, saranno in linea di principio quelle che considerano gli aspetti oggettivi della vicenda negoziale, più che quelle legate alla tutela della 'volontà'.

Nell'ambito, in particolare, delle piattaforme *web*, è già oggi la prassi che la scelta dell'utente sia guidata o assistita da un algoritmo di intelligenza artificiale. Non è detto però, come già ho scritto, che questo si traduca in un vantaggio per l'utente. Decisivo, insomma, è l'aspetto della 'disponibilità' della macchina – ossia l'individuazione della parte (o del terzo) che al fine trae beneficio dal ricorso alla decisione robotica – e del grado di 'autonomia automatica' che a questa è delegato: la funzione obiettivo seguita dall'agente *software* ha per oggetto la massimizzazione dell'utilità per il cliente o (più o meno celatamente) per la controparte imprenditoriale?

È questo uno dei punti cruciali di tutto il discorso ed è proprio a questo proposito che deve a mio parere valorizzarsi il ruolo delle autorità indipendenti.

¹³ «*Smart contracts allow using electronic agents for conclusion of the agreement, and potentially they may be programmed in a way allowing them to search favorable terms and even negotiate them within the established boundaries. For example, so-called "snipers" in eBay online auctions allow to select offers based on certain criteria as well as place offers on behalf of the user with a certain parameter. It is argued that in nearest future smart contracts will allow consumers to conclude contracts based on terms, pre-established by them, e.g. on certain pricing terms, warranties, absence of monitoring individual's behaviour online, etc.*». (così A. SAVELYEV, *op. cit.*, 20).

Nella letteratura italiana, è da leggere l'analisi sistematica della contrattualistica della piattaforma *Ebay* svolta da C. PERLINGIERI, *Il contratto concluso con eBay e le vendite all'asta online business to consumer: la disciplina applicabile*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 4, 1394 ss., in part. 1413, secondo cui in generale «la mancata conoscenza del ruolo che svolgono gli algoritmi, spesso modificati a discrezione e all'insaputa degli utenti, non assicura una consapevole contrattazione».

5. *Gli interventi delle autorità indipendenti tra regolazione ed autonomia*

In questo processo di progressiva riforma (o adeguamento) della disciplina di parte generale e speciale del diritto dei contratti, dovranno avere un ruolo centrale le autorità indipendenti, le quali sono già oggi chiamate a regolare alcuni dei mercati nei quali la decisione robotica è impiegata.

L'esempio più rilevante è quello dei mercati finanziari regolamentati, ove gli scambi avvengono per mezzo di abbinamenti automatici ad opera del sistema, mediante algoritmi, tra i singoli ordini inseriti dagli utenti (c.d. mercato telematico). Si concludono così contratti che trovano una disciplina di cornice nel 'regolamento' del mercato, predisposto dalla società (privata) di gestione e avente natura di atto unilaterale contenente condizioni generali di contratto, finalizzato a disciplinare tutte le relazioni tra operatori e gestore del mercato stesso. Il regolamento del mercato adottato dalla società di gestione, allora, si configura esattamente nei termini di un contratto regolamentare, in quanto è volto a disciplinare successivi contratti – aventi ad oggetto la compravendita dei prodotti ammessi alla negoziazione sul medesimo mercato – intercorrenti tra operatori «abbinati» in automatico dal sistema, i quali – per il fatto stesso di aver potuto presentare ordini di acquisto/vendita – si presuppone abbiano entrambi aderito alle norme che costituiscono il 'regolamento' stesso¹⁴.

Rispetto a questo contratto regolamentare – tale dal punto di vista non solo sostanziale, ma pure formale, in quanto interviene da parte di un ente di diritto privato (la società di gestione) nei confronti di soggetti egualmente privati e professionali (gli intermediari ammessi al mercato) – la regolazione di fonte autoritativa si innesta ad un livello ulteriore¹⁵.

Segnatamente, l'autorità di vigilanza competente è chiamata, in sede di autorizzazione all'esercizio dell'attività di gestione e organizzazione di mercati regolamentati, a verificare che il «regolamento del mercato [sia] conforme alla disciplina dell'Unione europea e idoneo ad assicurare la trasparenza del mercato, l'ordinato svolgimento delle negoziazioni e la tutela degli investitori», nonché, *post* fase autorizzativa, ad «approva[re] le modificazioni al regolamento del mercato regolamentato» (come recita l'art. 64 *quater*, comma 3, lett. *b*), e comma sesto del t.u. della Finanza).

Parallelamente a questo intervento puntuale, su un singolo atto negoziale, il compito di regolamentazione dei mercati è assolto dalle autorità indipendenti facendo uso della propria autonomia, per «regolare», ai sensi dell'art. 1321 c.c.,

¹⁴ C. FERRARI, *I contratti dei mercati regolati*, cit., 64 ss.

¹⁵ Cfr. in generale G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, 180 ss.; F. ADDIS, *La produzione di clausole d'uso e la loro efficacia nei settori di mercato sottoposti al controllo di autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. Metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006, 109 ss.; C. FERRARI, *op. cit.*, 59 ss.

in via generale i rapporti giuridici patrimoniali tra i soggetti che operano nel mercato¹⁶. Si parla dunque, a questo proposito, di «autonomia regolamentare» o «autoritativa» per indicare l'efficacia propria degli atti delle autorità, che, in quanto idonei ad incidere, in modo del tutto peculiare rispetto a quello della legge ordinaria, su contratti sorti tra soggetti terzi, sono stati ricondotti alla categoria dei «contratti regolamentari»¹⁷.

La peculiarità sta nel fatto che i provvedimenti delle autorità indipendenti in quanto «convenuti» con gli operatori di settore integrano il contenuto dei contratti regolati ai sensi dell'art. 1340 c.c. in qualità di fonti di clausole d'uso senza che possa operare in questo caso l'art. 1339 c.c.¹⁸.

Regolamenti di questo genere, che dunque possono essere meglio qualificati col riferimento allo strumento contrattuale di matrice privatistica, piuttosto che con paradigmi di diritto pubblico, si collocano ad un diverso livello di normatività, concorrente con la legge ordinaria, dal momento che la disciplina dettata dalle autorità indipendenti, di necessità parziale e settoriale, non può violare gli istituti e le direttive fondamentali del diritto dei contratti contenute nella «parte generale» del codice civile¹⁹, ma possono certamente derogare le norme dispositive che compongono la «parte speciale» della disciplina dei contratti.

6. *Le autorità indipendenti e la regolazione «autonoma» dell'automazione*

Risulta ormai chiaro, in base a queste riflessioni, che l'intervento della macchina nel processo di esecuzione del regolamento contrattuale, ma soprattutto nella sua negoziazione, genesi e definizione, merita certo di essere considerato dalla disciplina dei contratti²⁰. Un'applicazione 'compatibile' della disciplina di parte generale del contratto, se è senz'altro utile a governare una fase transitoria come l'attuale, in mancanza di una disciplina *ad hoc*, potrebbe non essere sufficiente a cogliere le peculiarità e le potenzialità, in termini di «efficienza» del mercato, veicolate dalla decisione robotica.

Non credo tuttavia che il livello privilegiato di intervento debba essere per forza individuato nella fonte primaria – e in particolare in qualche novella al

¹⁶ C. FERRARI, *op. cit.*, 11 ss.

¹⁷ Cfr. su questa figura G. GITTI, *op. cit.*, 57 ss.; C. FERRARI, *op. cit.*, 12 s. e 186 ss.

¹⁸ C. FERRARI, *op. cit.*, 66 ss.

¹⁹ C. FERRARI, *op. cit.*, 83 ss.

²⁰ Come del resto ha dichiarato il Parlamento europeo, con la Risoluzione del 16 febbraio 2017 recante «Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica» (2015/2103(INL)), prendendo in considerazione, però, soprattutto il versante della responsabilità civile per danni causati dal robot.

Libro IV del codice civile – per almeno una duplice ragione. La prima, di cui si è già scritto, riguarda la circostanza per cui l'utilizzo della macchina non ha valenza neutra, ma dipende da chi lo effettua (solo una parte contraente oppure entrambe oppure, anche, un terzo che mette a disposizione una infrastruttura negoziale). La seconda, quasi scontata, evidenzia la rapida evoluzione, e dunque la veloce obsolescenza, delle soluzioni tecnico-informatiche, le quali costituiscono un *prius* (e non un *posterius*) della dinamica di stipulazione del contratto che su esse si innesta²¹.

Il compito di disciplinare la decisione robotica e le conseguenze, in termini negoziali, che ne scaturiscono può essere certamente affidato, in maniera più agevole, alle autorità indipendenti chiamate a presidiare i principali settori di mercato (bancario, finanziario ed energetico, soprattutto) in cui l'uso della macchina genera maggiori interrogativi, proporzionali all'entità delle «masse» gestite e del valore economico degli accordi conclusi.

Un primo esempio di regolazione autoritativa mediata dagli agenti *software* è, per vero, sin d'ora tangibile nel mercato dell'energia elettrica, ed è riferibile alla gestione centralizzata di alcuni segmenti del procedimento di *switching* del fornitore da parte del cliente finale. In particolare, la delibera n. 783/2017 dell'autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (Arera), perseguendo evidenti finalità pro-concorrenziali, ha disciplinato il recesso dal contratto di fornitura di energia elettrica in modo differente a seconda che il rimedio sia finalizzato o meno alla nascita di un successivo rapporto negoziale. In caso di risposta affermativa, il recesso viene infatti esercitato²² «mediante l'invio della richiesta di *switching* al SII da parte dell'utente del dispacciamento entrante»²³, e sarà poi lo stesso SII, cioè il software denominato «Sistema Informativo Integrato», a notificare (perfezionando il requisito civilistico della recettività), entro il successivo giorno lavorativo, il recesso al «venditore uscente», ma soltanto «in caso di esito positivo della richiesta di *switching*»²⁴, il che dipende da una valutazione del software circa la sussistenza di alcuni requisiti²⁵.

²¹ Il 9 dicembre 2015, nell'ambito della «Strategia per il mercato unico digitale in Europa», la Commissione ha adottato due proposte di direttive relative, rispettivamente, a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale (n. 15251/15) e a determinati aspetti dei contratti di vendita *online* e di altri tipi di vendita a distanza di beni (n. 15252/15). Allo stato, entrambe le proposte sono ancora in discussione, anzi in fase di negoziato: come è dichiarato nella nota della Presidenza del Consiglio dell'Unione Europea del 24 maggio 2018, le principali questioni politiche «in sospenso» riguardano il trattamento di beni con contenuto digitale incorporato e i termini, in particolare del livello di armonizzazione del periodo di garanzia legale e la durata del termine per l'inversione dell'onere della prova.

²² Non da parte del cliente finale, bensì del venditore entrante – futura controparte negoziale dello stesso – al quale egli ha rilasciato espressa ed apposita procura a recedere in nome e per conto proprio (secondo lo schema tipico dei mercati delle comunicazioni elettroniche).

²³ Art. 3.3, all. A1, delibera Arera n. 783/2017.

²⁴ Art. 4, all. A1, delibera Arera n. 783/2017.

²⁵ Tra i quali che il POD (il punto di prelievo) sia attivo e che la richiesta sia pervenuta

Senza evocare, in questa sede, l'amplessimo dibattito – fervente soprattutto presso i cultori del diritto pubblico – sulla natura dei poteri normativi concessi alle autorità indipendenti e sul loro rapporto con il principio della riserva di legge²⁶, mi preme solo sottolineare come i tempi di «reazione» di tali organismi, per definizione muniti di competenze tecniche settoriali, si rivelerebbero certamente più adeguati rispetto alla farraginosità della «macchina» (qui intesa in tutt'altro senso!) parlamentare e financo, oramai, ai ritmi di espletamento delle deleghe all'esecutivo.

Ma, ancora, un simile approccio di politica normativa non è mio avviso sufficiente. Anche a tacer del fatto che non tutti i settori merceologici in cui potrebbe dispiegarsi la tecnologia robotica sono presidiati da autorità indipendenti, le disposizioni di fonte autoritativa (e, approssimativamente, secondaria) non riuscirebbero comunque a tener conto delle specificità di funzionamento di ciascuna piattaforma informatica, le quali infrastrutture, lungi dall'essere confinate a dettaglio tecnico, influenzano e determinano con una infinità di varianti la procedura di conclusione, la struttura, i contenuti, l'esecuzione e – come visto – anche le modalità di cessazione dei contratti. Mi sovviene allora la possibilità che siano proprio le tecniche dell'autonomia privata a supplire alle caratteristiche di generalità e astrattezza, immanenti alle tecniche di normazione di stampo autoritativo. È lo stesso regolamento della piattaforma, fonte privata alla quale già ora è deputata la regolazione del funzionamento del mercato che tramite essa opera, che dovrebbe svolgere anche il compito ulteriore di dettare la disciplina più idonea al funzionamento dei meccanismi di decisione robotica che si affacciano alla medesima piattaforma.

Il modello di disciplina proposto lascerebbe dunque alla fonte autoritativa il potere di regolare, se non addirittura di 'amministrare', il contratto, di per sé regolamentare, predisposto dal gestore della piattaforma e da questi sottoposto all'adesione dei singoli operatori/utenti in sede di ammissione alla specifica *trading venue*. In definitiva, soltanto il contratto regolamentare, predisposto *ad hoc* dal gestore, sarebbe in grado – sempre nella cornice delle norme generali – di tener conto delle peculiarità tecniche di funzionamento della singola piattaforma.

Le autorità indipendenti sarebbero tuttavia garanti del controllo pubblico sull'idoneità, la trasparenza e l'efficienza non solo dei mercati e delle piattaforme su cui avvengono le contrattazioni, bensì anche dei meccanismi automatizzati di decisione robotica che, intervenendo a vario titolo nel momento della conclusione degli scambi o prima di esso, influenzano in maniera decisiva gli esiti

entro i termini previsti. È pertanto evidente che il SII appare configurato, per lo meno a livello formale, come un soggetto terzo ed autonomo, inquadrabile non tanto come un mero *nuncius*, quanto piuttosto come un vero e proprio rappresentante, in grado di reperire autonomamente determinate informazioni, per poi agire di conseguenza.

²⁶ V. sempre, a questo proposito, C. FERRARI, *op. cit.*, 77 ss.

contrattuali e quindi, di riflesso, il comportamento complessivo dei mercati²⁷.

L'intervento regolatorio delle autorità sarebbe dunque di due tipi, non dissimilmente da come già avviene. Da un lato, esse detterebbero in via generale le specifiche tecniche di natura anche giuridica in merito alle caratteristiche e al comportamento degli agenti *software*. Dall'altro, sarebbero chiamate ad una omologazione di ciascuno degli algoritmi su cui si basano i meccanismi di decisione robotica che la piattaforma implementa. La differenza sostanziale, rispetto allo scenario in cui le autorità intervengono sul contenuto del regolamento del singolo mercato, sta nel fatto che non solo esse potrebbero imporvi previsioni relative al funzionamento degli agenti *software*, ma avrebbero anche il compito di valutare ed approvare il funzionamento degli algoritmi in base a cui questi ultimi agiscono.

Le autorità indipendenti dovranno essere così messe in condizione di certificare se il robot che guida, assiste o persino sostituisce la scelta del consumatore/risparmiatore/cliente *retail* è programmato in modo tale da ridurre oppure aumentare la disparità tra questi e il professionista (gestore o fruitore della piattaforma). Esse potranno inoltre individuare la disciplina più adeguata a tutelare la parte debole in base alle caratteristiche di ciascuna piattaforma e contesto di negoziazione, anche in base al genere di algoritmi che vi opera.

È evidente che un ruolo così delicato ed impegnativo, specie data la natura intrinsecamente transnazionale delle piattaforme informatiche, sarebbe svolto in maniera ottimale a livello quantomeno europeo. Spetterebbe quindi al legislatore europeo, che già dirige la propria attenzione verso gli aspetti della tutela della concorrenza, dell'efficienza dei mercati e delle esigenze dei traffici *online*, istituire soggetti con il compito di svolgere, collaborando con le autorità indipendenti nazionali, questi compiti di regolazione e vigilanza²⁸.

²⁷ Noto è il ruolo degli algoritmi ad alta frequenza (*High frequency trader*, Hft) nel generare repentine ed ampie fluttuazioni sui mercati finanziari, come durante la crisi del 2010.

²⁸ In tale senso si è mosso il Parlamento europeo che, nella Risoluzione del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, chiede «di esaminare la possibilità di istituire un'agenzia europea per la robotica e l'intelligenza artificiale incaricata di fornire le competenze tecniche, etiche e normative necessarie a sostenere l'impegno degli attori pubblici pertinenti, a livello sia di Unione che di Stati membri» (art. 16) nonché «ritiene che, alla luce delle potenzialità della robotica, dei problemi connessi al suo utilizzo e delle attuali dinamiche d'investimento, risulti giustificato dotare l'agenzia europea di un bilancio proprio e di personale, come regolatori ed esperti tecnici ed etici esterni incaricati di monitorare, a livello intersettoriale e multidisciplinare, le applicazioni basate sulla robotica, individuare norme relative alle migliori prassi e, ove opportuno, raccomandare misure regolamentari, definire nuovi principi e affrontare eventuali questioni di tutela dei consumatori e difficoltà sistemiche; [e infine] chiede alla Commissione (e all'agenzia europea, qualora fosse istituita) di riferire annualmente al Parlamento europeo circa gli ultimi sviluppi della robotica e le eventuali azioni che devono essere intraprese» (art. 17).

GIUSEPPE AMADIO

IL CONTENUTO ACCIDENTALE DEL CONTRATTO NELLA PROSPETTIVA DI UNA RIFORMA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’oggetto da valutare: la presunta categoria degli elementi accidentali. – 2.1. Il *modus*. – 2.2. Il termine. – 3. La prospettiva di osservazione: la parte generale sul contratto. – 4. Il modello di disciplina. – 5. Questioni aperte e prospettive di riforma. – 6. Un mutamento di metodo.

1. *Premessa*

Va subito detto che costruire un discorso valutativo, il quale aspiri a un minimo di coerenza e unità, in ordine al persistente significato delle norme generali dedicate agli *accidentalium negotiorum*, è compito non arduo, ma semplicemente impossibile.

Questo per due ordini di difficoltà:

- l’una, attinente all’oggetto da valutare;
- l’altra, alla peculiare prospettiva prescelta per la valutazione, che si pone come obiettivo (lo evidenzia il titolo della sessione nella quale l’intervento si colloca) il “ripensare le norme generali sul contratto”.

Basterebbe allora, ad aprire e chiudere immediatamente il discorso, osservare:

- sul primo versante, che di *elementi accidentali* come insieme omogeneo suscettibile di un’analisi congiunta, la dottrina nega l’esistenza ormai da lungo tempo;
- sul secondo versante (e questo è il rilievo decisivo), che, fatta eccezione per il congegno condizionale, la parte generale sul contratto (alla cui stregua l’analisi andrebbe condotta) ignora del tutto (o quasi) la figura del termine, e non ha posto (ovviamente) per una disciplina del *modus*.

Il modo più onesto di affrontare questa “missione impossibile” è, quindi, limitare le ambizioni e restringerne l’obiettivo.

Per questo, premetterò, ai rilievi nel merito, una restrizione di campo, imposta sia dalla realtà normativa, sia dalla revisione critica che la materia ha subito in un periodo ormai lontano.

Per poi, però, al termine della ricognizione dei problemi e delle proposte di riforma, tentare una sorta di recupero dell'unità tematica, attraverso un mutamento di prospettiva, e un abbandono dell'usuale criterio di qualificazione.

2. *L'oggetto da valutare: la presunta categoria degli elementi accidentali*

Cominciamo, quindi, dall'oggetto che dovremmo valutare

Ad esso il titolo allude, sostituendo (al fine di renderlo più attuale) il lemma "contenuto" all'usuale sintagma "elementi accidentali": ma si tratta di variante utile, ma puramente lessicale.

Utilizzata in modo pervasivo, e da tempo immemorabile, dalla manualistica e trattatistica classiche, la formula "elementi accidentali" suggerisce all'immaginario giuridico comune la possibilità di pensare condizione, termine e modo come *categoria ordinante unitaria*. E ne segnala il rilievo conoscitivo, nell'apporto che essa arrecherebbe, contrapponendosi a quella dei costituenti, all'analisi di struttura del regolamento contrattuale.

Su questo piano, già i decenni immediatamente successivi alla codificazione registrano un processo di revisione critica, che della presunta categoria rivela, se non l'inutilità, la debolezza *intrinseca*.

Che ne mette in dubbio, cioè, non tanto l'approccio ontologista, la cui cifra ricostruttiva (la *Zerlegung* di Bekker e Von Thur)¹, traduce l'analisi in una sorta di operazione anatomica di dissezione dell'atto negoziale in componenti elementari; quanto piuttosto la coerenza e la legittimità di *reductio ad unum* delle figure che dovrebbero comporla.

Unificazione ostacolata, non solo dalla diversità degli strumenti l'uno rispetto all'altro, ma anche dall'impossibilità di ricondurre a unità le stesse varianti strutturali e funzionali che ciascuno di essi assume: e così, ad es., il *modus* testamentario rispetto a quello donativo, e il termine di efficacia rispetto al termine di adempimento.

2.1. *Il modus*

Il primo passo verso la differenziazione (e quindi la digregazione) si compie con riguardo al *modus*.

Ed è naturale che sia così, se si tiene presente che esso è l'unico, tra i tre strumenti, a non presentare l'indice di riconoscimento, che secondo la dot-

¹ Tecnica di derivazione scolastica: i richiami nel testo si riferiscono all'opera di ERNST IMMANUEL BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, II, Weimar, 1889, 49 ss., e, in seguito, all'*Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, 1, München und Leipzig, 1914, 191 ss. di ANDREAS VON THUR.

trina classica accomuna gli altri due (condizione e termine): quell'incidenza diretta sugli effetti del regolamento d'autonomia, che, nell'ottica tradizionale della fattispecie, ne fonderà la qualificazione, antica e autorevolissima, di *coelementi di efficacia*².

Il diverso piano, su cui la determinazione modale opera, giustifica che da essa si sia mossi per la revisione critica della categoria.

E così, sin dai primi scritti di Michele Giorgianni³, non a caso dedicati al *modus* testamentario, prende l'avvio una parabola di progressiva emancipazione dello strumento dalla tradizionale qualifica in termini di accidentalità.

Le fasi di quel processo sono note: dapprima, al *modus* testamentario si riconosce dignità di determinazione negoziale autonoma, pur se collegata all'istituzione d'erede o al legato; per poi farne un *tipo* ulteriore di disposizione attributiva, che a quelle si affianca, ma che può esistere indipendentemente da esse (come dimostrato – si conclude – dall'esempio di scuola dell'onere costituente il contenuto esclusivo del testamento, che finirà per gravare sull'erede *ab intestato*).

Devo confessare che, non ostante la recezione assai vasta della tesi, salutata come progresso decisivo nella sistematica dei rapporti successori, personalmente mi resta qualche ragione di dubbio: perché, certamente, l'onere come clausola testamentaria può esistere indipendentemente dall'esistenza di una *disposizione* principale, alla quale dovrebbe accedere. Ma ciò non fa venir meno il carattere di accessorietà, che il rapporto giuridico *ex modo* necessariamente presenta, rispetto a una *posizione* successoria (di erede o legatario).

In ogni caso, già in ragione del suo peculiare ambito applicativo, il *modus* testamentario si allontana dalla categoria degli elementi accidentali, pensata in origine con riguardo al contratto.

Ma anche a considerarne l'altra variante (il *modus* donativo), le difficoltà persistono.

Qui, è vero, torna (sul piano strutturale) il collegamento necessario con l'atto di liberalità, e quindi una accessorietà rispetto al regolamento contrattuale principale: ma in ogni caso, la determinazione modale opera come fonte di un autonomo rapporto, che nella sua configurazione tipica (quando cioè non preveda la risoluzione per inadempimento) rispetto all'efficacia dell'attribuzione donativa non è in grado di interferire. Di qui il brocardo istituzionale, secondo il quale *il modus «obbliga ma non sospende»*.

E anche quando sia assistito dalla previsione di risolubilità per inadempimento della prestazione in esso dedotta, la caducazione del contratto avverrà non automaticamente, ma secondo i moduli tipici del rimedio risolutorio, la

² È appena il caso di ricordare che la qualificazione è proposta da A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, sin dal secondo paragrafo delle Note introduttive, 8 ss.

³ M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 889 ss.

cui disciplina, non a caso, viene progressivamente ritenuta applicabile dai *dicta* dei giudici (si pensi, per tutti, al giudizio di non scarsa importanza).

La conseguenza ulteriore (e anche questa è tesi notissima) è la riqualificazione della donazione modale come contratto a prestazioni corrispettive⁴: in cui il modo diviene a dirittura strumento realizzativo dello scambio.

In ogni caso, anche per il *modus* donativo il percorso di allontanamento dalla categoria concettuale degli elementi accidentali è compiuto.

2.2. *Il termine*

Il secondo passo, sul sentiero della differenziazione, è compiuto con riguardo al termine.

Ma se, per il *modus*, l'esclusione dalla categoria dei coelementi di efficacia era sostanzialmente scontata, la medesima operazione qualificatoria, che pure la dottrina degli anni Settanta del Novecento ha compiuto con riguardo al termine, lascia aperta più di una ragione di dubbio.

Anche qui, la prima difficoltà, che si oppone a una sistemazione unitaria, discende dall'attitudine multifunzionale della determinazione di tempo.

Nel linguaggio della tradizione, essa viene descritta, attraverso il confronto tra termine di *efficacia* e termine di *adempimento*: il primo incidente sul piano degli effetti dell'atto di autonomia, il secondo su quello dell'esecuzione della prestazione.

A chi fosse interessato alla storia dei concetti (che assai spesso riflette quella delle norme), potremmo ricordare che la distinzione ha origini antiche, e se vogliamo nobili, derivando dalla discussione propria della Pandettistica, intorno alla simultaneità degli effetti negoziali, e dal compromesso col quale si era conclusa: ritenere necessaria quella simultaneità nei contratti obbligatori, nei quali, di conseguenza, il termine non potrebbe mai incidere sull'efficacia (ritardando cioè il sorgere dell'obbligazione), ma solo regolare il tempo dell'adempimento; e viceversa ammettere il differimento dell'effetto giuridico nei contratti traslativi. Principio che, attraverso la definizione di Pothier, diverrà norma con l'art. 1185 del *Code Napoleon* (riprodotto fedelmente dall'art. 1172 del codice civile del 1865), secondo il quale «*Il termine apposto alle obbligazioni differisce dalla condizione in questo, che non sospende l'obbligazione, ma ne ritarda soltanto l'esecuzione*».

La revisione critica (che la dottrina italiana, come ricordavo, compie tra la fine degli anni Sessanta e lungo il decennio successivo) muove da una generale svalutazione, se non da una negazione della legittimità, della duplice funzione del termine; salvo poi (a conferma che, in diritto, non si inventa nulla) recu-

⁴ Questo l'esito della ricerca monografica di U. CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano, 1969.

perare l'impostazione antica, tracciando diversi ambiti di operatività dei due concetti: quello dei contratti obbligatori per il termine di adempimento, quello dei contratti traslativi per il termine di efficacia.

Ma finendo, poi, per introdurre tutta una serie di attenuazioni a tale criterio: e così, ad esempio, ammettendo l'operare del termine di efficacia nei contratti a effetti meramente modificativi o estintivi, e, soprattutto, in tutti i contratti a esecuzione continuata o periodica.

L'esito ultimo consiste, comunque, nell'equiparare il regime applicabile al diritto di credito, sia che esso trovi titolo in un contratto sottoposto a termine iniziale di efficacia (non ancora decorso), sia che esso preveda un termine di adempimento (non ancora scaduto). E si valuta come ormai pacifica, in dottrina, l'affermazione relativa alla piena esistenza del credito, anche prima della scadenza del termine di efficacia del contratto⁵.

Dicevo delle ragioni di dubbio: l'argomento principale, che viene tratto dall'art. 1185 cpv. c.c., il quale prevede l'irripetibilità del pagamento effettuato prima della scadenza del termine, si risolve in una petizione di principio, in quanto è del tutto evidente che il termine che la norma prende in considerazione è proprio e unicamente il termine *di adempimento*. E, non a caso, tanto la dottrina classica, quanto la rara giurisprudenza che se n'è occupata, negano l'applicabilità dell'art. 1185 c.c. prima del compiersi del termine iniziale *di efficacia* del contratto, proprio perché il credito (che in esso trova titolo) «non è ancora sorto».

Per altro verso, la trattatistica più recente ha cura di inventariare le norme in cui, senza alcun dubbio, il termine regolato è (non quello dell'esecuzione, ma) quello di efficacia⁶. E se, in taluni casi, la previsione è abbastanza ampia da ricomprendere entrambe le nozioni (si pensi, per tutte, alla norma in tema di compensazione legale, applicabile tanto al credito già sorto, ma inesigibile perché non scaduto, quanto, *a fortiori*, al credito non ancora sorto per mancato compimento del termine iniziale di efficacia, apposto al contratto che ne costituisce titolo), in altre ipotesi il riferimento esclusivo al termine di efficacia è indiscutibile (come nell'art. 1347 c.c., in tema di possibilità sopravvenuta dell'oggetto del contratto, come dimostra l'accostamento con la condizione).

Vedremo, tra poco, che tanto il BGB, quanto il *Code civil* riformato contengono la previsione normativa del termine incidente sull'efficacia del contratto.

E nel senso di mantenere la distinzione tra le due nozioni di termine è la dottrina (sia tedesca sia francese), la quale distingue termine *del negozio* e termine *del credito*, traducendo la qualificazione in questione interpretativa. In Germania, la giurisprudenza, dal canto suo, attribuisce rilievo pratico alla distinzione,

⁵ Il riferimento, in tal senso, è alla monografia di E. RUSSO, *Il termine del negozio giuridico*, Milano, 1973.

⁶ D. CARUSI, *Condizione e termine*, in *Trattato del contratto*, a cura di E. ROPPO, III, *Effetti*, Milano, 2006, 267 ss.

ammettendo l'adempimento del credito già sorto, ma del quale non è scaduto il termine di adempimento, e negando viceversa che il credito nascente da un negozio cui è apposto un termine di efficacia possa essere adempiuto.

In ogni caso, la duplicità di funzioni (regolare l'efficacia del regolamento, ovvero la sua esecuzione) rende avvertiti, da un lato, della difficoltà (anzi, dell'impossibilità) di una disciplina unica. Ma conferma, dall'altro, che l'unico "contenuto accidentale" del contratto, (quello evocato dal titolo) in relazione al quale può pensarsi a uno statuto normativo generale e comune, è rappresentato da condizione e termine (inteso quest'ultimo come termine di efficacia).

Così ristretta, la categoria riacquista una sua unità funzionale.

È merito della dottrina moderna, aver raccolto il retaggio teorico della costruzione classica, che qualifica condizione e termine come *coelementi di efficacia*, riformulandone (sia pure con riguardo specifico alla condizione) la peculiare funzione prescrittiva: che viene individuata nell'essere meccanismo regolatore dell'efficacia di altra regola. La condizione (ma del tutto analogo è il caso del termine) finisce con l'operare come *norma di secondo livello*; descritto, in termini di analisi proposizionale, come fenomeno di «metalinguaggio» (rappresentato dalla clausola contenente la condizione o il termine), e inteso come sistema di controllo di un «linguaggio oggetto» (il regolamento contrattuale condizionato o a termine)⁷.

Si tratta, come dirò in conclusione, di un'analisi ancora legata al metodo analitico della fattispecie: ma, per ora, essa consente di legittimare, sia la persistente autonomia del termine incidente sugli effetti (rispetto alla disciplina temporale dell'adempimento), sia la legittimità di una considerazione unitaria di condizione e termine, sul piano funzionale, come determinazioni d'efficacia della regola d'autonomia.

3. *La prospettiva di osservazione: la parte generale sul contratto*

A questo punto, però, e non ostante l'appena compiuta delimitazione del suo oggetto, la difficoltà della ricerca si accresce proprio per la peculiare prospettiva, dalla quale oggi gli strumenti dovrebbero essere osservati: la verifica di persistente vitalità della parte generale sul contratto, in vista di una sua possibile riforma.

L'ostacolo, a prima vista, diviene insormontabile: perché non appena ci si mette alla ricerca delle norme, in quella sede dedicate al contenuto accidentale, ci si avvede che l'unico modello di disciplina è rappresentato dal contratto condizionale.

⁷ Suggestioni presenti nella voce, poco ricordata nella dottrina successiva, di S. MAIORCA, «Condizione», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, 313 ss.

L'indagine dovrà dunque farsi carico, non solo di valutare le prospettive di riforma delle norme esistenti, ma di stabilire se e in che modo la parte generale sul contratto debba essere integrata da una disciplina nuova; il che può avvenire, alternativamente:

- o dettando una disciplina organica del termine che affianchi quella della condizione
- oppure limitandosi a una norma generale di rinvio, che renda ad esso applicabile un modello esistente (salvo intervenire su lacune e contraddizioni della disciplina assunta a modello, e regolare i casi in cui la compatibilità non sussista).

E in questo secondo caso, ci si dovrà chiedere quale sia, tra i due astrattamente possibili, il modello cui riferirsi, per costruire il regime applicabile al termine di efficacia del contratto: le norme dettate in tema di obbligazione (cioè sul termine di adempimento), oppure la disciplina della condizione?

Vorrei dapprima sciogliere questi due dubbi preliminari, per poi tentare una ricognizione dei singoli aspetti di disciplina maggiormente passibili di una riscrittura, tenendo presenti, di volta in volta, gli indici provenienti dalla comparazione: in particolare con il sistema tedesco, e con il *Code civil* di recente riformato.

4. *Il modello di disciplina*

Né l'ordinamento tedesco, né quello francese dettano una disciplina specifica per il termine di efficacia.

Sul piano della tecnica normativa, la scelta compiuta sin dall'origine dal BGB è quella del rinvio: la possibilità di apporre al negozio un termine di efficacia iniziale o finale è prevista in termini generali dal § 163 (norma di chiusura del Titolo quarto), che dichiara ad esso applicabili le norme dettate rispettivamente in tema di condizione sospensiva e risolutiva (le denominazioni, anzi coincidono, parlandosi, sia per il termine che per la condizione, di *aufschiebend* e *auflösend*).

Il rinvio risulta, in realtà, limitato solo ad alcune delle norme dettate in tema di condizione, restandone escluse la disposizione in tema di retroattività (che nel sistema tedesco è solo obbligatoria) e quella sulla finzione di avveramento: ma la dottrina svaluta l'omissione, ritenendo la prima norma applicabile per volontà delle parti, la seconda logicamente inapplicabile al termine-data, ed estensibile analogicamente al termine-evento.

Il *Code civil* non conosce, in origine, il termine di efficacia.

Al di là della matrice teorica della scelta (che abbiamo già ricordato) è assai probabile che ciò discenda dal fatto che condizione e termine sono pensati

come modalità non del contratto, ma dell'obbligazione: e che ciò, per quanto riguarda il termine, abbia condotto naturalmente a identificarlo con il tempo dell'esecuzione.

L'identificazione è espressamente sancita dall'art. 1185, che in essa, anzi, come abbiamo visto, individua il tratto differenziale rispetto alla condizione, diversamente dalla quale «non sospende l'obbligazione, ma ne ritarda solo l'esecuzione».

La riforma del 2016 muta radicalmente questo quadro di riferimento: continua, è vero, a disciplinare (all'art. 1305) *l'obligation à terme*, precisando che in essa è la sola esigibilità a essere differita al sopravvenire di un evento futuro e *certus an*, anche se *incertus quando*; ma introduce, all'art. 1196, la previsione in precedenza non espressa (anche se teorizzata dalla dottrina) *dell'effet translatif*⁸. La nuova norma precisa che l'efficacia traslativa, pur verificandosi di regola «*lors de la conclusion du contrat*», può essere differita per volontà delle parti, per la natura della cosa o per previsione di legge. Previsione tanto più significativa, perché inserita nel capitolo di parte generale, dedicato all'efficacia del contratto; e il cui scopo, si legge nel *Rapport* sulla riforma, è stato proprio quello di enunciare espressamente la derogabilità pattizia della regola sull'effetto traslativo immediato.

Il termine di efficacia fa così ingresso nel *Code*, quanto meno come termine iniziale, senza ricevere disciplina compiuta; ma anche qui la dottrina ritiene utilizzabile, nei limiti della compatibilità, il modello condizionale.

Va detto, per inciso, che anche per il termine finale muta, con la riforma, il trattamento normativo. Nello stesso capo dedicato agli effetti contrattuali, la sezione terza (agli artt. 1210 ss.) è intitolata alla “durata del contratto”.

E anche qui è significativo che nel *Rapport* si dica che la disciplina generale del termine «in precedenza versata negli artt. 1185 ss.» (che lo disciplinavano, abbiamo visto, esclusivamente come termine di adempimento) è sostituita oggi dalla disciplina della «durata del contratto»: cioè di un termine che non può che essere di efficacia.

Gli indici provenienti dalla comparazione orientano dunque (sul piano positivo in Germania, per via di interpretazione in Francia) verso la previsione del termine di efficacia come strumento ad applicazione tendenzialmente generale, e per una sua regolazione per rinvio: il che potrebbe rappresentare, a mio modo di vedere, la via per una riforma anche del nostro Codice.

L'opportunità di una norma generale che preveda l'apponibilità del termine di efficacia, e richiami, in quanto compatibile, la disciplina della condizione, supererebbe alcuni dubbi tuttora sollevati sul regime applicabile (come, ad esempio, quello assai poco giustificato che mette in dubbio la possibilità per l'acquirente a termine di compiere atti conservativi).

⁸ Lacuna realmente singolare, nell'ordinamento che rivendica la creazione del principio consensualistico, ma che si spiega con la ricostruzione teorica (fizionistica) dell'efficacia reale, fondata sulla fusione tra contratto obbligatorio e costituito possessorio implicito.

Fermo restando, come dicevo, il criterio della compatibilità, che dovrebbe fondarsi innanzi tutto sulla differenza più rilevante, data dal ricorrere o meno dell'incertezza sugli esiti, e che già oggi si ritiene giustificati regole come quella sul passaggio del rischio nei contratti traslativi. Ma che su altri aspetti potrebbe forse essere rimeditata (penso, ad esempio, alla cessione del credito, in relazione alla quale il credito che trova titolo in un contratto a termine iniziale dovrebbe, analogamente al caso della condizione, poter circolare solo come credito futuro, con tutte le conseguenze, in tema di opponibilità al debitore ceduto).

Se si ritiene di condividere la scelta della tecnica normativa, e quindi del modello di disciplina applicabile, diviene evidente che il ripensamento sull'attualità delle norme attuali si concentra sulla condizione: il che può sembrare un risultato riduttivo. È senz'altro vero, ma si tratta di una scelta non solo ergonomica, sul piano della definizione di una disciplina comune, ma anche allineata a quella compiuta, sul piano normativo in Germania, su quello ermeneutico in Francia.

Per ovvie ragioni, mi limiterò a una ricognizione delle principali linee di riforma, privilegiando i risultati del dibattito dottrinale e giurisprudenziale svoltosi intorno a problemi strettamente applicativi.

5. *Questioni aperte e prospettive di riforma*

Tale non è, ma si tratta dell'ultima premessa di metodo, il dubbio circa l'utilità delle norme definitorie.

Lo sollevo per una ragione storicamente individuata. Nel radicale "dimagrimento" operato in Francia con riguardo alla disciplina della condizione (si è passati da 17 a 8 articoli), le prime tre disposizioni a essa dedicate dal *Code civil ancien*, e soppresse dalla riforma del 2016, contenevano appunto la definizione di condizione casuale, potestativa e mista. E la dottrina francese ha espresso riserve su tale soppressione, muovendo dall'idea che (almeno alcune) disposizioni definitorie avessero portata normativa.

Qui non serve certo ricordare il dibattito sul valore delle definizioni codicistiche, ma se è vero (citando Scarpelli) che la definizione altro non è che «la formulazione per mezzo di altri termini delle condizioni di applicazione di un termine»⁹, allora esiste senz'altro, nella disciplina vigente del contratto condizionale, la necessità di chiarire le condizioni di applicazione di norme, che, nel definire la fattispecie regolata, risultano ambigue, o che comunque si sono rivelate, alla prova dei fatti, prive di reale capacità distintiva¹⁰.

⁹ U. SCARPELLI, *La definizione nel diritto*, in U. SCARPELLI-P. DI LUCIA. (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994, 311.

¹⁰ Alludo (ed è la prima nell'elenco delle questioni che vorrei presentare) alla definizione di condizione potestativa, e alla sua distinzione da quella meramente potestativa.

Entriamo dunque nel merito, e vediamo in estrema sintesi quei profili della disciplina attuale che, più di altri, giustificano una verifica di attualità e adeguatezza. Da condurre, come già avvertito, alla stregua degli indici provenienti dalla comparazione (e soprattutto dagli ordinamenti da poco riformati, come quello francese), dall'elaborazione teorica e dall'applicazione giurisprudenziale.

Ne ho scelti cinque, che elenco:

- la potestatività (e le sue varianti);
- la finzione di avveramento;
- la condizione unilaterale;
- il trattamento delle condizioni illecite e impossibili.
- la retroattività e le sue implicazioni.

a – La condizione potestativa

Direttamente connesso al tema delle definizioni, è il problema della distinzione tra condizione potestativa (valida) e condizione meramente potestativa (nulla). Distinzione che, ancor oggi, la dottrina, ma soprattutto la giurisprudenza, risolvono in modo ambiguo o tautologico e che per questo meriterebbe, come si diceva il ricorso a una definizione normativa; o forse, e meglio, il chiarimento del nucleo semantico essenziale del concetto.

La potestatività è stata oggetto, in Francia, di una vicenda particolare.

Prima della riforma, qualsiasi condizione potestativa (definita come quella in cui l'avverarsi o il mancare dell'evento rientra «nel potere» di una parte) era nulla se rimessa alla volontà di chi si obbliga; e anche se la dottrina, in origine, restringeva l'applicazione della norma alle condizioni meramente potestative, la nullità era andata via via estendendosi fino a divenire (nelle elaborazioni dei teorici) sanzione generale per il disequilibrio di potere all'interno del contratto¹¹.

Vi è stata col tempo una reazione, negli interventi immediatamente anteriori alla riforma, volti a restringere l'ambito della nullità *a priori*, in favore di un'applicazione più ampia, e *a posteriori*, della finzione di avveramento: e a questa tendenza si era allineata l'applicazione giurisprudenziale. La riforma ha espressamente limitato la nullità alla condizione meramente potestativa, definita negli stessi termini utilizzati dal nostro art. 1355 (quella che dipende dalla «sola volontà» del debitore); ribadendo, e anzi estendendo (anche all'avveramento della risolutiva) l'applicabilità della *fictio*.

Nel nostro ordinamento, dicevo, il problema è, ancora oggi, di individuazione (e dunque di distinzione) tra la fattispecie lecita e quella vietata.

È probabile che, dai tempi dello studio delle Istituzioni, nella memoria di molti siano rimaste formule come il “*si volam*”; o esempi bislacchi, che la

¹¹ E così, aggiungerei, anche la condizione meramente potestativa si presterebbe a questo percorso, che è poi quello verso il c.d. solidarismo, oggi sempre più presente nella mentalità (e nell'esperienza) giuridica italiana.

manualistica proponeva con una certa ingenuità (“se mi metterò il cappello”, “se mi vestirò di verde”).

Non è il caso, qui di dimostrare che il *si volam* non può essere condizione, se è vero che essa presuppone raggiunto l'accordo (e quindi, in linguaggio classico, la perfezione dell'atto), che viceversa la formula rimette a una decisione futura; né di osservare che “vestirsi di verde” o “mettersi il cappello” sono decisioni la cui previsione rivela, anch'essa, la non serietà dell'assunzione del vincolo.

Con il consueto, maggiore realismo, la dottrina tedesca afferma che la *Wollensbedingung* (cioè la condizione *si volam*) non è ammessa, in quanto in tali casi “manca il negozio”.

Conviene, piuttosto sottolineare che il richiamo alla “volontà”, pur se arricchito dall'aggettivo “mera”, non fornisce alcun criterio affidante di distinzione: perché tanto nella potestativa, quanto nella meramente potestativa, è indiscutibile che l'avverarsi dell'evento dipende esclusivamente da una determinazione volontaria del soggetto. E che a fronte di tale comune struttura, l'unico indice differenziale è dato dalla *apprezzabilità o meno degli interessi* che quella libera scelta sorreggono.

Potrebbe quindi risciversi la norma dell'art. 1355 c.c., definendo, in primo luogo, la potestatività in generale, mediante il riferimento al ruolo esclusivo della volontà; salvo poi circoscriverne i limiti di validità alle scelte che appaiono, prospetticamente, implicare la selezione di interessi rilevanti. E quindi prevedere che la condizione sospensiva «rimessa alla volontà dell'alienante o del debitore è nulla, quando la decisione in ordine al suo verificarsi non risponde ad alcun apprezzabile interesse del soggetto».

Salvo poi valutare, al momento dell'applicazione, se il parametro alla luce del quale valutare il carattere apprezzabile dell'interesse, debba intendersi (come io credo) in senso soggettivo, cioè riferito alla sfera economica individuale, o in senso oggettivo, assumendo cioè un connotato di apprezzabilità sociale: il che, per altro, mi sembra contraddire il concetto stesso di potestatività.

Il mutamento di prospettiva consentirebbe, tra l'altro, di affrontare in modo più piano e realistico la seconda questione, cioè il (sotto)problema relativo all'applicabilità, alle condizioni potestative valide, della finzione di avveramento.

b – La finzione di avveramento

Della finzione di avveramento non è possibile (né utile, ai nostri fini) rievocare i problemi classici, che riaprirebbero l'antica questione relativa a natura e funzione delle finzioni legislative. Il tema può essere aperto (e immediatamente chiuso), ricordando che la soluzione del problema delle finzioni dipende essenzialmente dalla «concezione del diritto di cui si fa portatore l'interprete»¹²: tanto

¹² G. ALPA, *Finzioni giuridiche*, in *Contr. impr.*, 1995, 1281 ss. In questo saggio, l'A. ripercorre il dibattito ideologico sotteso all'argomento, annoverando l'art. 1359 c.c. tra le ipotesi di finzione legislativa (cfr. in part. 1290).

che, lo stesso significato dell'espressione «finzione giuridica» muta, in relazione alla funzione e al contesto nel quale tale strumento è adottato¹³.

Nella nostra prospettiva, ciò che rileva è il dibattito, che si è acceso attorno ai limiti di operatività dell'art. 1359 c.c.: dibattito il quale (oltre che un confronto, rispetto alla c.d. *condicio iuris*) ha avuto come tema centrale la compatibilità della finzione di avveramento proprio con le condizioni potestative. La questione viene affrontata in modo espresso, sul finire degli anni Novanta, pur essendo presente *in nuce*, in taluni passaggi della dottrina classica di trent'anni anteriore: il giudizio di incompatibilità tra condizione potestativa e finzione di avveramento, sostenuto per decenni dall'orientamento tradizionale, viene rimesso in discussione, sia in dottrina che in giurisprudenza.

La prima fa leva sul dovere di comportarsi secondo buona fede, imposto alle parti, durante la pendenza, dall'art. 1358; la seconda, dopo decisioni contrastanti, registra la presa di posizione delle Sez. Unite (con la sent. n. 18450/2005), nella quale l'applicabilità della finzione alle condizioni potestative pare affermata in termini definitivi e generali. Dico "pare", perché nelle numerosissime citazioni in seguito riservate, sia dai commentatori, sia dai giudici che vi si conformano (la più rilevante, tra le decisioni successive, è la n. 7405/2014), si annida il rischio della massima mentitoria.

Lo rivela il caso oggetto di decisione, identico, sia nella sentenza del 2005 sia in quella del 2014: un contratto d'opera intellettuale, tra la P.A. e un professionista, nel quale il compenso per il progetto da questi predisposto, viene sospensivamente condizionato all'erogazione, in favore dell'Amministrazione committente, di un finanziamento da parte di enti terzi. In entrambe le vicende i giudici qualificano la condotta tenuta dalla P.A., che omette di presentare la richiesta di finanziamento, come segmento potestativo di una condizione mista: e rilevatane la contrarietà a buona fede, la sanzionano con la finzione di avveramento. Il passo decisivo, che raccoglie le sollecitazioni della dottrina favorevole all'estensione dell'art. 1359 c.c. (ma che rivela altresì la debolezza dell'argomentare), è quello in cui si afferma che, in applicazione del canone di buona fede previsto dall'art. 1358 c.c., la scelta di presentare o meno la richiesta di finanziamento non può considerarsi rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione: e si riconosce, in capo all'ente, l'esistenza di un vero e proprio obbligo «di attuazione dell'elemento potestativo della condizione mista».

Fa particolarmente piacere che in taluni commenti, riservati sia alla sentenza del 2014, sia ad analoghe decisioni dei due anni precedenti, sia stata la dottrina più giovane a cogliere il difetto di prospettiva, nei termini che mi limito ad enunciare.

Che l'art. 1358 c.c. impedisca alle parti di alterare artificiosamente l'esito della vicenda condizionale (mediante quelle che la dottrina tedesca denomina

¹³ Così, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, 266.

«*unzulässige Störungen*») è fuori discussione; ma, sul piano pratico, ciò significa che a nessuno dei contraenti è consentito incidere, con il proprio comportamento, sull'essenza del fenomeno condizionale: l'incertezza del verificarsi dell'evento. È evidente, allora, che:

- se la condizione è realmente potestativa, perché la scelta in ordine all'avveramento è integralmente rimessa a una libera valutazione del soggetto, un'indebita alterazione dell'incertezza (e una conseguente valutazione in termini di scorrettezza) non è neppure concepibile;
- e che quando, viceversa, si ritiene che il dovere di buona fede sottragga il c.d. segmento potestativo della condizione mista alla discrezionalità del contraente, in realtà e più semplicemente, se ne esclude il carattere potestativo.

Vero è piuttosto, che in tutti i casi decisi dai giudici, come negli esempi proposti in dottrina, ciò che si tratta di valutare non è la compatibilità in astratto tra finzione e potestatività, ma quale sia stata in concreto la ripartizione del rischio relativo all'incertezza dell'evento: risultando evidente (e in massima misura, quando a essere condizionato è il corrispettivo della prestazione già eseguita) che tale rischio non può che riguardare un evento estraneo alla decisione di controparte.

Così ridefinita, la questione può aprire una possibilità di riforma normativa, ma soprattutto impone di rimettere a fuoco il criterio di qualificazione della condotta, nei casi in cui essa consista nella scelta discrezionale in ordine all'avveramento: in questo senso, il giudizio di incompatibilità logica, proprio dell'impostazione più risalente, è suscettibile di un ripensamento.

A patto tuttavia di mutare l'angolo di osservazione del fenomeno nel suo insieme (che è quanto vorrei proporvi, di qui a poco, a conclusione del mio discorso: a ciò vi chiedo di consentirmi un rinvio).

c – La condizione unilaterale

Il rapporto tra condizionamento e decisione di una parte ritorna nella figura della c.d. condizione unilaterale, che, assieme a quella di inadempimento, credo costituisca l'impiego più innovativo del meccanismo condizionale, che negli ultimi due decenni la prassi (sorretta dalla dottrina) ha collaudato.

I termini del problema sono arcinoti: quando la condizione risulta apposta nell'esclusivo interesse di una delle parti, ci si chiede se a essa l'interessato possa rinunciare. La formulazione dell'interrogativo è ellittica, e altrettanto lo è la risposta affermativa, consolidatasi in una giurisprudenza ormai tralatizia: la parte nel cui interesse è apposta la condizione può rinunciarvi, sia prima che dopo l'avveramento.

A ciò si aggiunge che il carattere unilaterale deve essere oggetto dell'accordo, ma può essere convenuto tacitamente; e (tranne che in una lodevole decisione contraria) che la rinuncia è atto non soggetto a prescrizioni di forma, anche se riferita a un contratto a forma solenne.

Con non poca fatica, e per aggiustamenti successivi, la dottrina ha tentato di chiarire il reale significato delle formule.

Certamente, non può dubitarsi che altro è rinunciare *al condizionamento durante la pendenza*, il che si traduce in una modificazione del regolamento contrattuale, che ben può essere rimessa pattiziamente alla decisione di una parte, pur con tutte le difficoltà teoriche, che la figura evocata (e sconosciuta) del contratto modificativo solleva; altro ipotizzare la c.d. “rinuncia” *agli effetti verificatisi all’esito della vicenda condizionale* (cioè dopo la pendenza). Rinuncia, quest’ultima che:

- in caso di esito positivo (avveramento della sospensiva o mancamento della risolutiva, e quindi con riguardo a un contratto *definitivamente efficace*), si tradurrebbe in un’improbabile potere unilaterale di caducarne l’efficacia finale;
- in caso di esito negativo (mancamento della sospensiva e avveramento della risolutiva, e quindi con riguardo a un contratto *definitivamente inefficace*), equivale a dar vita a un nuovo vincolo, sostitutivo di quello venuto meno.

Sulla prima ipotesi, la regola giurisprudenziale è infondata: rinunciare agli effetti contrattuali, prodottisi, o consolidatisi, significa semplicemente recedere: ma è estremamente difficile, a questo punto, immaginare un potere di recesso pattuito implicitamente, e deducibile dagli interessi cui è funzionale il condizionamento. Non a caso, in Francia, dove anteriormente alla riforma del *Code* la condizione unilaterale era sconosciuta (e giudicata dalla dottrina come una creazione italiana), essa risulta ora disciplinata dal nuovo art. 1304-4, il quale prevede la rinunciabilità «a patto che la condizione non si sia avverata»: formula che la dottrina pacificamente riferisce alla fase di pendenza e, successivamente, al caso di mancamento della sospensiva e di avveramento della risolutiva.

La seconda ipotesi è l’unica realmente utile: perché, se il condizionamento segnala l’interesse esclusivo di una parte a subordinare l’efficacia del vincolo all’esito positivo della pendenza, non è irragionevole che a quella parte sia consentito rinunciare a tale limitazione, nel caso opposto di esito negativo. La dottrina l’ha affrontata tentandone una riqualificazione strutturale: traducendo cioè la rinunciabilità alla condizione unilaterale, in patto di opzione subordinato all’esito negativo della pendenza (e volto a dar vita a un negozio di contenuto identico, ma non condizionato).

Con la conseguenza, non di poco conto, che tanto la previsione contrattuale, quanto il successivo atto di esercizio (della c.d. rinuncia) dovranno necessariamente essere espressi e rivestire la forma prevista per la conclusione del contratto.

L’introduzione dello strumento, in occasione di una riforma del codice civile, credo sarebbe utile, a patto di rinunciare a ogni ambizione qualificatoria, e di limitarsi a:

- regolare modalità e forma del patto che prevede l’unilateralità (e quindi la rinunciabilità), nonché dell’atto che la realizza;

– e circoscriverne i limiti di ammissibilità, a mio parere segnati dalla fase di pendenza, e successivamente dall'esito negativo di essa.

d – La condizione illecita e impossibile

Sul trattamento delle condizioni illecite e impossibili, sollevo solo un dubbio, ricavato dalla comparazione: esso investe l'applicabilità della disciplina della nullità parziale, non solo (come previsto dal comma 3 del nostro art. 1354 c.c.) alla condizione apposta al singolo patto, ma anche a quella apposta all'intero contratto.

Il BGB non dedica norme specifiche all'illiceità o impossibilità della condizione.

La disciplina è costruita da dottrina e giurisprudenza che, dopo aver affermato in generale la non apponibilità di condizioni impossibili oppure contrarie alla legge o al buon costume, ritengono:

- a larga maggioranza, che la sospensiva impossibile travolga il contratto;
- viceversa, e pacificamente, che alla risolutiva impossibile debba applicarsi la disciplina della nullità parziale (prevista al § 139, analogo al nostro art. 1419 c.c.);
- infine, che le condizioni illecite possono far cadere l'intero negozio, o solo la condizione, a seconda degli interessi tutelati dalle norme con cui confliggono.

In Francia, il nuovo art. 1304-1 si limita a prevedere la nullità dell'obbligazione subordinata a una condizione illecita.

Il *Code* riformato non si interessa più delle condizioni impossibili, la cui disciplina è ritenuta superflua in dottrina; ma il cui trattamento da parte della giurisprudenza è analogo a quello dettato dal nostro 1354 comma secondo.

Merita, in chiave di riforma, porsi il dubbio circa l'applicabilità della nullità parziale anche alle condizioni apposte all'intero contratto?

Sul piano logico, almeno per quelle sospensive impossibili e illecite, no: se il prodursi dell'efficacia è stato subordinato alla condizione, non sembra esservi spazio per un giudizio circa l'essenzialità della clausola. Forse una riflessione potrebbe aprirsi in ordine alla condizione risolutiva impossibile: almeno nei casi in cui l'impossibilità non fosse avvertita dalle parti, e in cui resterebbe da chiedersi se il condizionamento non sia indice di una valutazione condivisa di "essenziale precarietà" degli interessi regolati, tale da far ritenere irrazionale la definitiva efficacia (che consegue alla regola vigente, che la considera non apposta).

e – La retroattività

Un cenno rapidissimo all'ultima delle questioni selezionate: la congruità della scelta operata dal codice, per la retroattività reale, conseguente all'esito della pendenza.

Il § 159 del BGB sancisce una retroattività esclusivamente obbligatoria: il

ripristino della situazione preesistente è oggetto di reciproche obbligazioni restitutorie.

In Francia, la retroattività è ancora la regola per la condizione risolutiva, ma il nuovo art. 1304-6 la inverte per la sospensiva: il cui effetto si produce *ex nunc*, salvo che le parti non prevedano la sua retroazione al momento del contratto.

Quel che mi preme è sottolineare che l'effetto retroattivo era stato previsto, nel 1804, per tutelare l'acquirente rispetto agli atti posti in essere dal venditore di un bene (quella assicurata, per intendersi, dal nostro art. 1357); in seguito, rilevato che le parti potevano escludere la retroattività, ma che sarebbe stato assurdo ritenere venisse meno la tutela nei confronti degli atti di disposizione, si è semplicemente preso atto che la protezione dell'acquirente non è un portato della retroattività.

E identica è la soluzione è quella sancita, in Germania, dal § 161.

Ho voluto segnalarlo, per ribadire (contro affermazioni che tralattivamente la manualistica ancora riproduce) che l'opponibilità ai terzi dell'esito condizionale (*ex art. 1357 c.c.*) nulla ha a che fare con la retroattività; operando infatti (e la giurisprudenza lo conferma) anche quando essa sia stata pattiziamente esclusa. E che semmai il disposto dell'art. 1357 c.c., si giustifica assai più pianamente in base al principio del *nemo plus iuris*: osservando che, per lettera della norma, il diritto trasferito *sub condicione* (non importa se sospensiva o risolutiva) può circolare sì, ma come tale (subordinato «alla stessa condizione»).

Lo dico non per amor di tesi, ma per aprire l'ultimo capitolo del nostro percorso. Pur ben consapevole dei molti altri profili di possibile revisione del sistema, anch'essi oggi controversi e senz'altro rilevanti. Due soli esempi: la disciplina applicabile in caso di mancata previsione pattizia del termine per l'avveramento e l'opportunità di prevedere e disciplinare la c.d. condizione *de praesenti* o *de praeterito* (come faceva, ma non fa più il *Code civil*).

6. *Un mutamento di metodo*

Vorrei chiudere queste sommarie notazioni, con un rilievo di più ampio respiro: e proporre (a mo' di ipotesi di lavoro) un mutamento di prospettiva, o forse di metodo, che consenta, per altra via, di recuperare la reale funzione e insieme il senso di una considerazione unitaria dei cc.dd. elementi di efficacia.

La storia delle dottrine testimonia di un atteggiamento costante: il tema resta saldamente ancorato all'analisi (e alla teorica) della fattispecie; il terreno di indagine è quello dei presupposti per il prodursi della conseguenza giuridica.

Gli esiti della qualificazione, tanto quello antico (concause di efficacia), quanto quello moderno (precetti regolatori dell'efficacia di altra regola), non riescono comunque a distaccarsi dal piano della struttura dell'*effetto*.

Ma se è vero che la regolazione di efficacia ha per oggetto l'atto di autono-

mia, che a sua volta è regolamento di interessi, il vero mutamento di prospettiva consiste nell'evidenziare il legame decisivo che la determinazione accessoria di efficacia (sia essa condizione o termine) presenta, rispetto agli *interessi* che il contratto, o il diverso atto di autonomia che ne consente l'impiego, disciplina.

Termine e condizione incidono sull'efficacia dell'atto, ma ciò si giustifica in base alla peculiare configurazione che gli interessi delle parti assumono nel contratto condizionale o a termine: dei quali individuano i presupposti e i limiti di rilevanza. Qui, a mio modo di vedere, sta la funzione precettiva sostanziale delle determinazioni di efficacia: il cui effetto immediato (differire o limitare la vigenza del regolamento d'autonomia) non è che un riflesso della loro idoneità a dar rilievo al carattere (eventuale o precario, differito o limitato) degli interessi in gioco.

A suo tempo, pur dando atto del mutevole impiego cui il congegno condizionale si presta, mi era parso di poterne individuare la principale funzione proprio nel selezionare il *presupposto di rilevanza* degli interessi dedotti in contratto (è il caso di scuola dell'acquisto della casa in città diversa dall'attuale residenza, sottoposto alla condizione di esservi trasferito): nel quale l'evento segna il venire ad esistenza dell'interesse stesso, di modo che, se si vuole, la clausola funge da meccanismo di controllo della base negoziale oggettiva¹⁴.

Qui mi sembra di poter estendere quella conclusione, adattandola anche al termine di efficacia: che altro non fa, sul piano sostanziale, se non individuare i limiti temporali di quella rilevanza.

Ma se ciò è vero, e se si tien fede ancor oggi al concetto antico, che nelle situazioni giuridiche soggettive individua forme di protezione e/o realizzazione di interessi, garantite dall'ordinamento, è possibile compiere un passo ulteriore: rilevando che, oltre (o forse prima) che congegni regolatori dell'efficacia dell'atto, condizione e termine finiscono per essere strumenti conformativi di diritti ed obblighi, dei quali rivelano il carattere eventuale, precario o temporaneo, in corrispondenza all'analogia configurazione assunta dagli interessi ad essi sottostanti.

Si tratta di un itinerario che la dottrina specialistica ha intrapreso più di quarant'anni fa, sin dalla monografia dedicata alla proprietà risolvibile¹⁵, proseguita anche da chi scrive, e consacrata, di recente, in termini generali e autorevoli, nel passo che vorrei riportare per esteso:

«La condizionalità deve essere analizzata non solo come carattere della volontà delle parti, ma anche come carattere del diritto soggettivo. Bisogna ora aggiungere che il sistema dei diritti condizionali, con le regole rivolte ai rimedi e alle difese che sono loro propri, viene a costituire uno schedario di situazioni nominate, che si pongono a fianco di quelle pure. Accanto alla proprietà senza

¹⁴ Si veda, volendo, quanto proposto nel lavoro dedicato a *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, spec. 176 ss.

¹⁵ Da A. C. PELOSI, *La proprietà risolvibile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975.

aggettivi, abbiamo la proprietà sospensivamente condizionata, e la proprietà risolutivamente condizionata. I diritti reali sono tipici: ma i diritti reali sono tre volte più numerosi di quanto siano numerosi i diritti reali puri»¹⁶.

Trasferire l'analisi dalla prospettiva dell'atto (e della sua efficacia) a quella delle situazioni giuridiche soggettive, che dell'effetto rappresentano ciò che residua sul piano dei rapporti, porta con sé sia ricadute applicative, sia conseguenze di sistema.

Prima ricaduta – L'idea di una proprietà precaria, come è sufficiente (lo abbiamo appena visto) a giustificare l'opponibilità dell'esito condizionale prevista dall'art. 1357 c.c. non in termini di retroattività degli effetti, ma come limite del diritto trasferito (soggetto alla logica della derivatività), così potrebbe rendere meno aliena, alla mentalità del civilista, l'ipotesi di una proprietà limitata nel tempo, alla quale applicare la disciplina della proprietà risolvibile): anche qui, sul presupposto di una corrispondente temporaneità degli interessi che attraverso di essa si vogliono realizzare.

Non diversamente da quanto Mario Allara suggeriva (siamo nel 1930), osservando che in tal caso «il termine finale inerisce al *diritto trasmesso* e pertanto limita l'*oggetto* dell'alienazione»¹⁷.

Seconda ricaduta – Riformulare (come ormai da tempo avviene in Francia) la potestatività della condizione, in termini di diritto potestativo, e dunque di potere, renderebbe meno arduo individuare la sanzione adeguata al suo esercizio abusivo: senza bisogno di trasformare l'atto di esercizio stesso in violazione diretta del dovere di buona fede.

E rendendo plausibile (come nei casi celebrati dalla giurisprudenza di questi ultimi anni, come ipotesi di "abuso") il sindacato circa – se mi consentite il termine – lo *sviamento* rispetto alla funzione, e dunque agli interessi concreti, in ragione dei quali il potere è stato attribuito.

Terza ricaduta – Valutare i congegni regolatori dell'efficacia, come meccanismi conformativi delle situazioni giuridiche soggettive, consentirà persino di riqualificare, in nome della meritevolezza degli interessi in gioco, la clausola formulata come condizione (cioè attributiva di un diritto meramente eventuale) in semplice previsione di un termine (e addirittura di un termine esecutivo).

In questo senso è la giurisprudenza (per la maggior parte di fonte arbitrale) in tema di clausola c.d. *if and when*, tramite la quale il diritto al compenso del subappaltatore è subordinato alla riscossione del proprio, da parte dell'appaltatore. La clausola *ti pagherò se e quando sarò stato pagato* viene riqualificata come termine, in ragione della natura essenzialmente commutativa del contratto d'appalto (che non può dunque rendere eventuale la soddisfazione dell'interesse alla controprestazione); essa viceversa potrà considerarsi (e operare)

¹⁶ R. SACCO, *La condizione*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, 4^a ed., Torino 2016, 1074 ss.

¹⁷ M. ALLARA, *La proprietà temporanea*, in *Il Circolo giuridico*, Palermo, 1930, 69 ss.

come condizione (rendendo così aleatorio il corrispettivo del subcontraente) solo quando – indipendentemente dal *nomen* utilizzato dalle parti – il rapporto stesso possa riqualificarsi come *joint venture*, e dunque di tipo associativo, e come tale suscettibile di una diversa ripartizione del rischio d'impresa.

La conclusione di sapore sistemico consiste nel rilevare che, in tutti i casi in cui si tratti di decidere della salvezza o meno del diritto, o del potere condizionato (come per la finzione di avveramento, o per gli atti dispositivi durante la pendenza), o anche di qualificare come temporanea, anziché come eventuale o precaria la situazione giuridica soggettiva, la scelta non dipenderà direttamente da una valutazione strutturale, cioè relativa al *combinarsi degli effetti* collegati ai singoli momenti della vicenda condizionale, ma dal giudizio sulle modalità d'esercizio del diritto condizionato o a termine, e ancor prima, sulla *configurazione degli interessi* a esso sottesi.

Quindi, in ultima analisi, da una comparazione dei valori in conflitto.

E con questo, si ritorna all'antico, e al monito, espresso quasi ottant'anni fa, nell'opera che apre l'età moderna degli studi sulla condizione: quell'invito a «trasporre il problema dall'ordine dei concetti all'ordine degli interessi», che in decine di successive ricerche, dedicate agli aspetti più diversi dell'autonomia privata, la dottrina di volta in volta farà proprio e che rappresenta, in definitiva, l'unico autentico criterio per ricondurre le vicende giuridiche al senso concreto della vita.

ANDREA ORESTANO

DEGLI EFFETTI DEL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La “forza di legge” del contratto e le sue deroghe pattizie. – 3. L’integrazione, la buona fede e l’esecuzione. – 4. Il consenso traslativo e l’obbligo di dare. – 5. L’accertamento. – 6. La destinazione.

1. *Premessa*

Non è agevole immaginare una riforma della disciplina generale del contratto contenuta nel Codice civile, che si è abituati a pensare come un insieme di regole, scritte o anche frutto di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, oramai sedimentato, chiuso e immune da interventi di qualsiasi natura.

Non è del resto un caso che le disposizioni contenute nel Titolo secondo del Libro quarto del Codice non hanno mai subito modifiche, se non l’eliminazione del riferimento alle norme corporative e ai principi del relativo ordine e la temporanea aggiunta delle disposizioni sulle clausole vessatorie nei contratti del consumatore, che per poco meno di un decennio hanno trovato spazio nella parte finale del Titolo, per poi essere più opportunamente collocate nel Codice del consumo¹.

Molto tempo è però trascorso e anche la disciplina generale del contratto ha costituito oggetto di profondi ripensamenti, che in tempi relativamente recenti hanno riguardato anche il presupposto stesso di tale disciplina, e cioè l’idea di unitarietà del soggetto, di parità formale fra i contraenti, posta in discussione in tutti i casi di squilibrio di potere contrattuale fra le parti, non casuale,

¹ Il riferimento è, quanto alle norme corporative e ai principi dell’ordine corporativo, al r.d.l. 9 agosto 1943, n. 721, con il quale furono soppressi gli organi corporativi centrali, il Comitato interministeriale di coordinamento prezzi e il Comitato interministeriale per l’autarchia, al d.lgs.lgt. 23 novembre 1944, n. 369, con il quale furono soppressi le organizzazioni sindacali fasciste e al d.lgs. lgt. 14 settembre 1944, n. 287; e, quanto ai contratti del consumatore, alla legge 6 febbraio 1996, n. 52, che (con l’art. 25) aggiunse al Titolo secondo del Libro quarto del Codice il Capo XIV-*bis*, contenente gli articoli dal 1469-*bis* al 1469-*sexies*, e al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo), che (con l’art. 142) tale Capo ha sostituito con l’attuale, contenente soltanto il criterio di collegamento fra la disciplina generale e quella specificamente dedicata ai contratti del consumatore (fra cui gli articoli dal 33 al 37 del Codice del consumo, ove è ora regolata la materia delle clausole vessatorie inserite in tali contratti).

quanto invece legato alla peculiare strutturazione del mercato e alle asimmetrie informative in esso presenti.

Si pone allora la scelta, assai delicata, fra una rivisitazione profonda del sistema di regole che disciplina il contratto in generale, in modo da renderlo coerente con il mutato ordine di riferimenti e, segnatamente, con il dato costituito dalla frammentazione del soggetto²; o invece la conservazione, sia pure con i necessari aggiustamenti, dell'impianto tradizionale, inteso quale complesso di regole uniformi e tale da rappresentare il punto di riferimento per normative di settore, derogatorie della disciplina generale in ragione della asimmetria che caratterizzi la relazione contrattuale regolata, come ora previsto dall'art. 1469-*bis*.

Quest'ultima appare la soluzione auspicabile, secondo un modello certamente non nuovo, ed anzi da tempo studiato con riferimento al proliferare di leggi nuove, interne e di derivazione europea, che lasciano al Codice il compito di apprestare la disciplina di istituti generali, poi presupposti dalle leggi di settore³.

2. La "forza di legge" del contratto e le sue deroghe pattizie

La questione appare peraltro soltanto sfiorare la parte del Codice dedicata agli effetti del contratto, almeno se si ritiene che rispetto a tale ambito normativo resti estranea proprio la disposizione di apertura, là dove – come peraltro già avveniva nel Codice civile del 1865 (art. 1123, comma 1) – si afferma la "forza di legge" del contratto fra le parti (art. 1372), e che più di altre si trova in rapporto dialettico con il tema dei contratti asimmetrici e con quello, ad esso strettamente connesso, della così detta giustizia contrattuale. Ogni ipotesi di regolamentazione che voglia tenere conto delle disparità sostanziali fra le parti del contratto sembra infatti presupporre che si ponga in discussione proprio il principio della inviolabilità del vincolo che, se assunto in situazioni caratterizzate dallo squilibrio 'sistemico' fra i contraenti, con ogni probabilità rifletterà tale situazione di partenza e dovrà dunque essere in qualche misura rimodulato dall'ordinamento⁴.

² In tal senso si è orientato il legislatore tedesco in occasione della *Modernisierung* del diritto delle obbligazioni, allorché la disciplina dei contratti del consumatore è entrata a far parte del BGB: sul punto G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 6 s.; S. PATTI, *Ricodificazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, 443 ss., il quale osserva che il bilancio dell'operazione deve considerarsi positivo.

³ Deve qui farsi rinvio all'opera di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 4^a ed., Milano, 1999, *passim* e specie 44 ss.

⁴ Come è stato puntualmente osservato, il problema della giustizia contrattuale si pone nel momento in cui si acquista consapevolezza del fatto che, a causa del contesto economico e di mercato nel quale il contratto viene concluso, viene meno l'idea liberista per cui "*qui dit contractuel, dit juste*", che cioè l'autonomia delle parti garantisce per definizione la giustizia del

Come si diceva, è però stata da più parti segnalata la sostanziale estraneità dell'art. 1372, e in particolare del suo primo comma, ove con formula enfatica si afferma la forza di legge del contratto, rispetto alla disciplina degli effetti⁵: la disposizione atterrebbe infatti al profilo della vincolatività e della irrevocabilità e quindi all'essenza stessa del fenomeno contrattuale (e negoziale in genere) e non a quello dell'efficacia, tanto che anche un contratto inefficace può essere vincolante, come insegna il caso, ad esempio, del contratto sottoposto a condizione sospensiva⁶. Sotto altro profilo, si è rilevato che l'art. 1372 assicura riconoscimento normativo al così detto effetto negoziale, e cioè alla essenza impegnativa del contratto, presupposto logico degli effetti finali del contratto stesso⁷. Può anche dirsi, nella prospettiva segnata dalla distinzione fra rilevanza ed efficacia, che l'art. 1372 è relativo alla prima e non alla seconda⁸.

L'efficacia del contratto trova piuttosto il suo fondamento normativo nell'art. 1321, là dove si prevede la generale idoneità del contratto stesso ad incidere sulle situazioni giuridiche soggettive di natura patrimoniale riferibili alle parti contraenti⁹.

Un eventuale ripensamento del Titolo secondo del Libro quarto del Codice potrebbe allora rappresentare l'occasione per escludere la disposizione dall'ambito della disciplina degli effetti, per collocarla (se del caso con diversa e più moderna formulazione) fra le disposizioni preliminari, ove sembra più opportuno che debba trovare spazio un articolo che individua l'essenza stessa dell'autonomia contrattuale, anche per quel che concerne la rilevanza del contratto nei confronti dei terzi e la possibilità di deroghe rispetto al principio della irretrattabilità del vincolo.

A tale ultimo riguardo, è stato da più parti sottolineato il collegamento

regolamento contrattuale, considerato che nessuno accetterebbe volontariamente di vincolarsi ad un assetto di interessi che comporti più perdite che vantaggi: R. SACCO, voce *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, VII, Torino, 2012, 535.

⁵ Il carattere enfatico della disposizione è posto in luce da P. RESCIGNO, voce *Contratto. I) In generale*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988, 28. Per la storia della disposizione, F. GALGANO, *La forza di legge del contratto*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, 509 ss.

⁶ P. RESCIGNO, voce *Contratto*, cit., 21 s.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di dir. priv.*, a cura di G. IUDICA-P. ZATTI, 2^a ed., Milano, 2011, 511.

⁷ R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, 3^a ed., Milano, 1972, 191 ss.

⁸ Al riguardo P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, III, *Effetti*, a cura di M. COSTANZA, Milano, 2006, 7. Per la distinzione fra rilevanza ed efficacia, in particolare, A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 481 ss., secondo il quale la rilevanza “designa (...) questa giuridicità peculiare del fatto, perfezionatosi in tutti gli elementi essenziali ma non ancora produttivo dei suoi effetti tipici e fondamentali” (482), fermo restando, peraltro, che “la rilevanza non può esaurire la giuridicità del fatto e che essa è essenzialmente preordinata in funzione dell'efficacia” (483); V. SCALISI, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, specie 330 ss.

⁹ P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, cit., 6 ss.

riscontrabile fra il recesso convenzionale, previsto nell'art. 1373, e il mutuo consenso (o meglio dissenso), di cui all'art. 1372, comma 1, quali atti, entrambi, con i quali è dato all'autonomia privata di incidere sulla 'forza di legge' del contratto¹⁰. Parrebbe allora ragionevole che, in un'ipotetica revisione della sistemazione codicistica, anche la previsione della possibilità di deroghe pattizie rispetto al principio della irretrattabilità del vincolo per atto unilaterale di una delle parti sia menzionata, insieme al mutuo consenso, fra le disposizioni preliminari, dedicate alla individuazione del fenomeno contrattuale.

Appare altrettanto auspicabile una riscrittura della complessiva disciplina del recesso, cui andrebbe dedicato, al di là della previsione di indole generale da comprendere fra le disposizioni preliminari, e così come già avviene per il contratto a favore di terzi, un apposito Capo, nel quale regolare più compiutamente l'istituto.

L'occasione potrebbe essere propizia, in particolare, per rivedere i rapporti fra la risoluzione e i tanti casi di recesso risolutivo disseminati nel Codice, fra i quali figurano ad esempio quello previsto nell'ambito della disciplina della caparra confirmatoria (art. 1385), quello previsto in tema di impossibilità sopravvenuta parziale (art. 1464) e, in relazione ai singoli contratti, quello del committente nel contratto d'opera (art. 2224) o le varie ipotesi di recesso per giusta causa, considerato che quest'ultima può consistere nell'inadempimento di non scarsa importanza della controparte o anche nella sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione¹¹. Tali rapporti non sono infatti sempre chiari e denotano anzi incertezze del legislatore e l'assenza di un quadro di riferimenti organico, che consenta di distinguere fra i casi in cui è concesso il recesso, e cioè un diritto esercitabile in via di autotutela e a controllo giudiziario successivo, e quelli in cui è invece necessario, al fine di porre fine al rapporto, il ricorso all'autorità giudiziaria¹².

¹⁰ G. GABRIELLI-F. PADOVINI, voce *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 28 s., ove fra l'altro si osserva che "il recesso pattizio può essere agevolmente qualificato come patto di opzione relativo ad un accordo di mutuo dissenso" (28); G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994, 1, ove si rileva che "dire che il contratto ha forza di legge significa affermare che non può essere modificato unilateralmente e che deve essere adempiuto, ma significa anche che non può essere sciolto unilateralmente: e dunque recesso e risoluzione costituiscono – insieme – un tema centrale per misurare la forza di legge di un contratto"; M.C. CHERUBINI, *Recesso unilaterale*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. NAVARRETTA-A. ORESTANO, II, Torino, 2011, 668 s.

¹¹ Il riferimento, quanto al recesso per giusta causa, è, in particolare, al recesso del mandante o del mandatario (se la revoca del mandante di cui all'art. 1723 ss. e, rispettivamente, la rinuncia del mandatario di cui all'art. 1727 si intendono quali ipotesi di recesso), a quello della banca dal contratto di apertura di credito (art. 1845), a quello del prestatore d'opera intellettuale (art. 2237, comma 2). Sull'intera questione, G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 37 ss., anche per la critica alle tesi di coloro che escludono dall'ambito della giusta causa l'ipotesi dell'inadempimento, di non scarsa importanza, della controparte.

¹² In tal senso G. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 47.

Un possibile criterio per riordinare la materia potrebbe essere individuato muovendo dalla considerazione della natura dell'assetto di interessi sul quale il rimedio è destinato ad incidere, assegnando all'area della risoluzione tutti i casi in cui si tratti di reagire ad una disfunzione sopravvenuta di un assetto di interessi sinallagmatico e quindi sia necessario provvedere alla considerazione comparativa delle posizioni assunte dalle parti, secondo il modello attualmente offerto dall'art. 1455 e, se si vuole, dall'art. 1464; riservando invece al recesso risolutivo, quale atto a struttura unilaterale e sottratto alla logica sinallagmatica propria della risoluzione, i casi di sopravvenuta carenza del fondamento causale dell'attribuzione che si collochi in contesti segnati dalla unidirezionalità degli effetti, così come accade per le prestazioni isolate¹³.

In tale prospettiva, il rimedio risolutorio dovrebbe essere disciplinato in modo omogeneo, a partire dal tema della sua retroattività, attualmente discussa per il recesso, e da quello, in qualche modo ad esso correlato, dei riflessi per i terzi¹⁴. Potrebbe anche essere valutata l'opportunità di affrontare la questione della differenza che attualmente separa la diffida ad adempiere dal recesso, sottratto al termine dilatorio invece previsto dall'art. 1454, ad esempio riservando ai soli contratti di durata la regola dell'immediatezza dell'effetto risolutivo¹⁵.

3. *L'integrazione, la buona fede e l'esecuzione*

Vi è poi il nodo problematico rappresentato dall'art. 1374.

È noto che la collocazione delle norme dettate in tema di integrazione del contratto nell'ambito della disciplina dei suoi effetti costituisce il risultato di più ampie ricostruzioni del fenomeno contrattuale e dei rapporti che sussistono fra l'atto di autonomia e l'ordinamento. L'idea che l'integrazione riguardi il piano effettuale presuppone infatti, in particolare, che si attribuisca rilievo alla distinzione fra contenuto ed effetti del contratto e che inoltre si ritenga

¹³ Sulle prestazioni isolate si tornerà in seguito.

¹⁴ Per la critica alle tesi circa la non retroattività, anche solo fra le parti, del recesso, G. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 40 s., 47 ss., il quale osserva anche che il recesso per inadempimento e la risoluzione, giudiziale o stragiudiziale, non possono comportare effetti diversi, identico essendo il presupposto; e che quindi, fra l'altro, il recesso risolutivo non può operare retroattivamente nei contratti di durata.

¹⁵ La differenza sussistente fra il recesso risolutivo e la diffida ad adempiere indicata nel testo è segnalata da G. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 41 s., il quale osserva come l'immediatezza degli effetti del recesso trova giustificazione razionale per i contratti ad esecuzione continuata – nell'ambito dei quali il recesso risolutivo è infatti per lo più previsto – considerato che in tali contratti è essenziale “la collocazione del comportamento dovuto nella dimensione temporale”, così che non “avrebbe senso la diffida a mettersi tardivamente in regola”.

la volontà delle parti quale artefice esclusiva del primo, così che gli interventi esterni non possono che operare sugli effetti, fermo restando il contenuto¹⁶. Modo di vedere, questo, che spesso si accompagna altresì all'idea che l'intervento integrativo sia rivolto a porre rimedio alla incompletezza degli effetti riconducibili alla volontà delle parti e quindi ad una lacuna nel regolamento dalle stesse predisposto¹⁷. È però anche noto che tale impostazione, insieme alla collocazione della norma nell'ambito della disciplina degli effetti del contratto, ha costituito oggetto di valutazioni critiche, basate sull'idea dell'artificialità della distinzione fra contenuto, lasciato alla volontà dei privati, ed effetti: distinzione che sarebbe peraltro contraddetta da disposizioni quale l'art. 1339 e che dovrebbe lasciare il posto ad un concetto unitario, quello di regolamento contrattuale, la cui costruzione sarebbe affidata al concorrere della fonte autonoma, posta in posizione di supremazia, con le fonti eteronome¹⁸. In tale prospettiva, l'art. 1374 costituirebbe norma sulle fonti del regolamento contrattuale e, come tale, dovrebbe essere posta in diretto rapporto con l'art. 1322¹⁹.

Anche a prescindere da tali questioni, ai fini che qui interessano pare opportuno rilevare che l'integrazione, almeno quando non dipenda da norme suppletive o dispositive e si imponga quindi all'agire dei privati, contribuisce a delineare i rapporti che sussistono fra ordinamento e autonomia²⁰. Come del resto da tempo si è osservato, il problema di fondo non è tanto quello di stabilire il punto di incidenza dell'intervento autoritativo, quanto invece quello di definire il limite oltre il quale un simile intervento, sia che operi a livello di

¹⁶ Al riguardo A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, il quale definisce il contenuto come l'insieme delle determinazioni poste in essere dalle parti per regolare i propri interessi (18 s.); precisa che non può costituirne componente "non solo ciò che alle parti non è riconducibile ma anche quanto, pur essendo loro riferibile, perché da esse espressamente o implicitamente dichiarato, non costituisce esplicazione della loro autonomia" (56); distingue il contenuto dagli effetti (61 ss.; 76 ss.), rilevando fra l'altro che numerosi effetti giuridici trovano la loro fonte esclusiva nella legge (71) e che la contrapposizione del contenuto agli effetti è espressione della dialettica autonomia-ordinamento (72); e riconduce al piano degli effetti giuridici anche l'operare di disposizioni quale l'art. 1339 (147 ss.).

¹⁷ Si veda, ad esempio E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed., rist., Torino, 1960, 352 ss., ove l'integrazione è distinta dall'interpretazione e dall'interpretazione integrativa, in quanto queste ultime operano sul "contenuto del negozio concreto, sia esplicito, sia implicito", sulla "idea (prechetto) del negozio, espressa o meno con formola adeguata", mentre "l'integrazione con norme suppletive o dispositive presuppone proprio la mancanza di un prechetto ricavabile dalla formola, quindi una lacuna", e "concerne non già la fattispecie del negozio, ma unicamente i suoi effetti: è integrazione degli effetti" (354); F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., rist., Napoli, 1976, 230.

¹⁸ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, rist. integrata, Milano, 2004, specie 31 ss., 86 ss. (e già nella prima edizione dell'opera, Milano, 1969).

¹⁹ S. RODOTÀ, *op. cit.*, 102.

²⁰ Si parla, al riguardo, di integrazione cogente, antagonista dell'autonomia privata e distinta dall'integrazione suppletiva, che le è invece 'amica': V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 485.

fonte del regolamento, sia che operi a livello di effetto, conduca a snaturare l'essenza stessa dell'atto di autonomia privata²¹.

È peraltro discusso se l'art. 1374 si riferisca anche all'integrazione a mezzo di norme imperative o se invece esso, in linea di continuità con il momento dell'interpretazione, sia rivolto a far emergere le conseguenze che già appartengono all'operazione economica, così come delineata dalle parti²². Tale profilo della questione, se da un lato si candida a trovare risposte attraverso l'eventuale revisione delle disposizioni codicistiche, dall'altro non muta però di molto i termini delle considerazioni ora svolte, ove si consideri che anche nella prospettiva di chi nega che l'art. 1374 costituisca la base normativa per l'integrazione cogente non si esclude affatto l'esistenza e la rilevanza del fenomeno dell'integrazione attraverso norme imperative, per la quale si prospettano soltanto modalità tecniche diverse rispetto a quelle che sarebbero proprie dell'art. 1374²³.

In ragione di quanto ora osservato, parrebbe allora opportuno che, in una prospettiva di riforma, la disciplina dell'integrazione, quali che siano le soluzioni accolte in ordine alle modalità del suo operare, venga collocata fra le disposizioni preliminari, contribuendo essa a delineare la consistenza e i modi dell'autonomia riconosciuta ai privati²⁴.

La rilevanza delle dinamiche integrative al fine della individuazione del punto di equilibrio fra autonomia e ordinamento trova ulteriori conferme in considerazione di un fenomeno inedito, che si ha nel caso in cui si ammetta che l'integrazione cogente operi anche per effetto di norme dispositive. Ciò tuttavia si ritiene possa avvenire nei casi in cui la deroga alla disciplina prevista da norme dispositive non sia concordata da soggetti posti in posizione di parità, ma sia

²¹ A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 212 ss., ove peraltro si segnala come il ricorso allo schema della fonte – che risponde alla scelta ideologica secondo la quale il contratto è espressione, oltre che delle esigenze dei privati, anche di quelle dell'ordinamento – consenta una maggiore incidenza sulla struttura dell'atto di autonomia privata, non trovando il limite costituito da un fatto, produttivo di effetti, che si assume completo.

²² Nel senso da ultimo indicato nel testo, G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, 5^a ed., Rimini, 1995, 283 ss., ove anche la considerazione secondo cui, diversamente, l'art. 1374 verrebbe a sovrapporsi all'art. 1339; nonché C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, ne *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, nel *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, II, 2^a ed., Torino, 2006, 1157 ss. In termini diversi, ritiene invece erroneo affermare che le norme di legge integratrici, cui fa riferimento l'art. 1374, siano rappresentate esclusivamente da norme dispositive e suppletive, G. GABRIELLI, *Norme imperative ed integrazione del contratto*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, cit., 485 ss.

²³ C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., 1160 s., nota 35.

²⁴ Osserva F. MACARIO, *Integrazione del contratto*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, II, cit., 693, che “qualunque sia l'opzione teorica preferita sull'inquadramento dell'integrazione (...), è certo che la ‘fonte’ di integrazione concorre a completare gli obblighi derivanti dal contratto sul medesimo piano delle clausole oggetto di pattuizione e quindi espressione diretta della volontà dei contraenti”.

unilateralmente prevista dal professionista, per essere poi imposta al consumatore a mezzo di clausole nulle, in quanto vessatorie, con la conseguente lacuna del regolamento contrattuale, da colmare attraverso il diritto dispositivo²⁵. Il tema si lega quindi a quello della così detta giustizia contrattuale, cui sopra si è fatto cenno, così che la scelta di provvedere ad una sua disciplina all'interno del Codice dipende da quella, più generale, in ordine all'opportunità che le questioni relative all'asimmetria fra le posizioni rivestite dalle parti debbano o, come appare preferibile, non debbano, trovare ingresso fra le disposizioni codicistiche dedicate alla parte generale del contratto.

Anche il riferimento alla buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375) pare possa trovare miglior collocazione altrove e cioè fra le disposizioni preliminari, come peraltro già accade, in relazione al rapporto obbligatorio, per il riferimento alla correttezza (art. 1175). Per una simile soluzione potrebbe deporre la valenza integrativa che voglia riconoscersi al criterio della buona fede in senso oggettivo e che giustificherebbe quindi lo spostamento della disposizione fra quelle preliminari, unitamente alle altre concernenti l'integrazione. Ma potrebbe altresì deporre la diversità di piani sui quali si collocano gli effetti del contratto e le vicende esecutive.

A prescindere dalla soluzione che si reputi opportuno accogliere in ordine alla funzione integrativa, o non, della buona fede in senso oggettivo, pare anzi proprio quest'ultima la ragione più sicura per escludere la disciplina dell'esecuzione dal novero delle disposizioni relative agli effetti del contratto²⁶. Non da oggi si è infatti posto in luce, non solo che l'esecuzione non può essere confusa con l'effetto, ma che essa non costituisce neppure uno sviluppo della situazione effettuale, considerato che l'effetto, esprimendo il *quid novi* che un certo accadimento materiale apporta nel sistema delle preesistenti valutazioni giuridiche, è per sua natura vicenda compiuta, che non necessita di alcuna attività esecutiva che la completi sul piano dell'attività materiale²⁷. Anche in

²⁵ G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, specie 241 ss., il quale ravvisa nell'art. 1374, interpretato evolutivamente, la base normativa dell'integrazione cogente mediante il diritto dispositivo, in caso di sua deroga abusiva e conseguente nullità della clausola che la realizzi. Ad avviso dell'A., il meccanismo opera inoltre anche nei rapporti fra imprese, in relazione alla normativa concernente i ritardi nei pagamenti (250 ss.).

²⁶ La possibilità di annoverare la buona fede in senso oggettivo fra le fonti di integrazione del contratto è notoriamente discussa: affermata da alcuni Autori (fra i quali S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 111 ss.; C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1173-1176, in *Comm. del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1988, specie 324 ss.), è invece negata da altri (in particolare: U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 1, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1974, 12 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 170 ss.; e, in diversa prospettiva, C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., 1170 ss.).

²⁷ A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., 21 ss., il quale osserva che ciò vale

tempi più recenti, si è sottolineato come efficacia ed esecuzione siano concetti assolutamente distinti, appartenendo a piani diversi: l'uno immateriale, collegandosi al mondo dei valori, l'altro materiale, collegandosi al mondo dei fatti²⁸.

Piuttosto, potrebbe essere valutata l'opportunità di prevedere e disciplinare, nella parte dedicata agli effetti, gli obblighi di protezione, assicurando così loro una base normativa autonoma rispetto alla buona fede e alla correttezza, cui spesso essi vengono invece riferiti²⁹.

4. *Il consenso traslativo e l'obbligo di dare*

Fra le disposizioni dettate in materia di effetti del contratto ve n'è una, l'art. 1376, che più di altre caratterizza il sistema delineato dal Codice del 1942, notoriamente distinguendolo rispetto a quello proprio di altri ordinamenti, quale quello tedesco, rimasti fedeli al modello romanistico della separazione fra titolo e modo dell'acquisto.

Trattasi di una regola che, come è noto, richiede molteplici correttivi, necessari per favorire la sicurezza nella circolazione dei diritti, sia nel caso di conflitto fra diversi aventi causa dal medesimo autore, sia al fine di proteggere il subacquirente, per l'ipotesi di inefficacia originaria o di caducazione (*lato sensu* intesa), successiva e retroattiva, del titolo di acquisto del dante causa, immediato o mediato.

Correttivi tanto rilevanti e diffusi da suscitare il dubbio che quello del consenso traslativo non costituisca un principio generale, quanto invece una regola residuale, destinata ad essere applicata in assenza di altre e più specifiche disposizioni di soluzione dei conflitti circolatori. In una prospettiva di riforma ambiziosa, potrebbe allora anche ipotizzarsi di prendere atto di tale realtà normativa e procedere ad una revisione del principio, a tutela, non tanto e non solo dei diversi aventi causa dal medesimo autore, il cui acquisto è già

sia con riferimento agli effetti modificativi o estintivi di preesistenti situazioni giuridiche, sia in caso di costituzione di un obbligo, poiché è quest'ultimo, e non l'effetto che lo ha costituito, ad esigere uno svolgimento attuativo.

²⁸ F. MACARIO, *Esecuzione di buona fede*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. NAVARRETTA-A. ORESTANO, II, cit., 726.

²⁹ Ciò è quanto avvenuto in occasione della riforma dello *Schuldrecht* tedesco: G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, cit., 7 s. Nell'esperienza italiana, il fondamento degli obblighi accessori di protezione è ravvisato nella buona fede in senso oggettivo e nella correttezza, fra gli altri, da L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 368 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 121 ss., 325 s.; C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, specie 3 s. In giurisprudenza, Cass., 10 novembre 2010, n. 22819, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 355; Cass., 28 aprile 2017, n. 10516, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Responsabilità civile*, n. 152; Cass., 13 ottobre 2017, n. 24071, in *Giur. it.*, 2018, 2361.

oggi relativamente protetto dalle regole dettate in tema di trascrizione (specie da quando le relative formalità si eseguono, con immediatezza, in via telematica) e di acquisto in buona fede del possesso (art. 1155); quanto invece del subacquirente, esposto, per effetto dell'immedesimazione nel contratto traslativo-causale di titolo e modo, alle ripercussioni dell'invalidità o inefficacia del titolo di acquisto del dante causa.

Proprio questo è anzi uno dei più rilevanti risvolti del principio posto dall'art. 1376: non da oggi si osserva infatti che il principio della nullità del contratto per difetto di causa ha conseguenze significative proprio perché, grazie alla compenetrazione fra atto traslativo e contratto consensuale e alla conseguente comunicazione al primo dei vizi del secondo, rende possibile al *tradens* la rivendica nei confronti del subacquirente e non la sola ripetizione nei confronti dell'*accipiens*³⁰.

La tutela offerta al subacquirente è del resto particolarmente carente proprio in caso di nullità del titolo di acquisto anteriore: se si escludono gli acquisti *a non domino* legati al possesso, peraltro resi difficoltosi, in materia immobiliare e per i beni mobili registrati, dal necessario trascorrere del tempo, la tutela è infatti del tutto assente in materia mobiliare e, per gli immobili (e per i beni mobili registrati), è affidata all'inerzia dell'interessato protratta per un periodo di tempo già non breve in sé e che oggi, con il moltiplicarsi delle ipotesi di nullità, anche di protezione e spesso derivanti da vizi dell'atto non immediatamente percepibili finanche dalle stesse parti, è fonte di una situazione di incertezza e di instabilità particolarmente grave, ove si consideri che ad essere travolto può essere anche l'acquisto compiuto in buona fede da chi abbia tempestivamente trascritto³¹.

Va peraltro osservato che, nella recente riforma del *Code civil*, il principio del consenso traslativo è stato confermato ed è inoltre stato affidato ad una formula più lineare e corrispondente proprio all'art. 1376 del Codice italiano, con il superamento quindi della meno precisa formulazione previgente, ove l'effetto reale era mediato dall'obbligazione di consegnare la cosa³². Nella riforma

³⁰ Così M. GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 550 ss., ove fra l'altro l'osservazione secondo cui il principio della nullità del contratto per mancanza o falsità della causa, accolto nella codificazione francese, non avrebbe avuto conseguenze di rilievo ove fosse stato riferito ai soli contratti ad effetti obbligatori, mentre ha determinato una profonda alterazione del sistema preesistente, per le ragioni evidenziate nel testo, in quanto esteso ai contratti traslativi (552).

³¹ Il punto è sottolineato da E. NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 837. Per l'eventualità che la tutela del terzo prevista dagli artt. 1153 e 1159 (e quindi, può aggiungersi, dall'art. 1162, comma 1) operi nei casi in cui l'alienante abbia acquistato la cosa dal proprietario in base ad un titolo nullo, si veda L. MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, 3^a ed., Milano, 1994, 115.

³² Il riferimento è all'art. 1196, comma 1, del *Code*, così come modificato dalla *Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016 (secondo cui: "Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat"),

del *Code civil*, il principio del consenso traslativo è anzi stato in qualche modo rafforzato, allorché la protezione del secondo acquirente, che per primo abbia reso pubblico il proprio acquisto immobiliare, è stata subordinata al ricorrere della buona fede (art. 1198, comma 2). Una simile regola è rivolta a consolidare la posizione del primo acquirente, e cioè dell'unico acquirente secondo la regola consensualistica, al costo tuttavia di ostacolare, attraverso il riferimento ad elementi soggettivi tipici delle vicende mobiliari (e si veda infatti lo stesso art. 1198, comma 1), il funzionamento dei meccanismi pubblicitari, limitandone gli effetti che, in termini di sicurezza e di stabilità nella circolazione dei diritti, ad essi sono propri.

Pare dunque che in una ipotetica riforma del Codice civile non debba essere seguito, sul punto, il modello costituito dalla riforma del *Code civil*, e debba invece essere ripensata la regola del consenso traslativo, se non nel senso del suo superamento, quanto meno nel senso di una (ulteriore) mitigazione dei suoi effetti, specie per quel che attiene alla posizione dei subacquirenti in caso di nullità del titolo di acquisto anteriore: e a tale ultimo riguardo potrebbe pensarsi, almeno, alla riduzione del termine quinquennale attualmente previsto per le vicende immobiliari (art. 2652, n. 6), nonché, forse, alla riduzione di quello triennale previsto per gli acquisti relativi ai beni mobili registrati (art. 2690, n. 3)³³.

Inoltre, se non si ritiene opportuno abbandonare il principio del consenso traslativo, pare in ogni caso auspicabile che venga espressamente prevista la facoltà delle parti di derogare a tale principio³⁴. Pare, per meglio dire, auspicabile che venga espressamente prevista la facoltà delle parti, non solo, come è stato fatto nella riforma del *Code civil* (art. 1196, comma 2), di differire tale effetto rispetto alla conclusione del contratto, ma anche di anteporre ad esso l'obbligo delle parti (o di una di esse) di trasferire o di costituire il diritto attraverso un successivo e distinto atto di adempimento traslativo: prevedendo quindi esplicitamente, fra i possibili effetti del contratto, l'obbligo di dare.

L'eventualità che l'attuale sistema del Codice civile lasci spazio all'obbligo di dare in senso proprio, con il correlato adempimento traslativo, è infatti notoriamente assai discussa.

Secondo l'impostazione tradizionale, l'immedesimazione fra titolo e modo

che sostituisce il previgente art. 1138 (a mente del quale: "L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier").

³³ Ad avviso di NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale*, cit., 838, in una prospettiva di riforma, andrebbe invece resa generale "la tutela degli acquisti *a non domino* in buona fede, senza differenziazioni per categorie di beni"; e andrebbe altresì prevista in taluni casi, quali quelli delle nullità di protezione, "una sorta di *nullité relative* che preservi gli acquisti dei terzi".

³⁴ In tal senso, ancora, NAVARRETTA, *op. loc. ult. cit.*

dell'acquisto nel negozio causale, codificata nell'art. 1376, costituirebbe un ostacolo insormontabile rispetto alla possibilità che le parti diano vita ad atti di trasferimento atipici, e cioè a negozi traslativi (o costitutivi) diversi da quelli capaci di esprimere al loro interno, a sostegno della vicenda attributiva, una delle funzioni negoziali tipiche, quali ad esempio quella della vendita, della donazione, della permuta: simili atti sarebbero infatti caratterizzati dall'astrattezza, e come tali sarebbero inammissibili³⁵. Più in particolare, non sarebbe dato ai privati di separare ciò che il legislatore mostra di voler unificare nell'unitario contratto causale e traslativo previsto dall'art. 1376, e quindi di conferire autonomia ad una fase obbligatoria, caratterizzata dalla presenza di un obbligo di dare e del relativo *jus ad rem*, anteposta alla fase in cui, in adempimento di tale obbligo, il diritto venga trasferito al destinatario dell'attribuzione³⁶. Il principio posto dall'art. 1376 non tollerebbe dunque eccezioni, non essendo possibile il concorso, nella materia del trasferimento dei diritti, fra principi diversi e in contrasto fra loro³⁷. La disposizione porrebbe anzi, come pure è stato rilevato, una norma di carattere imperativo, e ciò a tutela della posizione dei terzi, per i quali lo scambio di promesse a carattere impegnativo finalizzate al trasferimento del diritto costituisce invariabilmente il segno dell'avvenuto trasferimento, senza che le parti possano separare la promessa dall'atto traslativo³⁸. Anche i casi di adempimento traslativo che sembrano essere previsti dalla legge dovrebbero peraltro essere interpretati in modo da escludere la sussistenza di tale figura³⁹.

³⁵ In tal senso S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in ID., *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Milano, 1951, 278 s. (e già in *Riv. it. sc. giur.*, 1948); ID., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, *ivi*, 343 (e già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950); ID., *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, 422 ss. (e già in *Foro pad.*, 1953); P. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, 24 ss., ad avviso del quale "il nostro ordinamento non prevede un atto *astratto* di trasferimento, vale a dire un atto che produca effetti reali sulla base di una semplice dichiarazione delle parti in tal senso o del puro compimento di un atto formale (*mancipatio, transfert*): la volontà delle parti è idonea a determinare l'effetto traslativo solo mediante la stipulazione di negozi dispositivi giustificati da *una propria causa*, che, pertanto, non obbligano a trasferire, ma direttamente operano il trasferimento, sia pur, talora, dilazionato al verificarsi di un evento successivo o allo scadere di un termine" (corsivi dell'A.).

³⁶ Sulla questione, tra gli altri, L. MENGONI-F. REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 190 ss.; L. MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, *cit.*, 201 ss.; V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contr. impr.*, 1988, 742 ss.; A. SCIARRONE-ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 527 ss.; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, 34 ss.; A. DI MAJO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 781 ss.; F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, estratto da *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, t. II, 2^a ed., Torino, 2002, 12 ss.

³⁷ C. ARGIROFFI, *Del possesso di buona fede di beni mobili*, ne *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Artt. 1153-1157, Milano, 1988, 196 ss.

³⁸ G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, 69 ss.

³⁹ Si vedano, ad esempio, le osservazioni di S. PUGLIATTI, *Considerazioni sul potere di dispo-*

Secondo altri, la legge prevederebbe invece talune ipotesi di adempimento traslativo, là dove, dunque, l'atto di disposizione è 'isolato' rispetto ad una causa negoziale tipica, poiché la causa giustificativa del trasferimento risiede nel preesistente rapporto, "al quale la prestazione traslativa è collegata da una funzione esecutiva"⁴⁰. La possibilità che i privati costituiscano obbligazioni di dare, cui facciano seguito forme di adempimento traslativo, è da altri ancora affermata in via più generale, in base all'assunto, tra l'altro, secondo cui l'art. 1376 permette alle parti di realizzare immediatamente l'effetto traslativo, ma se ciò dalle parti stesse è voluto: la norma, cioè, "agevola le parti, ma non le vincola contro la loro stessa volontà"; la *causa solvendi*, d'altra parte, costituirebbe idoneo fondamento causale per l'attribuzione, che pertanto non dovrebbe dirsi astratta⁴¹. Ipotesi di pagamento traslativo potrebbero dunque essere individuate anche sul terreno di operazioni atipiche, ogniquale volta si sia in presenza di un atto di disposizione non riconducibile ai tipi negoziali provvisti di causa dell'attribuzione patrimoniale, ma causalmente sorretto da un rapporto sottostante, di cui esso costituisca attuazione⁴².

sizione, in ID., *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, cit., 47 s. (e già in *Riv. dir. comm.*, 1940, I), con riferimento al legato di cosa altrui; e di M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, 157, 167, parimenti in ordine al legato di cosa altrui, ritenuto disposizione testamentaria che darebbe sì vita all'obbligo di procurare la cosa del terzo al legatario, ma che poi determinerebbe, per sua efficacia diretta, l'acquisto della proprietà in favore del legatario, allorché la cosa sia acquistata dall'onerato; ovvero quelle, ancora, di S. PUGLIATTI, *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, cit., specie 435 ss., in ordine al mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili o mobili registrati, ritenuto esso stesso fonte dell'acquisto del mandante, all'esito di una fattispecie acquisitiva a formazione successiva, nella quale si colloca anche l'atto del mandatario, ma con valore solo ricognitivo dell'acquisto compiuto dal mandante.

⁴⁰ In tal senso L. MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, cit., 199 ss., con riferimento alle ipotesi del legato di cosa di un terzo (considerato che, ipotizzando il trasferimento diretto dal *de cuius* al legatario, non si spiegherebbe la facoltà alternativa riconosciuta all'onerato, di pagare il giusto prezzo della cosa, e dovrebbe inoltre ammettersi un acquisto *mortis causa* di un diritto mai appartenuto al defunto); del mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili o mobili registrati (considerato che, ipotizzando l'efficacia reale del contratto di mandato, non si spiegherebbe perché lo stesso non debba essere trascritto e possa invece essere trascritto l'atto di ritrasferimento del mandatario); del trasferimento della proprietà di una cosa in adempimento di un obbligo di risarcimento in forma specifica; dell'esecuzione spontanea di una disposizione testamentaria fiduciaria, mediante trasferimento dei beni alla persona voluta dal testatore. Sul punto altresì A. DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 217 ss.; A. LENER, "Expressio causae" e astrazione processuale. Note preliminari ad uno studio sistematico sull'astrazione, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, III, Napoli, 1972, 29 ss.; L. NIVARRA, *Note in tema di obbligazione naturale e trasferimento della proprietà*, in *Dir. priv.*, 1995, 130.

⁴¹ Così A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit., 48 s.

⁴² In tal senso, tra gli altri, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 2, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1984, 32 ss.; G.B. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*,

La giurisprudenza di legittimità, che in alcune occasioni si era mostrata sensibile rispetto al tema dei trasferimenti immobiliari atipici senza però impiegare (almeno in via esplicita) la categoria dell'obbligo di dare, e che aveva ravvisato nel dare il risultato pratico del contratto preliminare di vendita, ha in tempi più recenti ravvisato proprio nell'obbligo di dare, seguito da un atto di adempimento traslativo, l'effetto del patto fiduciario e del mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili⁴³.

Come si diceva, l'eventualità di una riforma delle disposizioni codicistiche dedicate al contratto in generale potrebbe allora rappresentare l'occasione per recepire a livello normativo l'obbligo di dare e il conseguente adempimento traslativo, rendendo così certa l'ammissibilità dell'uno e dell'altro.

L'eventuale riforma potrebbe inoltre rappresentare l'occasione per affrontare il problema del trattamento da riservare all'atto con il quale si opera il trasferimento in adempimento dell'obbligo di dare, mediante un'attribuzione unilaterale 'isolata', sciogliendo in particolare il nodo costituito dalla sorte da riservare all'attribuzione in caso di difetto originario o, rispettivamente, sopravvenuto della sua ragione giustificativa.

Quanto al difetto originario di giustificazione, e cioè di trasferimento ese-

1970, 933 ss.; F. BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 479; V. SCALISI, voce *Negoziato astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 112 s.; L. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, in L. ARU-E. MOSCATI-P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni. Art. 2028-2042*, in *Comm. del Cod. Civ.*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Bologna-Roma, 1981, 198 ss.; A. SCIARRONE-ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, cit., 530; F. GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2899 s.; ID., *Il contratto preliminare*, cit., 10 ss.; A. DI MAJO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, cit., 790 ss., 796 ss.; C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contr. impr.*, 1998, 600 s.; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 54 ss.; EAD., *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale*, cit., 829 ss.

⁴³ Il riferimento, per i trasferimenti immobiliari atipici, è a Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1237; *Corr. giur.*, 1988, 144, la quale ricorre all'art. 1333 al fine di assicurare rilevanza ad un trasferimento immobiliare a titolo gratuito, effettuato in esecuzione di un obbligo assunto dall'autore dell'attribuzione in sede di separazione consensuale; nonché a Cass. 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2895, ove lo schema del contratto a favore di terzi è riferito al caso in cui era stato promesso il trasferimento gratuito di un bene al compratore di altro bene appartenente a diverso proprietario (avvantaggiato così per il maggior prezzo conseguito dalla vendita). Il trasferimento della proprietà, e cioè il dare, è ritenuto il "risultato pratico avuto di mira dai contraenti" nel contratto preliminare di vendita da Cass., SS.UU., 18 maggio 2006, n. 11624, in *Corr. giur.*, 2006, 1394. L'obbligo di dare, in senso proprio, è l'effetto che, secondo Cass., SS.UU., 6 marzo 2020, n. 6459, in *Corr. giur.*, 2020, 589; *Contratti*, 2020, 257; *Notariato*, 2020, 282; *Giur. it.*, 2020, 2622, discende dal patto fiduciario e dal mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili. Ad avviso di Cass., SS.UU., 15 marzo 2016, n. 5068, in *Corr. giur.*, 2016, 610, la donazione di cosa dichiaratamente altrui deve essere qualificata come (valida) donazione obbligatoria di dare: ma in tal caso non si prospetta un vero e proprio obbligo di dare, seguito da un atto di adempimento traslativo, perché la fattispecie è invece assimilata alla vendita di cosa altrui, e quindi ad un atto già in sé capace di dar luogo all'effetto traslativo, differito a un momento successivo.

guito in assenza dell'obbligo di dare, il campo è notoriamente diviso fra quanti sostengono che al *tradens* spetta la sola *condictio indebiti*, e quindi l'azione personale nei confronti del solo *accipiens* (e dei subacquirenti a titolo gratuito, nei casi di cui all'art. 2038), considerato che l'assenza dell'elemento oggettivo 'esterno' non determina la nullità dell'atto e quindi non impedisce il prodursi dei suoi effetti, ma solo la loro conservazione⁴⁴; e quanti invece sostengono la nullità di un simile atto di trasferimento, con le relative conseguenze per i subacquirenti, anche in ragione della possibilità, per il *tradens*, di agire in rivendica⁴⁵. Soluzione, quest'ultima, che appare dotata di maggior coerenza con il sistema complessivo della circolazione dei diritti, e che quindi andrebbe probabilmente preferita, almeno sin quando tale sistema resti incentrato sulla regola del consenso traslativo e quindi sulla nullità per difetto di causa del negozio ad effetti reali: l'assenza originaria della giustificazione esterna di una prestazione 'isolata' denota infatti un difetto funzionale genetico dell'atto che non appare dissimile rispetto a quello dovuto alla carenza, parimenti originaria, di giustificazione per il trasferimento operato da un negozio con causa interna⁴⁶. D'altra parte, come pure si è rilevato, gli inconvenienti che, per i subacquirenti, derivano dalla nullità del trasferimento operato in difetto di *causa solvendi* esterna non sono troppo dissimili rispetto a quelli che si presentano in ogni altro caso di nullità dell'atto di trasferimento anteriore e che – lo si è detto sopra – richiedono un più generale ripensamento delle regole di protezione, a cominciare dalla riduzione del termine quinquennale attualmente previsto dall'art. 2652, n. 6 (e di quello triennale di cui all'art. 2690, n. 3)⁴⁷.

Per quel che invece attiene alla disfunzione dell'atto traslativo con causa esterna sopravvenuta al suo compimento, a seguito del *venir meno* con effet-

⁴⁴ M. GIORGIANNI, voce *Causa*, cit., 566 ss., ove si sottolinea altresì che, ai fini della validità dell'atto che dà luogo ad una prestazione 'isolata', è sufficiente l'elemento soggettivo della imputazione ad uno scopo.

⁴⁵ L. MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, cit., 203 ss.; E. NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale*, cit., 825 s.

⁴⁶ Al riguardo L. MENGONI, *op. ult. cit.*, 208, ove si osserva che la mancanza oggettiva della causa esterna, indicata dalle parti quale ragione dello spostamento patrimoniale, rappresenta un difetto funzionale del negozio corrispondente all'illiceità della causa nei contratti tipici (intesa quale funzionalità concreta di un negozio tipico impiegato dalle parti per il perseguimento di interessi non meritevoli di tutela), e merita dunque lo stesso trattamento, la nullità, espressamente previsto per l'illiceità della causa.

⁴⁷ E. NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale*, cit., 826. Diversamente, sul punto, M. GIORGIANNI, voce *Causa*, cit., 568, secondo il quale, riconoscere al *tradens*, nei casi considerati, la sola azione personale nei confronti dell'*accipiens* risponde anche ad un'esigenza di tutela dei terzi subacquirenti: mentre infatti costoro, "nel caso in cui il titolo del dante causa è costituito da un negozio che ha in sé la sua causa potrebbero aver l'onere di controllare il vizio di questa", nella maggior parte dei casi non sarebbero in grado di accertare la reale sussistenza dell'obbligazione, civile o naturale, che si assuma costituire il fondamento esterno del trasferimento.

to retroattivo dell'obbligo di dare, parrebbe coerente con la unidirezionalità degli effetti propri della vicenda, prevedere a favore del *tradens* lo strumento del recesso risolutorio, secondo quanto sopra si è anticipato⁴⁸.

5. L'accertamento

L'eventualità di una riforma della parte generale del contratto potrebbe costituire l'occasione per affrontare il tema del negozio di accertamento, che, come si sa, molto ha fatto discutere e che presenta inoltre non irrilevanti risvolti applicativi.

In primo luogo, dovrebbe essere risolta la questione concernente la possibilità stessa di concepire, accanto alla funzione dispositiva, caratterizzata da effetti di natura costitutiva, modificativa o estintiva (art. 1321), la funzione di accertamento, che sarebbe propria di negozi con i quali, senza determinare effetti innovativi, le parti si limiterebbero ad accertare la situazione preesistente, rimuovendo l'incertezza che la caratterizzi.

È infatti noto come si sia escluso che tale funzione, tipicamente propria della sentenza, possa essere riferita ad atti di autonomia privata che, essendo per loro natura dispositivi, sono destinati a valere anche in caso di incongruenza con la situazione che le parti pretendono di accertare, così che la certezza conseguirebbe alla sostituzione di una nuova situazione giuridica certa alla precedente situazione giuridica incerta: la certezza indotta dal negozio di accertamento costituirebbe cioè una "certezza creata, non una certezza trovata"⁴⁹.

Come pure è altrettanto noto, la figura in questione è invece da altri ammesa ed è ritenuta capace di vincolare le parti a quanto accertato: ciò, in particolare, o nel senso di obbligare le stesse a "non dare al rapporto preesistente intelligenza diversa da quella su cui converge in quel momento la volontà delle parti" e invece a "dare a quel rapporto quella intelligenza"⁵⁰; ovvero nel senso di determinare direttamente, senza la costituzione di obbligazioni, la "fissazione dei fatti o dei rapporti preesistenti"⁵¹. Un'efficacia, quella che secondo tali assunti sarebbe propria del negozio di accertamento, che si discosta allora da

⁴⁸ Al riguardo E. NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale*, cit., 832, la quale, auspicando un intervento del legislatore, ritiene necessario che l'interprete estenda il raggio applicativo della risoluzione "oltre le disfunzioni del sinallagma".

⁴⁹ F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1595, 19 ss.

⁵⁰ R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980 (e già in *Annali dell'Istituto di Scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali dell'Università di Messina*, VII, 1932-33), 390 s., 393 ss., 422 ss.

⁵¹ M. GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 234 (corsivo dell'A.).

quella propria del riconoscimento previsto nell'art. 1988, sempre suscettibile di essere superato dalla prova contraria in ordine alla sussistenza del rapporto fondamentale e alle sue modalità o contenuti⁵².

La figura è stata recepita dalla giurisprudenza di legittimità, che spesso ne fa applicazione, affermandone la vincolatività per le parti, con la conseguente irretrattabilità della valutazione congiuntamente espressa in ordine al rapporto sottostante, pur in assenza di effetti costitutivi o modificativi⁵³.

In un'eventuale revisione della parte del Codice dedicata agli effetti del contratto dovrebbe allora valutarsi l'ipotesi di prevedere tale peculiare tipologia di effetti, che tanto si discostano da quelli ordinariamente propri del contratto e che, in assenza di norme specifiche, restano di dubbia configurabilità⁵⁴. Si tratterebbe peraltro di una scelta da meditare con estrema attenzione, e forse da evitare, posto che la codificazione dell'effetto di accertamento comporterebbe un profondo ripensamento dell'essenza stessa dell'autonomia privata: come infatti anche di recente è stato rilevato, il potere di disporre non include quello di accertare, poiché decidere significa scegliere e accertare non è decidere, implicando invece una cognizione e una dimostrazione⁵⁵.

La codificazione dell'effetto di accertamento, con valore vincolante per le parti, determinerebbe inoltre non lievi tensioni con il principio del causalismo negoziale, che il negozio di accertamento pone a dura prova tutte le volte in

⁵² In termini diversi V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 494 ss., ad avviso del quale il riconoscimento di debito e la promessa di pagamento, di cui all'art. 1988, svolgono la stessa funzione del contratto di accertamento e ne producono, sostanzialmente, gli stessi effetti; con l'unica differenza rappresentata dal fatto che alla bilateralità del contratto di accertamento si contrapporrebbe la unilateralià del riconoscimento e della promessa. In senso conforme SIRENA, *I contratti di accertamento*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, III, *Effetti*, a cura di M. COSTANZA, cit., 72.

⁵³ Fra le più recenti, possono essere indicate Cass., 24 agosto 2012, n. 14618, in *Notariato*, 2013, 395; Cass., 20 ottobre 2014, n. 22183, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Successione ereditaria*, 120; Cass., 11 aprile 2016, n. 7055, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Contratto in genere*, 302. Ricorrente è l'impiego della figura in tema di arbitrato irrituale: Cass., 19 agosto 2013, n. 19182, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 766; Cass., 17 marzo 2014, n. 6125, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Arbitrato*, 98; Cass., 18 novembre 2015, n. 23629, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Arbitrato*, 73; Cass., 13 marzo 2019, n. 7198, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce *Arbitrato*, 85; ovvero in tema di individuazione del confine fra fondi: Cass., 22 gennaio 2019, n. 1636, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce *Contratto in genere*, 212; Cass., 19 febbraio 2019, n. 4835, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce *Contratto in genere*, 211; o, ancora, in tema di delimitazione del demanio marittimo: Cass., 8 ottobre 2013, 22900, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Porti, spiagge, fari*, 35; Cass., 12 luglio 2018, n. 18511, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Porti, spiagge, fari*, 27.

⁵⁴ Una peculiare efficacia, di natura preclusiva, è prospettata per l'accertamento, ma con specifico riguardo al giudicato, al giuramento e alla confessione, da A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., 503 ss.

⁵⁵ A. GENTILI, *Autonomia privata e potere di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1378 s., ove anche la considerazione secondo cui l'atto, "dove è negozio non accerta, dove accerta non è negozio", in quanto la natura negoziale può riguardare la preclusione di future contestazioni, ma non l'accertamento, e cioè la parte cognitiva.

cui la situazione reale è diversa rispetto a quella accertata e, ancor più, tutte le volte in cui la situazione accertata è addirittura inesistente: in tali casi l'irretrattabilità dell'accertamento costituisce infatti occasione per il verificarsi di spostamenti patrimoniali non giustificati. Al fine di limitare un simile inconveniente andrebbe allora altresì codificata, quanto meno, la possibilità per l'interessato di provare in ogni caso l'inesistenza del rapporto fondamentale, senza che possa distinguersi fra accertamento finalizzato alla soluzione dell'incertezza sull'esistenza del rapporto, ove la prova dell'inesistenza non sarebbe ammessa, e accertamento relativo al solo suo contenuto, ove la prova dell'inesistenza sarebbe invece ammessa⁵⁶.

6. *La destinazione*

In una rinnovata parte generale degli effetti del contratto potrebbe infine trovare spazio la disciplina della destinazione di un bene ad uno scopo, attualmente compresa fra le norme che regolano la trascrizione (art. 2645-ter). Collocazione, quella attuale, che non si sottrae a critiche, considerato che le disposizioni relative alla trascrizione non costituiscono la sede propria per norme che individuano i tratti tipologici dell'atto, definendone inoltre i parametri di validità e regolandone gli effetti. Le disposizioni relative alla pubblicità devono infatti più propriamente occuparsi soltanto delle condizioni per la opponibilità ai terzi degli effetti, che degli atti resi pubblici siano propri in virtù di altre norme, di indole sostanziale⁵⁷. Questa è del resto la tecnica prescelta dal legislatore allorché, successivamente alla disciplina della trascrizione dell'atto di destinazione, ha previsto quella della trascrizione degli atti costitutivi di vincolo, questa volta introducendo una disposizione (l'art. 2645-quater) che non intende dettare una disciplina dell'atto, ma soltanto consentirne la pubblicità.

La disciplina della destinazione, in tale sua nuova collocazione, troverebbe corrispondenza in quella, già attualmente presente fra le disposizioni generali relative agli effetti del contratto, del divieto di alienazione (art. 1379). Anche per la destinazione la norma dovrebbe infatti stabilire, come peraltro già acca-

⁵⁶ Nel senso che le parti del negozio di accertamento possono in ogni caso offrire la prova dell'inesistenza della situazione accertata, al fine di far valere la nullità del negozio stesso per difetto di causa, M. GIORGIANNI, voce *Accertamento*, cit., 239. Nel senso, invece, che la prova dell'inesistenza del rapporto accertato non è ammessa quando l'accertamento mira ad eliminare l'incertezza in ordine alla sua sussistenza ed è invece possibile allorché l'incertezza concerne il modo di atteggiarsi del rapporto accertato, A. LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, Roma, 1970, 61; C. GRANELLI, *Dichiarazioni ricognitive della proprietà altrui su beni intestati al dichiarante*, in *Foro it.*, 1985, I, 239 ss.

⁵⁷ Il punto è sottolineato da F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 166.

de nell'art. 2645-ter, i limiti entro i quali essa possa operare, trattandosi, come nel caso del divieto di alienazione, di un vincolo che incide sui poteri del proprietario e sulla libera circolazione del bene.

Collocare la disciplina della destinazione accanto a quella del divieto di alienazione, che opera sul terreno dei rapporti obbligatori, potrebbe offrire argomenti alle tesi che attribuiscono anche al vincolo derivante dall'atto di destinazione natura obbligatoria, senza quindi configurare in termini di diritto reale atipico la posizione di vantaggio attribuita al beneficiario⁵⁸; e potrebbe quindi favorire la delineazione di un sistema coerente, che comprenda al suo interno tutti gli atti che, benché ad effetti obbligatori, incidano sulla futura circolazione dei beni, impedendola o limitandola⁵⁹.

Resterebbe il problema della struttura, in considerazione del fatto che, almeno secondo una certa prospettiva, l'atto di destinazione sarebbe necessariamente unilaterale, così che potrebbe dubitarsi dell'opportunità di collocarne la disciplina nella parte del Codice dedicata agli effetti del contratto⁶⁰. Va però anche osservato che, da un lato, la questione è discussa anche per l'atto di destinazione quale attualmente previsto dall'art. 2645-ter, poiché non si manca di affermarne la neutralità strutturale o anche la necessaria bilateralità⁶¹; e che,

⁵⁸ Per la realtà, ad esempio, G. PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, ne *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. BIANCA, Milano, 2007, 80 ss.; per il carattere obbligatorio del vincolo, fra gli altri, F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., 166 ss., ove si esclude anche l'ipotesi dell'obbligazione *propter rem*; A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, ne *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 114.

⁵⁹ Si veda, in giurisprudenza, Cass., 14 ottobre 2008, n. 25132, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 425, ove l'art. 1379 si ritiene applicabile anche alla clausola contrattuale con la quale era stata prevista la destinazione esclusiva di un immobile ad una determinata attività: clausola di cui viene affermata l'efficacia obbligatoria e, appunto, l'assoggettamento alla disciplina del divieto di alienazione, ritenuta "applicabile anche a tutte le pattuizioni concernenti il vincolo di destinazione che comportino incisive limitazioni del diritto di proprietà".

⁶⁰ La struttura dell'atto sarebbe intrinsecamente unilaterale secondo A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, cit., 117 s.; nonché E. RUSSO, *Il negozio di destinazione di beni immobili o di mobili registrati (art. 2645-ter c.c.)*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, 2610 ss. Per la unilateralità, inoltre, A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 4 ss.; nonché P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in AA.VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007, 125.

⁶¹ Osserva A. FALZEA, ne *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. BIANCA, cit., 5, che, nel silenzio della legge, la disposizione di cui all'art. 2645-ter comprende "qualunque tipologia di atto giuridico adottata dal destinante e dagli eventuali altri soggetti che con lui concorrono alla stipulazione"; analogamente G. TUCCI, *Fiducie, trust e atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, cit., 2964. La necessaria bilateralità è invece prospettata da F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., 172 s., il quale osserva che, sebbene la struttura unilaterale potrebbe anche essere ritenuta sufficiente con riguardo alla posizione del beneficiario, che dall'atto riceve soltanto vantaggi, l'atto stesso incide negativamente nei confronti dei creditori del disponente, ed è allora a tutela di questi

dall'altro, la nuova disciplina dovrebbe riguardare il vincolo di destinazione in termini più generali rispetto a quanto ora prevede l'art. 2645-ter, estendendosi a casi in cui tale effetto si colloca in contesti sinallagmatici, richiedendo quindi l'accordo delle parti⁶². Sarebbe allora l'art. 1324 a consentire l'estensione della disciplina ad atti unilaterali di destinazione, che vogliano essere ammessi nei casi in cui l'operazione sia caratterizzata dalla gratuità.

Piuttosto, la nuova disciplina dovrebbe chiarire in quali ipotesi il vincolo di destinazione possa essere opposto ai terzi, aventi causa e creditori, se del caso assicurando rilevanza alla qualità dell'interesse perseguito⁶³. A tal fine parrebbe peraltro auspicabile abbandonare il riferimento al criterio della meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, capace di evocare questioni e polemiche note e dalle quali appare opportuno che la nuova disciplina della destinazione resti discosta⁶⁴.

ultimi che sarebbe necessario che la giustificazione della destinazione “emerga a livello di accordo contrattuale”.

⁶² Può qui richiamarsi, a titolo di esempio, il caso deciso da Cass., 14 ottobre 2008, n. 25132, cit., là dove, come sopra visto, in un contratto di vendita si era previsto che l'immobile venduto venisse destinato ad uso esclusivo di negozio, con divieto di qualsiasi diversa destinazione e, in particolare, con il divieto di esercitarvi attività di compravendita o intermediazione immobiliare.

⁶³ Il punto ha costituito oggetto di dibattito, in relazione all'art. 2645-ter, fra chi (A. GEN- TILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche*, cit., 12 ss.) ha rilevato che la destinazione è un *minus* rispetto all'attribuzione, così che i creditori anteriori sono adeguatamente tutelati dall'azione revocatoria (mentre i creditori posteriori hanno l'onere di valutare il rischio del credito tenendo conto del vincolo) e la meritevolezza dell'interesse richiesta dalla norma coincide con la mera liceità; e chi invece, rilevando che la destinazione, almeno quando la stessa non si accompagna all'alienazione, consente al debitore di separare una parte del suo patrimonio, sottraendolo alla garanzia dei creditori, anche anteriori alla trascrizione (F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., 183 s.), pur restando nella disponibilità del debitore, ha segnalato la necessità che una siffatta deviazione rispetto al principio posto dall'art. 2740, comma 1, trovi giustificazione in una peculiare rilevanza dell'interesse perseguito, senza che sia sufficiente la sua mera liceità: in tal senso, ad esempio (e secondo varie prospettive), F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., 169 ss.; P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, cit., 126 s.; A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, cit., 118; M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, ne *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. BIANCA, cit., 67 ss.; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 329 ss.; M. BIANCA, *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, ne *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. BIANCA, cit., 35 s.

⁶⁴ L'inopportunità del riferimento all'art. 1322, comma 2, contenuto nell'art. 2645-ter, è sottolineata da F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., 168 ss., il quale ritiene altresì che la destinazione si giustifichi solo in presenza dello scopo di pubblica utilità, un tempo alla base del riconoscimento delle fondazioni.

GIUSEPPE VETTORI

NORME GENERALI E RIMEDI
NEL PROGETTO DI RIFORMA
DEL CODICE CIVILE SUL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. I soggetti della regolazione. Stato e Repubblica. – 2. Le nuove invalidità. – 3. Il Disegno di legge delega e la revisione della disciplina generale del contratto. – 4. Alcune riflessioni. – 5. Ancora sulla Giustizia contrattuale. – 5.1. Democrazia e giustizia nel contratto. – 5.2. I principi generali nell'Unione europea. Regole e principi.

1. *I soggetti della regolazione. Stato e Repubblica*

Il problema dell'equilibrio originario e sopravvenuto delle prestazioni assieme al rapporto fra legge, giurisdizione e autonomia privata è stato sempre al centro di codificazioni e riforme.

È noto ciò che accadde durante la redazione del progetto italo-francese del 1927. L'articolo 22 era così strutturato: «se le obbligazioni di uno dei contraenti sono del tutto sproporzionate ai vantaggi che ritrae dal contratto e alla prestazione dell'altro contraente, in maniera che, secondo le circostanze, debba presumersi che il suo consenso non sia stato sufficientemente libero, il giudice può, su domanda della parte, annullare il contratto o ridurre l'obbligazione».

Alle opinioni favorevoli di D'Amelio e di Scialoja, Betti replicò che «in tal modo si sarebbe solo codificato un quarto vizio della volontà, in linea con il 'famigerato' dogma della volontà, tipica manifestazione della concezione individualistica propria del diritto naturale ed ereditata dal liberalismo», mentre occorreva difendere la vittima del contratto ingiusto unicamente attraverso la disciplina della illiceità della causa e secondo il modello tedesco della nullità per contrarietà al buon costume¹.

Quasi un secolo dopo, nel riformare il *code civil* la Relazione del Presidente della Repubblica indica la giustizia contrattuale come finalità prioritaria, da realizzare in modo del tutto peculiare: eliminazione della causa e sua sostitu-

¹ V. U. BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato. Testimonianze e divagazioni negli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, in *Quad. fior.*, I (28), 1999, 328-334 e 462-464.

zione con altri rimedi, revisione e ampliamento dei vizi del consenso, ampio spazio alla buona fede, nuova disciplina delle sopravvenienze.

Tanto che, si è scritto, il problema della giustizia contrattuale e dell'equilibrio negoziale è stato ormai risolto, in Francia², sulla base di un progetto chiaro. Aumento dei poteri del giudice temperato da una rigida separazione fra norme inderogabili e dispositive, alla ricerca di un nuovo equilibrio fra autonomia e controllo. Un esempio chiaro si ha nella disciplina delle sopravvenienze che concede al giudice un ampio potere di intervenire sul contenuto del contratto, ma riserva alle parti di derogare a tale disciplina antepoendo la loro volontà a una correzione autoritativa³.

In Italia si propone, nel Disegno di Legge Delega depositato in Senato il 19 maggio 2019, una riforma della responsabilità precontrattuale per dare regole all'omissione di informazioni rilevanti, una nuova disciplina delle fragilità determinate dalla distanza, dalla sorpresa e dalla dipendenza economica, un divieto di pratiche negoziali scorrette, ingannevoli e aggressive, il contrasto alle violazioni dei diritti fondamentali e un nuovo spazio alla rinegoziazione o a un riequilibrio giudiziale del contenuto contrattuale in caso di sopravvenienze rilevanti.

Risulta difficile precisare la finalità del progetto e le modalità della sua realizzazione. Solo poche parole.

I critici di un diritto giurisprudenziale auspicano un ritorno allo Stato senza chiarire se si evochi qualcosa di diverso dal modello del nostro Stato costituzionale fondato sulla sovranità popolare, il controllo della Corte costituzionale, l'attività di una magistratura indipendente e di una scienza libera. Sicché il richiamo di un'entità astratta è fuori dal tempo. Non solo perché lo Stato come istituzione esiste da pochi secoli e anche oggi non è presente ovunque, ma perché un diritto "oltre lo stato" è sempre esistito⁴, anche in pieno positivismo, grazie al ruolo dell'autonomia dei privati, degli operatori pratici e dei grandi maestri, che confrontandosi con testi e consuetudini hanno affermato, in ogni tempo, la loro *auctoritas*.

A ben vedere il ritorno allo Stato cela un desiderio di ritorno alla supremazia della Politica e della Legge contro l'espansione del potere della giurisdizione e delle Corti auspicando che la «positività del diritto, in Italia possa coincidere con la *statualità*». Ma così non è per un motivo chiaro. Il nostro ordinamento esprime una legalità nuova e complessa, articolata nelle diverse competenze dello Stato e della Repubblica evocate con compiti diversi nella nostra Carta costituzionale⁵. «Lo Stato non esaurisce né la dimensione socio-politica, né

² M. FABRE MAGNAN, *Droit des obligations. Tome I – Contract et engagement unilatéral*, Paris, 2016, 41 ss.

³ M. FABRE MAGNAN, *op. loc. cit.*

⁴ Così un classico del pensiero giuridico del novecento: F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, Milano, 1951, 481 ss.

⁵ P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, 91 ss.

quella giuridica» mentre «la Repubblica rappresenta quella realtà ampia e complessa, che è proiezione di un popolo articolato in una pluralità» di istituzioni e ordinamenti disciplinati dalla legge, senza ridurre ad essa tutto il diritto. In altre parole, il nesso diritto-società si apre a una dimensione pluralistica che la Repubblica custodisce attraverso lo Stato e altri organi concorrenti deputati alla formazione delle leggi, a rappresentare l'unità nazionale, alla funzione di Governo e di Amministrazione, e all'attività giurisdizionale e di garanzia costituzionale. Tale contesto non evoca una piramide, ma una geometria di competenze e di poteri coordinati da finalità concorrenti che esigono di ripensare lo stesso principio di legalità e di separazione dei poteri⁶.

Se è così, legge e giurisdizione sono funzioni complementari differenziate da coordinare nella Unità dell'ordine giuridico.

Ebbene, solo con questa consapevolezza si può esaminare da vicino meriti e limiti delle proposte di revisione di un testo fondamentale per la convivenza come il codice civile. Cominciamo per gradi.

2. *Le nuove invalidità*

Sacco⁷, con la consueta lucidità, ha osservato come le ideologie del novecento abbiano nella prima metà del secolo ispirato un modello di nullità affidato a fattispecie rigide capaci di esprimere un disvalore nei confronti delle attività riprovate per la loro contrarietà a un ordine assoluto; ma in realtà già allora, sin dal modello francese⁸, coesistevano forme diverse, disarticolate in plurime invalidità, assolute o relative, sanabili e non.

Le più recenti analisi contrappongono ancora un criterio fisso, affidato alla legge generale e astratta⁹, e una sorta di necessario bilanciamento degli interessi da valutare in concreto¹⁰ che si afferma progressivamente nelle leggi speciali¹¹, nei progetti di uniformazione europei e nelle riforme attuate, in modo diverso, in Francia e in Germania.

Se nelle ipotesi di uniformazione «si regola solo un frammento del contratto», disciplinando nuove forme di vizi del volere e squilibri di diritti e obblighi fra le parti con nullità prescrivibili e sanabili e si trascurano «le regole della

⁶ P. GROSSI, *op. cit.*, 22 ss. e 99 ss.; mi permetto di richiamare anche G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, 209 ss. e 218 ss.

⁷ R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino 2004, 523 ss.

⁸ R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Paris, 1909.

⁹ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

¹⁰ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 500.

¹¹ G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995.

circolazione della proprietà [...] ipotizzando solo un contratto a effetti obbligatori¹²», in Francia e Germania si prendono scelte diverse per la circolazione dei diritti e la tutela dei terzi e per la sanabilità e la prescrizione. In Germania l'astrazione dell'atto traslativo «esclude la rivendicazione dell'originario dante causa che ha alienato in forza di un obbligo invalido», mentre in Francia il principio causale rafforza la tutela del dante causa sino a colpire «chi è divenuto acquirente in base a una catena di trasferimenti»¹³. In entrambi i sistemi i modelli sono stati aggiornati con leggi organiche di riforma e con una nuova disciplina della prescrizione, scandita da un termine breve decorrente dalla conoscenza del vizio e da un termine lungo di sbarramento.

Ebbene, come si è posto in luce chiaramente¹⁴, il modello tedesco di circolazione dei beni basato sull'astrazione è incompatibile con il nostro principio consensualistico, ma la spinta alla revisione dei modelli di equilibrio appare sin dalla comparsa del consumatore nella parte generale del codice, ispirata originariamente ad un solo contraente e ad un solo modello contrattuale. D'altra parte, la recente riforma francese è ispirata ad una visione diversificata di invalidità basata sui diversi criteri: nullità assoluta (1179, 1180) e relativa (1181) parziale, accompagnata da una possibile rinuncia all'impugnazione (1182) e una *actio* interrogatoria (1183), inefficacia che reputa «non écrite» «toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties» (1171), prescrizione di 5 anni con perpetuità della eccezione. Opponibilità ampia ma mitigata dalle regole appena descritte e dalla regola possesso vale titolo.

In Italia sono presenti, senza un coordinamento, vecchie discipline e nuove realtà normative: una nullità opponibile, insanabile e imprescrittibile, varie nullità relative di protezione incoerenti con tali attributi, annullabilità e rescissione, una disciplina speciale per i contratti pubblici (art. 121 e 122 del Codice del processo amministrativo con affidamento al giudice della individuazione delle conseguenze delle ripercussioni del vizio sul contratto), una forma speciale di nullità delle società (2379) con possibilità di sanatoria (2379-*bis*), trasformazione della tutela reale in obbligatoria, salvezza dei terzi in buona fede (2377 comma 7, 2379 comma 4)¹⁵.

È evidente la necessità di un coordinamento per una pluralità di motivi. Per le nullità relative e parziali non si dice niente sulla convalida e la prescrizione e sull'integrazione in caso di eliminazione di una o più clausole, mentre per alcune nullità assolute, vecchie e nuove, come la circonvenzione di incapace,

¹² E. NAVARRETTA, *La causa*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, I, a cura di G. AMADIO-F. MACARIO, Bologna, 2014, 609.

¹³ G. VILLA, *Metamorfosi dell'invalidità, stabilità dei rapporti e circolazione dei diritti*, in *questo volume*.

¹⁴ G. VILLA, *op. cit.*

¹⁵ G. VILLA, *op. cit.*

l'abuso di dipendenza economica, la mancanza o illiceità di una causa in concreto, il difetto di meritevolezza, il contratto è privato totalmente di effetti, insanabile e imprescrittibile in modo, a volte, incoerente.

Da qui la proposta di un ordine basato su tre modelli.

Una nullità conformata su una nullità assoluta, insanabile e opponibile nei casi più gravi, una nullità intermedia per le nullità attuabili solo con un bilanciamento dei diversi interessi secondo il modello societario, una nullità di protezione con norme analoghe all'annullabilità salvo la rilevabilità d'ufficio. Il che eviterebbe di sperimentare forme inedite e di aggirare tradizioni secolari¹⁶.

3. *Il Disegno di legge delega e la revisione della disciplina generale del contratto*

L'art. 1 del Disegno di legge del 19 marzo 2019 descrive in sei punti (da *f* a *m*) i principi e i criteri direttivi della riforma per quanto attiene al contratto: un obbligo di «informazioni di rilievo determinante per il consenso» nella fase delle trattative e della conclusione del contratto (lett. *f*); una disciplina di invalidità del contratto in caso di «pratiche ingannevoli, aggressive o comunque scorrette» e in caso di distanza fra le parti, di sorpresa o di dipendenza» (lett. *g*); una nullità rilevabile d'ufficio dal giudice delle clausole, dei patti o degli accordi che risultino in contrasto con diritti fondamentali della persona di «rango costituzionale», «con salvezza quando possibile delle altre clausole del contratto» (lett. *h*); il diritto alla rinegoziazione secondo buona fede di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili, o in caso di disaccordo il diritto a chiedere in giudizio «l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione originariamente convenuta dalle parti» (lett. *i*), la disciplina di nuovi schemi contrattuali «che vantino una sufficiente tipizzazione sul piano sociale» (lett. *l*); un coordinamento fra «le eventuali ipotesi di concorso, cumulo o sovrapposizione di forme di responsabilità contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale» (lett. *m*). Vediamoli da vicino con attenzione a ciò che la relazione precisa.

I criteri e i principi delle ipotesi da *f*) a *i*) intendono tutelare «prevalentemente, ma non solo, il contraente che si venga a trovare in una situazione di asimmetria nell'arco della intera vicenda contrattuale, dalla fase delle trattative a quella della formazione del contratto fino alla fase esecutiva». In particolare: la previsione degli obblighi informativi (lett. *f*) intende colmare una lacuna nel sistema degli articoli 1337 e 1338. Valorizza la giurisprudenza recente che supera la sola ipotesi del recesso ingiustificato e prende atto del loro rilievo anche in presenza di un contratto concluso e valido. Prevede obblighi infor-

¹⁶ G. VILLA, *op. cit.*

mativi ulteriori rispetto a quelli previsti dall'art. 1338 c.c. Tutto ciò richiamando tre sentenze importanti della Cassazione a partire dalle Sezioni unite del 19 dicembre 2007 n. 26724 (Rordorf) sino alle più recenti della Terza sezione del 8 ottobre 2008, n. 24795, e della Prima Sezione del 23 marzo del 2016, n. 5762. Con una finalità precisa. Superare le incertezze dottrinali e giurisprudenziali, sull'ampiezza interpretativa e applicativa dell'art. 1337 c.c., «bilanciando obbligo di informare e onere di informarsi» attraverso il richiamo alle sole «informazioni di rilievo» che delimita l'oggetto della reticenza ed evita un eccessivo aggravio del dovere di informare «con evidenti ricadute di ordine economico e sociale». Non solo. Si esige attenzione anche alla posizione del destinatario, prevedendo l'efficienza causale dell'omissione determinante del consenso e «il necessario affidamento sulla lealtà della controparte» per «evitare di legittimare condotte negligenti o affidamenti ingiustificati». In tal modo il progetto si propone di innovare il testo degli articoli 1439 e 1440 che «continuano a richiedere condotte commissive connotate da malizia o astuzia, integranti i raggiri, con esclusione delle informazioni concernenti il valore dell'oggetto del contratto». Si può solo osservare che tale intervento appare utile stante le ambiguità anche delle sentenze più recenti che sono in evidente difficoltà nel superare il testo rigido delle due norme¹⁷.

Quanto alla lettera *g*), il progetto si propone di «fornire al consumatore (o comunque alla parte contrattuale che si trovi in una situazione di asimmetria “di fatto”) un rimedio di natura contrattuale per reagire alla pratica negoziale scorretta o alla situazione di «distanza tra le parti (...) sorpresa (...) o dipendenza di una parte rispetto all'altra». Il rimedio è individuato nella forma della «nullità testuale di cui all'art. 1418, comma 3, del codice civile o dell'annullabilità del contratto concluso a valle». Salvo gli strumenti preventivi di tutela affidati all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e l'azione collettiva di cui all'art. 139 del codice del consumo. L'intento, apprezzabile, è di disporre una tutela che non era stata prevista dal decreto legislativo del 6 settembre 2005, n. 206 (artt. da 18 a 27-*quater*) e dalla normativa sui contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, per i quali l'art. 67 cod. cons. prevede obblighi informativi e «il recesso con rinvio alle norme in tema di validità, formazione ed efficacia dei contratti». La scelta del rimedio invalidante tiene conto della differenza fra regole di validità e di responsabilità ripresa ed affermata dalla sentenza Rordorf (del 2007 n. 26724) e opta decisamente per una invalidità senza motivare il perché e con una riserva di scelta fra le due forme previste dal nostro codice civile.

La lettera *b*) si propone di ampliare le tutele contrattuali con una forma

¹⁷ V. Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795, e in particolare Cass. 30 marzo 2017, n. 8260, ove si dà rilievo alla reticenza solo se «si inserisca in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia ed astuzia a realizzare un inganno». E Cass. 8 maggio 2018, n. 11009, che nega rilievo al «semplice silenzio e alla reticenza anche su situazioni di interesse della controparte».

di nullità di protezione che va oltre le singole disposizioni specifiche con una «generalizzata applicazione» a clausole, patti o accordi in contrasto con la «tutela dei diritti della persona aventi rango costituzionale» garantendo, quando è possibile, la perdurante efficacia delle altre clausole del contratto.

La lettera *ì*) concerne il tema della sopravvenienza nella fase esecutiva di contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita. Riflette sugli spazi limitati e con effetti solo caducatori «riconosciuti sin ora ad un intervento correttivo dell'equilibrio contrattuale concordato fra le parti», richiamando l'ipotesi della riduzione della clausola penale e la nullità della caparra confirmatoria eccessiva configurata dalle ordinanze della Corte costituzionale n. 248 del 24 ottobre 2013 e n. 77 del 2 aprile 2014. Prevede un rimedio di «generale applicazione, idoneo a ristabilire l'equilibrio fra le prestazioni». Un equilibrio economico che tenga conto «della proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti» con esclusione di qualsiasi vizio genetico già disciplinato dal codice e la previsione, invece, di un diritto alla rinegoziazione secondo buona fede e, in caso di mancato accordo, un intervento del giudice «cui può essere richiesto l'adeguamento delle condizioni contrattuali», in conformità con la clausola di solidarietà sociale prevista dall'art. 2 della Costituzione e in linea con l'ordinamento europeo in tema di «sindacato e intervento giudiziale sull'autonomia contrattuale dei privati, in specie a tutela dei contraenti “deboli” dei contratti tipicamente asimmetrici».

Seguono ai punti *l*) e *m*) una disciplina di schemi contrattuali tipizzati socialmente, come il *trust* interno e la fiducia, e l'intento opportuno e delicato di «coordinare più razionalmente e compiutamente le eventuali ipotesi di concorso, cumulo o sovrapposizione di forme di responsabilità contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale».

4. *Alcune riflessioni*

a) Il sistema delle invalidità nel disegno di riforma è sfumato e incompleto.

Le modifiche del sistema delle invalidità esigono di far ordine nella disciplina del codice. Un compito affidato ancora alla giurisprudenza, che si trova a ripensare il rapporto fra nullità assoluta e di protezione e i limiti di questa disciplina in assenza di dati certi nella normativa generale e speciale. Non solo. Le ipotesi di inserimento delle nuove disposizioni sulle pratiche negoziali scorrette e la dipendenza economica nelle norme sulla rescissione è criticabile sotto diversi profili. Anzitutto, per l'opportunità di mantenere in vita norme che la prassi ha trascurato del tutto perché prive di effettività e di coerenza con l'impianto di una visione attuale delle invalidità e dell'equilibrio negoziale.

Il sistema va ripensato in base alle due forme di nullità e annullabilità, se si

voglia conservare questa dicotomia, salvo le ipotesi di forme espresse di nullità testuali.

Resta poi da ridefinire un organico ruolo dell'azione di ripetizione privo di riferimenti chiari nel codice e bisognoso, invece, di una più attenta disciplina per le forme assolute, le nullità di protezione e le nuove e vecchie ipotesi di annullabilità¹⁸.

Anche in questo, caso la giurisprudenza ha indicato una possibile strada da percorrere e la dottrina più attenta ha ipotizzato diverse alternative¹⁹.

b) La mancata previsione di una disciplina sulla vessatorietà di clausole predisposte nella parte generale del contratto (1341-1342 cc.)

Sorprende l'assenza di una norma generale sui contratti predisposti quale quella presente nella riforma del *code civil*. Solo un cenno e un invito alla riflessione²⁰.

La *loi de ratification* n. 287 del 2018 ha modificato l'*ordonnance* n. 131 del 2016 sul tema del contenuto contrattuale predeterminato da una delle parti, che è ora regolato in una norma frutto di una evoluzione in corso d'opera. Il Progetto della Cancelleria faceva riferimento al *contrat d'adhésion* mentre l'*ordonnance* ha distinto nell'art. 1110 il *contrat de gré a gré* e il *contrat d'adhésion* e inserito una norma (1171) che consente al giudice di ritenere non scritta la clausola che crea un «*déséquilibre significatif*». Nella legge n. 287/2018 sono stati modificati i due articoli: 1110 e 1171. Nel primo si è eliminato il riferimento alle condizioni generali e fissato come tratto significativo del *contrat d'adhésion* l'«*absence de négociabilité*». Nell'art. 1171 si sono inseriti come elementi tipici del disequilibrio l'assenza di negoziazione e la predeterminazione di una parte. Delimitando così il potere del giudice²¹.

Gli artt. 1341 e 1342 del codice civile italiano, che anticiparono i tempi sui contratti predisposti, debbono essere ripensati con un ampliamento del controllo solo formale previsto con la doppia sottoscrizione. Il modello di riferimento può essere coerente con le indicazioni dei progetti europei (PECL 4:110 e DCFR II 9:408) e deve dettare una regola sull'equilibrio negoziale per ogni contratto, oltre la disciplina del rapporto di consumo e delle singole ipotesi di nullità di protezione. Il che può completare, a livello generale, le nuove forme di reazione contro carenze di informazione, pratiche sleali e abuso di dipendenza, in un quadro complessivo e più adeguato di rimedi.

¹⁸ G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, *passim*.

¹⁹ D. IMBRUGLIA, *Appunti sulle restituzioni*, in *Giur. it.*, 2020, e *ivi* il richiamo a G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, 181-182, e V. SCALISI, *op. cit.*, 489, ora in ID., *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011, 183.

²⁰ D. IMBRUGLIA, *La Loi de ratification dell'ordonnance di ricodificazione e il ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1268 ss.

²¹ V. su tale vicenda, e non solo, la limpida e rigorosa analisi di D. IMBRUGLIA, *op. ult. cit.*, 1264-1273 e *ivi* l'ampia bibliografia.

c) La norma sui diritti fondamentali

È noto che la scienza giuridica più autorevole²², per merito, in particolare, di Canaris²³ e Alexy²⁴, ha iniziato a prendere le distanze dalla contrapposizione fra efficacia diretta e indiretta dei diritti fondamentali, e si è mossa verso la ricerca di poche e semplici figure concettuali per spiegare e orientare l'influenza della Costituzione. Destinatario dei diritti resta, per Canaris, lo Stato, ma quando la tutela accordata al privato dalle norme ordinarie e dai giudici civili è minore di quanto risulta dal contenuto dei diritti fondamentali, lo Stato e i suoi Organi hanno un obbligo di intervenire, tramite le clausole generali, e il giudice ha un potere ampio nel «garantire la capacità effettiva di decisione contro ingerenze indebite»²⁵, utilizzando forme come il divieto di ingerenze, il diritto di difesa e di protezione. Si ha così una delle più raffinate costruzioni della efficacia mediata, temperata da chi avverte²⁶ l'insufficienza della distinzione fra applicazione diretta o indiretta e valorizza l'attuazione dei diritti fondamentali, insistendo sulla necessità di un nuovo onere argomentativo che resta il vero tema tutt'ora da approfondire²⁷. Solo un cenno.

Nell'ultima parte del Novecento, come è noto, le posizioni sono molto diverse ma si affronta e perfeziona la creazione di un nuovo spazio e di un nuovo rapporto fra diritto costituzionale e diritto privato basato sulla consapevolezza di un nuovo sistema di fonti e di una dogmatica aperta a una diversa osservazione e manifestazione dello spirito del tempo, ove i principi appaiono come un necessario strumento di lettura del reale, non più riducibile solo entro lo schema della legge astratta e della fattispecie, e la Scienza giuridica, sin dai primi anni Settanta, inizia a riflettere su una legalità nuova e diversa che investe l'intero diritto privato. Merito di autorevoli Maestri, ma anche di una casistica risalente nel tempo e assai rilevante in Germania²⁸, in

²² V., per un'ampia raccolta di scritti, P. FEMIA, *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, Napoli, 2018, 3 ss.

²³ C.-W. CANARIS, *Diritti fondamentali e diritto privato*, in P. FEMIA, *Drittwirkung*, cit., 105 ss.

²⁴ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1994, 475 ss.

²⁵ C.-W. CANARIS, *op. cit.*, 105 ss.

²⁶ R. ALEXY, *op. cit.*, 475 ss.

²⁷ Anche perché la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 1993 sul garante insolvente (che dà rilievo, in base ai principi costituzionali, alla strutturale debolezza di una parte) è contrastata da chi auspica «il ritorno di un diritto civile irrigidito nelle sue tradizionali categorie assiologiche» che escludono un rilievo a squilibri accettati dalla parte svantaggiata in base ad un valido consenso. V., sul punto, G. TEUBNER, *Un caso di corruzione strutturale? La fideiussione dei familiari nella collisione di logiche d'azione incompatibili* (BVerfGE 89, 214 ss.), in P. FEMIA, *Drittwirkung*, cit., 207 ss.

²⁸ In Germania è sufficiente ricordare le sentenze commentate da C.-W. CANARIS, *op. cit.* Si veda, in particolare, con riferimento al caso Lüth, sull'invito al boicottaggio di un film con propaganda antisemita come espressione di un diritto fondamentale alla libera espressione del pensiero che incide sulla disciplina della responsabilità civile, H-P. HAFERKAMP, 1958: *La sentenza Lüth del Bundesverfassungsgericht*, in P. FEMIA, *Drittwirkung*, cit., 39 ss. Altri casi

Italia²⁹ e nelle Corti europee³⁰.

Tutto ciò porta a dire che il riferimento nel codice civile alla violazione dei diritti fondamentali è utile e opportuno, perché supera la vecchia distinzione fra efficacia diretta e mediata dei diritti, esplicita una contrarietà all'ordine pubblico al di là di una norma indeterminata priva di una sufficiente tipizzazione, si pone come «ampliamento delle tutele contrattuali» ed estende la «nullità di protezione oltre l'ambito delle specifiche previsioni variamente presenti nell'ordinamento, per farne un istituto di generalizzata applicazione»³¹, giovandosi di un'ampia prassi giurisprudenziale³².

riguardano poi clausole di non concorrenza pattuite senza previsione di un indennizzo (1990), sino alla famosa sentenza del 1993, sul garante privo di patrimonio, con una motivazione forte che esplicita un vero cambio di orizzonte nel diritto dei contratti: «non si può tollerare che una parte in posizione di forte preminenza possa determinare unilateralmente il contenuto di un contratto, ledendo l'autonomia personale dell'altra». E altri casi ancora investono la libera manifestazione del pensiero, che non può condizionare l'obbligo di contrarre del datore di lavoro (1984), o il diritto del figlio a conoscere il proprio padre biologico contro le norme ordinarie restrittive in presenza di uno *status* legittimo. V., per tutto ciò, P. FEMIA, *Drittwirkung*, cit. e *ivi* i saggi di H.-C. NIPPERDEY, *Diritti fondamentali e diritto privato*, 53 ss., G. DÜRIG, *Diritti fondamentali e giurisprudenza civile*, 73 ss., D. GRIMM, *Diritti fondamentali e diritto privato nell'ordinamento sociale civile*, 3 ss., S. OETER, «*Drittwirkung*» dei diritti fondamentali e autonomia del diritto privato. Un contributo alla dimensione giuridico funzionale nel dibattito sulla *Drittwirkung*, 161, K.-H. LAUDER, *La Drittwirkung dei diritti fondamentali nel "Diritto privato costituzionale" come diritto delle collisioni*, 231 ss.

²⁹ In Italia, le sentenze su cui si discute di più sono oggi in tema di contratto, ove si dichiara nulla per contrasto con il principio di solidarietà una clausola che vieta la presenza di estranei nel bene locato, le ordinanze della Corte costituzionale sulla caparra eccessiva e in tema di responsabilità civile, ove il Giudice delle Leggi (Corte Cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in *Giur. cost.*, 2014, 3908, con nota di R. CAPONI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*) trae il diritto ad una tutela effettiva dal combinato disposto degli artt. 2, 3, e 24, superando il principio di immunità degli Stati per crimini di guerra, e, ancora, la Cassazione nel caso *Cir-Fininvest*, in tema di rimedi (Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2910, con nota di B. SASSANI, *In difesa del senso comune. Noterelle intorno al dolo del giudice e al suo libero apprezzamento in sede risarcitoria*) e sulle regole del processo (Cass. Sez. Un., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Foro it.*, 2016, I, c. 255, con nota di C.M. CEA, *Tra «mutatio» ed «emendatio libelli»: per una diversa interpretazione dell'art. 183 c.p.c.*), e della concorrenza (Cass., 4 giugno 2015, n. 11564, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2752, con nota di M. CASORIA, R. PARDOLESI, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle Corti?*). Temi tutti ove i principi costituzionali incidono sulla soluzione di fondamentali problemi di vita.

³⁰ Ed è solo il caso di ricordare che nelle Corti europee i principi e l'effettività in particolare sono utilizzati dalla Corte di Giustizia contro restrizioni di protezione, e la seconda come principio ermeneutico e come principio che rafforza ed estende la tutela dei diritti fondamentali. Analogo impiego ne ha poi fatto la Corte EDU in tema di fecondazione assistita, di diritti patrimoniali di un contraente e di diritti previdenziali e sociali del lavoratore, v. G. VETTORI, *Effettività delle tutele*, cit., 393 ss.

³¹ Così il Disegno di legge Delega del 19 marzo 2019, Atti Parlamentari, 11

³² Così testualmente G. VETTORI, *Contratto e costituzione*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Contratto*, Milano, 2021.

Le critiche rivolte al progetto francese, che hanno condotto all'abbandono della norma nel progetto di riforma del *code civil*, sono superabili per una serie di motivi³³.

L'attenzione in Francia alle norme della Costituzione è assai timido, per una ragione storica. La Costituzione francese del 1958 ha disciplinato solo i poteri dello Stato, anche se il consiglio Costituzionale ha stabilito, in più occasioni, che l'autonomia dei contraenti è un principio fondamentale (ai sensi dell'art. 34). Solo una decisione, del 16 giugno 1971, ha conferito valore costituzionale al preambolo del 1958 che si riferisce sia alla Dichiarazione dell'uomo e del cittadino del 1781, sia alla Costituzione del 1946. Tutto ciò ha dato spazio ai principi generali, specialmente dopo la riforma del 1974, che ha ampliato le modalità di ricorso al Consiglio, e dopo la Riforma del 2008³⁴. Ma il ruolo della Costituzione nei rapporti privati è ancora non avvertito in pieno dalla stessa dottrina più autorevole, e ne è prova l'evoluzione della riforma del *code* sul punto.

Nel progetto di riforma del *code civil*, l'art. 1102 stabiliva che il principio di ordine pubblico «non permette di violare diritti e libertà fondamentali riconosciuti in un testo applicabile alle relazioni fra privati». La disposizione è stata poi abbandonata, per il timore di conferire un potere eccessivo ai giudici³⁵.

D'altra parte, l'esigenza di rigore e di prevedibilità nell'attuazione dei diritti nel testo del codice italiano deve essere fissata con grande attenzione. E con un invito chiaro all'interprete.

«Non basta il richiamo ai principi per motivare una sentenza o costruire una interpretazione condivisibile. Non è sufficiente far leva sul consenso sociale, lo spirito del tempo o la forza della ragione. La loro attuazione richiede un metodo ermeneutico e dogmatico, un ragionamento soggetto ad un controllo di coerenza con il sistema positivo attuale, scandito da passaggi indicati da norme attualizzate nel loro significato. L'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, fino a che esiste nel suo testo legato ad un passato travolto dalla storia»³⁶, deve essere oggetto di una lettura ermeneutica e non analitica. Il suo testo esige il riferimento primario ad un testo di legge e al significato delle parole, ma non solo. Contiene

³³ F. MARCHADIER, *Le controle du contrat au regard des droit fondamentaux: une question qui ne se pose pas et dont la réponse est évidente?*, in RDC, 2016, 518 ss.; G. CHANTEPIE-M.LATINA, *La réforme du droit des obligations*, Paris, 2016, sub art. 1102.

³⁴ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome I – Contrat et engagement unilatéral*, Paris, 2016, 41 ss., e G. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 177 ss.

³⁵ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, 43 ss.

³⁶ Auspica la sua cancellazione «come traccia inammissibile dello stalinismo autoritario fascista» P. GROSSI, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 68 e, da ultimo, nella bella intervista di F. PEDRINI, *Colloquio su Storia, Diritto e Costituzione. Intervista al Prof. Paolo Grossi (Citille in Chianti 10 giugno 2020)* in *Lo Stato*, 2020, 14, 261.

il rilievo all'intenzione del legislatore che esige un riferimento "al diritto oggettivamente esistente" e dunque al complesso delle fonti descritto nell'art. 117. Non solo. Quando richiama i principi dell'ordinamento giuridico dello Stato, va corretto dalla superiore norma contenuta nell'art. 11 che consente, in condizioni di parità, limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni. L'art. 113 c.p.c. dispone che "nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto". Tale parola, oggi, non può che essere comprensiva della Costituzione, dell'ordinamento comunitario e dei vincoli internazionali. L'art. 118 disp. att. c.p.c. precisa che nelle sentenze devono essere esposte le questioni discusse e decise e "indicate le norme di legge e i principi di diritto applicati". In ogni caso il rimedio o la tutela deve essere tratta partendo dalle norme e dalle tecniche previste dalle leggi civili, integrate dal rilievo dei principi tratti dalle norme ordinarie e dai principi costituzionali»³⁷.

Solo così una nuova norma sui diritti nel contratto fornirà un chiaro contesto e sarà strumento adeguato di tutela.

5. Ancora sulla Giustizia contrattuale

5.1. Democrazia e giustizia nel contratto³⁸

Il diritto e il linguaggio hanno il comune scopo di ordinare la società. Per garantire il primo, le libertà di singoli e istituzioni. Il secondo la comunicazione e la coesione di una comunità³⁹. In entrambi i casi occorre una cautela primaria. Si deve togliere peso alle parole per avvicinarsi ai fatti⁴⁰, alla realtà effettuale. Democrazia e giustizia nel contratto sono parole che hanno necessità, per un uso corretto, di questa opera di decostruzione. Iniziamo dalla prima.

Si sostiene di recente che il diritto contrattuale deve avere una base democratica, al pari del diritto pubblico. E sul punto si manifesta una idea chiara. Se in una comunità si è potuto influire sul processo legislativo di formazione delle regole, il risultato acquisito non può essere contraddetto da standard esterni come la giustizia, la morale, la tradizione, l'efficienza o altri fondamenti. Ciò porta ad affermare una teoria procedurale del diritto dei contratti. Con una conseguenza. Argomenti basati sull'autonomia delle parti, la protezione dei più

³⁷ Mi permetto di richiamare testualmente il contenuto di G. VETTORI, *Contratto e costituzione*, cit.

³⁸ Nelle pagine seguenti si riproducono osservazioni già svolte in precedenza e raccolte ora nel volume G. VETTORI, *Effettività fra Legge e Diritto*, Milano, 2020, 17 ss. e 135 ss.

³⁹ P. GROSSI, *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante della società*, in La Crusca, Firenze, Accademia della Crusca, n. 47, 2013, 1 ss.

⁴⁰ I. CALVINO, *Lezioni americane, la leggerezza*, Milano, 1988, 3.

deboli, la giustizia correttiva, l'efficienza economica o le tradizioni giuridiche dovranno dimostrare la loro forza all'interno del dibattito democratico senza pretendere di poter influire sulla disciplina positiva. Ancora. Secondo questa visione, la giustizia o la legittimità del contratto non possono essere determinate in anticipo da analisi teoriche, ma dovranno imporsi all'interno di un dibattito democratico per una ragione condivisibile. I teorici del diritto privato non hanno accesso privilegiato alla verità sul contratto e alla giustizia contrattuale⁴¹.

Questa lucida analisi, comune a una parte autorevole della dottrina italiana, muove da una premessa altrettanto assoluta. Afferma la priorità della legge come solo e unico strumento per assicurare un controllo democratico del contratto e manifesta una fiducia assoluta nel principio di legalità espresso da un modello di Stato che mostra, oggi, elementi di profonda trasformazione nei singoli ordinamenti e in Europa. Provo a indicare qualche aspetto.

Il ruolo della legge nello Stato di diritto ottocentesco è noto. Le regole e le tutele stanno nei codici. I diritti e i principi appartengono alla Politica e il giudice può solo dare voce ai suoi comandi. Il primato della legge e delle regole domina ovunque, nell'Europa continentale e, in forma diversa, nella tradizione di *common law*. Le motivazioni sono espresse con lucidità e recepite da tutti come tratto comune del tempo.

Si è voluto opporsi al modello affermatosi in America per una ragione scritta nella nostra storia, nata dalla Rivoluzione francese e consolidata nella conquista della sovranità popolare che non può essere rovesciata dai Tribunali. Il nocciolo del positivismo europeo sta tutto qui⁴². Il giudice applica la legge senza interpretarla e non ha altra forma superiore, perché la sovranità del popolo si manifesta nella funzione legislativa, mentre le Costituzioni sono testi di principi che appartengono alla politica, appunto, non alle Corti.

Questa visione ha resistito, in Italia, sino agli anni 60 del Novecento e ha subito una trasformazione radicale che incide sulla nostra forma democratica con un carattere irreversibile. I tratti sono ormai evidenti, anche se non condivisi da tutti, e le tappe di questa evoluzione sono oramai ripetute come litanie⁴³.

⁴¹ M.W. HESSELINK, *Democratic Contract Law*, in *ERCL*, 2015, 83.

⁴² V. N. BOBBIO, *Teoria della giustizia. Lezioni di filosofia del diritto* (1953), Torino, 2012.

⁴³ Per una sintesi v. il volume collettaneo *I Principi nell'esperienza giuridica*, in *Riv. it. Sc. giur.*, 2014, 3 ss. Il primo codice civile del Regno d'Italia fu emanato il 2 aprile 1865, quando Firenze era capitale, e l'art. 3 di quel testo richiama, come criterio ermeneutico e di chiusura, i "principi generali del diritto". Nel maggio 1940 si tenne a Pisa un Convegno che nel titolo conteneva un preciso proposito: "Formazione legislativa dei principi generali del diritto". La ragione era politica, naturalmente. Il nuovo codice civile era in formazione, ma non risultava conforme all'ideologia del tempo. I principi sovrapposti al codice e a tutto l'ordinamento dovevano consentire questo allineamento. La reazione negativa dei giuristi del tempo fu netta e scandita da una serie di preoccupazioni. La cautela nei confronti di un'opera oppressiva dell'ideologia. I timori per le insidie del diritto naturale «inteso come un incombente (e sfuggente) minaccia da esorcizzare». L'avversità nei confronti del giudice legislatore. L'esito fu la codificazione di una norma molto diversa dalla precedente. L'art. 12 delle Disposizioni al codice civile vigente

Certo è che il tema dei principi generali torna, già nella seconda metà del Novecento, all'attenzione dei giuristi. Basta qualche cenno. La Corte costituzionale, nella sua prima sentenza del 1956, ribadisce il valore giuridico delle norme costituzionali prive di fattispecie. I civilisti, già negli anni sessanta, iniziano a sottolineare la forza espansiva dei principi di eguaglianza e solidarietà e si impegnano negli anni successivi in una vera e propria rilettura degli istituti civilistici. I magistrati, nel Convegno della loro Associazione svolto a Gardone nel 1965, si impegnano, in un vero e proprio manifesto, all'applicazione diretta della Costituzione. La Corte costituzionale, dagli anni novanta, afferma che le norme «si dichiarano incostituzionali solo se non si può trarre da esse un'intera costituzionalità», invitando i giudici e gli interpreti a un controllo diffuso che spinge ad una interpretazione costituzionalmente orientata⁴⁴.

Ciò che sta accadendo oggi è chiaro ed è stato scandito con parole limpide. Il giudice italiano ed europeo salito dalle leggi ordinarie alle norme costituzionali. Muta il rapporto fra legge e giudici perché le regole, i diritti, le tutele devono essere ricercate in via interpretativa in un sistema plurale di fonti dove sono centrali la Costituzione e le Carte europee e sovranazionali. Tutto ciò è espresso dalla teoria dell'interpretazione conforme, imposta dai Giudici delle leggi ad ogni Tribunale e ad ogni interprete. Il confronto fra legge ordinaria e costituzionale deve essere fatto con rigore e piena effettività. Se ciò non avviene, il ricorso alla Consulta è addirittura inammissibile. E il significato di questa indicazione precettiva è evidente. Il giudice ordinario (tramite la scienza giuridica) deve collaborare alla ricerca del significato impegnativo della legge, ricercando la regola e le tutele conformi con le norme costituzionali.

Ma è evidente la novità. Queste norme sono espresse in principi fondamentali per l'assetto dello Stato ma prive di fattispecie. Sono testi non solo programmatici ma da tradurre in regole con la legge o l'attività del giudice.

Questo dato appare a molti irreversibile e le ragioni sono molteplici.

Sono mutati i caratteri della legge e delle Costituzioni. La legge non può stare dietro alle trasformazioni dei diritti e delle tutele se non "galoppando", senza un ordine coerente, dietro fatti in profonda evoluzione. La Costituzione ha perduto il carattere mitico e astratto e si è avvicinata alla realtà. Il suo contenuto è negoziato o imposto da un ordine sovranazionale come nel *Fiscal compact* e nel nuovo art. 81 della Costituzione, ove le fasi avverse e i cicli economici sono entrati nel testo costituzionale dotato ora di una precisa e diversa concretezza.

fa riferimento «ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». L'esito era chiaro. Si restringeva lo spazio dei principi per una pluralità di motivi. La giuridicità non ne ha bisogno, perché è contrassegnata dalla positività e dalla statualità del diritto. Solo così si può assicurare certezza e stabilità dell'ordinamento e ribadire la centralità del codice civile.

⁴⁴ U. BRECCIA, *Principi: luci ed ombre nel diritto contemporaneo*, in *Riv. it. Sc. giur.*, 2014, num. spec., 121 ss., e *ivi* A. JANNARELLI, *I principi nell'elaborazione del diritto privato moderno: un approccio storico*, 33 ss.; G. ALPA, *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, 77 ss.

Tutto ciò muta i contorni del vecchio Stato di diritto in ogni suo aspetto. Al potere unico si sostituisce un pluralismo forte. La legge è subordinata alle norme costituzionali. La Carta fondamentale è affiancata dall'ordinamento comunitario e dai vincoli internazionali (art. 117 Cost.).

Giudici e legge acquistano una parità nel dare attuazione ad un sistema di fonti complesso. Nessuno dei due poteri ha l'ultima parola e ciò non è un'anomalia ma un progetto politico e una nuova forma democratica che emerge dalla trasformazione costituzionale. L'unica strada percorribile è un dialogo fra i due poteri, entrambi consapevoli dei rischi che sono insiti nel nuovo modello che dovrà confrontarsi con le tecniche applicative di un nuovo ordine costituzionale e di un'inedita garanzia di certezza del diritto⁴⁵.

Se tutto ciò è vero la conclusione è evidente. Un modello democratico di controllo del contratto affidato alla sola legge e alle sue garanzie procedurali è messo in discussione in Italia ma anche in Europa. Basta un cenno.

5.2. I principi generali nell'Unione europea. Regole e principi

Le opere più recenti nel dibattito europeo assumono atteggiamenti diversi⁴⁶, che è facile immaginare.

L'organizzazione politica dell'Unione è un *unicum* rispetto ai modelli del passato e del presente. Solo assicurando il rispetto dei Trattati e delle norme comunitarie si è scoperto il ruolo dei principi che guidano l'interpretazione. Ma ecco il punto su cui si riflette e su cui la dottrina si divide.

Se le regole creano diritti e obblighi, i principi, per loro natura (in quanto astratti, flessibili e non specifici), non hanno di per sé questa funzione. È necessaria un'applicazione giudiziaria perché essi diventino parte dell'ordine legale («*they are linked to rules, but are not rules themselves*»)⁴⁷.

Il dibattito, è noto, deve molto alle classiche opere di Esser⁴⁸, che respinge, già negli anni cinquanta del Novecento, la irrilevanza per il diritto dei giudizi di valore, e di Dworkin⁴⁹, che dimostra l'importanza dei principi nelle domande di senso e nelle scelte tragiche del diritto. Seguendo tali tracce, l'opera fondamentale di Tridimas⁵⁰ descrive e fonda il ruolo dei principi nel diritto amministrativo e costituzionale europeo, ma il tema non è stato affrontato,

⁴⁵ M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2014, 295 s.

⁴⁶ V., in particolare, per un'efficace sintesi, il bel volume di N. REICH, *General principles in EU Civil law*, Cambridge, 2014, 1-16.

⁴⁷ N. REICH, *General Principles of EU Civil law*, 3.

⁴⁸ J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956.

⁴⁹ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977.

⁵⁰ T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU law*, 2006.

con eguale profondità, nel diritto dei privati. Il motivo è chiaro.

La legislazione, sino al Trattato di Maastricht, privilegia le relazioni verticali (fra cittadini e istituzioni) e trascura le relazioni orizzontali (fra cittadini). Solo progressivamente si sviluppa (nelle sentenze della Corte di Giustizia) il ruolo dei principi attinenti alla non discriminazione e ai rapporti di consumo. Anche se per molto tempo si dubita che esistano perfino le competenze e le ragioni per intervenire, con provvedimenti normativi, sulla disciplina generale del contratto o della responsabilità.

Stenta, insomma, a svilupparsi un forte dialogo, perché «*the community legal order is a new and young legal order wich needs to be developped further*»⁵¹. È insieme un *prius* e un *posterius*, potremmo dire.

Ciò che manca, come si osserva esattamente, sono molte buone proposte⁵² e la letteratura recente sta colmando quel vuoto. In modo molto articolato.

Norbert Reich⁵³ individua gli scettici e gli ostili. Fra questi un autorevole giurista inglese⁵⁴ che solleva una questione di fondo. Anche se si costruisse un ruolo dei Principi nel solo *acquis* legislativo dell'UE, il risultato inevitabile finirebbe per limitare l'area dell'autonomia nazionale nei settori interessati. Insomma un più coerente sistema nella UE potrebbe condurre ad una minore coerenza del diritto nazionale e tale risultato appare preoccupante.

Si può osservare che ciò è frutto di una pre-comprensione negativa sul ruolo dell'Unione europea. Ma il numero delle opinioni critiche è molto ampio.

Alcuno si stupisce di come dal “*patchwork*” della regolazione contrattuale in Europa si possano trarre principi generali e osserva che «*only principles of an intermediate level can be found in EU contract law*»⁵⁵. Altri osserva che alcuni principi utilizzati dalle Corti (come l'equità e l'eguale trattamento) sono basati su di una valutazione dei giudici che è difficile applicare in termini generali⁵⁶.

A ciò si replica, appunto, con alcune buone proposte che individuano pochi e certi principi tratti dalle fonti legislative della UE e dall'attività della Corte di giustizia.

Si fa leva sugli articoli 114 TFUE sul funzionamento del Mercato Unico, 53 TFUE sulle politiche sociali, 157/19 TFUE sulla non discriminazione, 81 sulla cooperazione giudiziale nella materia delle controversie civili. Su tali basi

⁵¹ T. TRIDIMAS, *op. cit.*, nt. 2 at 1729 richiamato da N. REICH, *op. cit.*, 7.

⁵² A.S. HARTKAMP, *The general Principles of EU Law and Private Law*, in *RebelsZ*, 2011, 241 ss.

⁵³ N. REICH, *op. cit.*, 6 ss.

⁵⁴ S. WEATHERILL, *The 'principles of civil law' as a basis for interpreting the legislative acquis*, in *ERCL*, 2010, 74; e D. LECZYKIEWICZ-S. WEATHERILL (eds), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, 2013, 131.

⁵⁵ Questa l'opinione di M. HESSELINK, in D. LECZYKIEWICZ-S. WEATHERILL (eds), riferita da N. REICH, *op. cit.*, 7.

⁵⁶ J. BASEDOW, *The Court of Justice and Private Law: Vacillations, General Principles and the Architecture of the European Judiciary*, in *ERPL*, 2010, 475.

si analizzano nelle pronunzie della Corte di giustizia i presupposti e gli argomenti per fondare sette principi generali: “*Framed*” *autonomy*, *Protection of the Weaker Party*, *Non discrimination*, *Effectiveness*, *Balancing*, *Proportionality* e con qualche perplessità *Good Faith and Prohibition of Abuse of Rights*. Tutto ciò nell’ambito dell’*acquis* e della casistica giudiziale in tema di contratto e responsabilità al solo scopo di fornire una «*specific contribution of civil law provision of EU law in the “shadow” of the EU Charter*»⁵⁷. Credo che sia questo il metodo più giusto⁵⁸. Con una precisazione.

Occorre “togliere peso” anche al termine giustizia nel contratto⁵⁹.

Da sempre⁶⁰ ho avvertito l’esigenza di muovere da un dato simbolico. La cultura giuridica sino ai primi decenni del novecento aveva espresso uno slogan. *Qui dit contractuel, dit juste*. Niente di più chiaro. La legge del contratto è la volontà delle parti. Un accordo libero ed esente da vizi è il massimo della giustizia ed è il valore che si vuol affermare e garantire. Solo in presenza di un vizio genetico o funzionale si può negare effetti a quell’atto di volontà. Di più. Esiste un solo contratto e un solo contraente, foggiato sulle mitologie della modernità. Un borghese abbiente. Né debole né forte. Espressione di una classe dominante che in tutta Europa ha costruito, nel *code civil* e nel BGB, il proprio statuto giuridico e politico.

Che cosa è accaduto dalla seconda metà del novecento è noto a tutti. La elaborazione della disciplina delle clausole vessatorie in Francia e Germania, e poi nell’*iter* di approvazione della direttiva comunitaria del 1993, scandiscono bene il mutamento nel fondamento e nel controllo del contratto. La giustizia non si identifica più con la volontà e con un unico modello di contratto e di contraente. La formula ottocentesca declina e faticosamente appare un nuovo modello di riconoscimento dell’autonomia contrattuale e di controllo del contenuto liberamente voluto dalle parti. Insomma *contractuel* può non essere *juste*. Un accordo libero e valido non è più garanzia di giustizia. Ma stenta a prendere forma uno slogan evocativo di questa evoluzione. L’incertezza domina il presente, ma il passato non torna.

⁵⁷ N. REICH, *op. cit.*

⁵⁸ V. ora J. RUTGERS-P. SIRENA (eds.), *Rules and Principles in European Contract Law*, Cambridge, 2015, e *ivi* i saggi di Y. ADAR-P. SIRENA, *Principles versus Rules in the Emerging European Contract Law*, 7 ss.; S. PATTI, *Contractual Autonomy and European Private Law*, 123 s.; NAVARRETTA, *Good Faith and Reasonableness in European Contract Law*, 135 ss.

⁵⁹ V. ora il limpido saggio di G. D’AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 1 [e ora in questo volume] e i classici e preziosi contributi di E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 411 ss.; EAD., *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, suppl. al n. 6, 1262; e di V. CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir. Ann.*, VII, Milano, 2014, 447 ss.

⁶⁰ G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 20 ss.; ID., *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 5 ss.; ID., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, *ivi*, 2006, 58 ss.

Il problema della giustizia, nella mia visione, sta tutto qui. Non esprime una teoria che si sovrappone alla volontà popolare e alla legge. Non si fonda su di un giusnaturalismo sacro o profano. Non è scandito dalla presenza di un contratto definito con numeri o aggettivi (*B-to-b*, *B-to-c*, terzo, asimmetrico e così via)⁶¹. Il richiamo alla giustizia ha il compito, come nell'ottocento, di indicare un profondo cambiamento nella teoria del contratto e nel suo controllo, affidato, oggi, a fonti diverse dal passato. Non più solo la legge ma anche i principi costituzionali e sovranazionali. Non più solo la volontà popolare, espressa in procedure legali fissate nelle norme. Ma legislazione e giurisdizione interna e internazionale, in dialogo fra loro. Questo il tratto del tempo. Questa la "verità" della giustizia contrattuale.

Se è così non credo sia utile tornare al dilemma, sepolto dalla storia, del prezzo giusto. Affermarne l'esigenza o negarla non aggiunge niente al nostro tema di fondo. È piacevole leggere posizioni diverse su questo tema ma non credo che «*a welfarist (economic) conception of justice best explains the existing (European) rules on contract formation and price. And it also casts a long and dark shadow over general 'fair price rule'*»⁶². Come reputo scontato concludere che «*the presence and the absence of a fair price rules is compatible with a legitimate and just contract law regime*»⁶³. Si può discutere se la parola giustizia sia troppo densa o settaria⁶⁴, ma non si può concludere che esiste un principio di giusto prezzo in Europa o che spetta solo alla legge e ad una procedura parlamentare risolvere ogni problema di controllo. Entrambe le tesi peccano di un assolutismo eguale e contrario.

Concordo su un punto. Occorre, al di là della parola giustizia, avvicinarsi, da diverse visioni del mondo, al problema che essa evoca. Nel contratto qui e adesso.

Il dibattito italiano offre una varietà di opinioni. Molto diffusa è la teoria procedurale contrapposta ad un uso atecnico e pervasivo del giusto e dell'ingiusto nel contratto. Una recente voce esprime una definizione corretta e convincente che apre, ma non affronta il problema positivo. La "giustizia" del contratto è insieme il risultato relativamente stabile del processo auto-correctivo del diritto e un'articolazione fondamentale del patto sociale"⁶⁵. Credo proprio che sia così ma si deve individuare quale sia il tratto, oggi relativamente stabile, del processo correttivo della formula *contractuel est juste*.

⁶¹ G. VETTORI, *Contract without numbers and without adjectives. Beyond the consumer and the weak enterprise*, in ERCL, 2013, 221ss.

⁶² H. EIDENMÜLLER, *Justifying Fair Price Rules in Contract Law*, in ERCL, 2015, 220 ss.

⁶³ M.W. HESSELINK, *Could a Fair Price Rule (or its Absence) be Unjust? On the Relationship between Contract Law, Justice and Democracy*, in ERCL, 2015, 185 ss., osserva che la scelta compete al legislatore e un principio di giustizia meno denso esige ancora che «*the law can (and will at some point) be justified in non-sectarian terms, but given that such more neutral grounds are readily available on either side of the debate*».

⁶⁴ V. M.W. HESSELINK, *Five Political Ideas of European Contract Law*, in ERCL, 2011, 295 ss.

⁶⁵ V. CALDERAI, *op. cit.*, 447 ss.

Questo dato emerge dal confronto necessario nell'attuale *Stato Costituzionale di diritto* fra regole (dei codici e delle leggi di settore) e principi costituzionali o sovranazionali. Ciò per delineare un contorno di tutele adeguate agli interessi e ai conflitti di oggi.

Effettività e certezza delle tutele dunque. Questo evoca oggi la parola giustizia nel contratto. Vediamo come partendo dai fatti, appunto.

Nella seconda metà del 900 tutto ciò è descritto in modo chiarissimo in Francia in un saggio famoso⁶⁶, anche nel titolo, e in Germania in un'opera⁶⁷ che ha sollecitato la dottrina a ripensare le fondamenta del diritto privato. In Italia, con l'inizio del nuovo secolo, il riferimento alla giustizia contrattuale è riemerso, in un contesto normativo profondamente mutato, ma le posizioni in dottrina e giurisprudenza restano ancora distanti⁶⁸. Si è criticato il significato non giuridico del termine⁶⁹, osservando che i controlli comunitari sul contenuto dei contratti del consumatore e delle imprese non hanno inteso affatto moralizzare il contratto, ma hanno voluto piuttosto disciplinare lo scambio, sicché l'istanza etico-politica può essere al più considerata un "motivo" tra

⁶⁶ J. GHESTIN, *L'utile e le juste dans les contrats*, in *Archives phil. dr.*, 1981, 35 ss.

⁶⁷ L. RAISER, *Il compito del diritto privato* (1977), trad.it. di M. Graziadei, a cura di C.M. MAZZONI, Milano 1990, 98.

⁶⁸ Mi permetto di richiamare G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 21 ss.; ID., *Diritto dei contratti e costituzione europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, 83 ss.; ID., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 53 ss., ma v. in particolare H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 659 ss.; il Manifesto intitolato *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, pubblicato in *Contratto e costituzione in Europa*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2005, e in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 99 ss., e da ultimo V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 337, e *ivi* un'ampia bibliografia. L'opera più ampia e completa sul diritto europeo si deve a C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO (a cura di) *Manuale di diritto privato europeo*, 2^a ed., Milano, 2013.

⁶⁹ V. da ultimo M. BARCELLONA, *Clausole contrattuali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 257 ss.; ID., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 33 ss., e in part. 50, «con i controlli sul contenuto dei contratti del consumatore e di quelli fra imprese, il legislatore comunitario non ha inteso moralizzare il contratto ma ha voluto, piuttosto, mercantilizzare lo scambio». Tali considerazioni terminano con la conclusione, scontata, che nella disciplina comunitaria «l'istanza etico-politica può giocare come un "motivo" tra gli altri di una disciplina che ha la sua causa innanzi tutto nella manutenzione del mercato e nella legittimazione del modello distributivo ad esso legato; con quel che ne segue sul piano della sua corretta rappresentazione ed interpretazione». Ciò esige due repliche in breve. La giustizia del contratto esula sempre da concezioni etiche e si incentra sulla ricerca di limiti all'autonomia e di rimedi privati che sono ragionevoli e giusti in un certo ambiente e in una certa epoca. La sua accezione non interseca neppure l'idea di giustizia sociale che esige un bilanciamento fra valori diversi. Ha invece una funzione distributiva perché la diversa configurazione degli elementi strutturali e delle tutele distribuisce in modo diverso i rischi derivanti dall'esercizio dell'autonomia dei privati; v. H. COLLINS, *op. cit.*

gli altri di un modello di regolazione espresso dalle sole esigenze del mercato. Ciò esige una replica. La giustizia nel diritto dei privati non coincide con una visione etica né con le istanze sociali che esigono un atto politico di bilanciamento fra valori diversi. Ha invece una funzione distributiva perché la diversa configurazione degli elementi strutturali e delle tutele distribuisce in modo diverso i rischi derivanti dall'esercizio dell'autonomia dei privati⁷⁰. Tale accezione indica solo l'esigenza che anche nel diritto dei privati si debba riflettere e fissare, con ragionevole precisione, le regole e i rimedi adeguati ai tempi e alle materie trattate, coniugando eguaglianza e singolarità con uno sforzo di aggiustamento e un rischio di inesattezza che è connaturale ad ogni idea sana di giustizia che esige solo di spingersi sempre alla ricerca di "ancora di più e di ancora oltre"⁷¹ nell'attribuire a ciascuno quanto è dovuto tenendo conto del valore assoluto e irripetibile di ogni individualità⁷².

Con quel termine, oggi come in passato, si può solo correttamente indicare un principio "retorico", che esige di essere attuato dal legislatore o dall'interprete con un'attenta analisi dei principi, delle clausole generali, delle tutele e degli istituti che possono adattare e correggere il regolamento in un dato sistema di fonti che deve essere ricostruito con una visione sistematica, tenendo conto anche dei diritti fondamentali riconosciuti e garantiti. Mutano insomma i tratti dell'ordine giuridico, dall'età dei codici alla complessità post-moderna, ma non muta l'esigenza di correzione e di adattamento delle regole e delle tutele.

Alla base delle diverse opinioni sulla "giustizia", a ben vedere, c'è una diversità di analisi del diritto. Il contrasto è spesso fra un metodo positivista rivendicato come un'identità da difendere (o ripristinare) e una diversa attenzione alla effettività delle tutele di una situazione soggettiva che la fattispecie e gli elementi di struttura di una regola non sono capaci di soddisfare.

⁷⁰ H. COLLINS, *op. cit.*, 659 ss.

⁷¹ J. NANCY, *Il giusto e l'ingiusto*, Milano, 2007, 28: «essere giusto è pensare che la giustizia è ancora da compiere, che essa può esigere ancora di più e andare oltre». «Ogni persona (oppure ogni gruppo di persone) convinta di sapere cosa è giusto e cosa è ingiusto, convinta di fare la giustizia, di non dovere compiere lo sforzo di diventare più giusta, ogni persona di questo tipo è pericolosa. L'inizio della giustizia [...] consiste nel sapere che non si è mai sufficientemente giusti» (p. 58). «La giustizia si fa sempre in funzione degli altri» (59.)

⁷² G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, cit., 53 ss.

CLAUDIO SCOGNAMIGLIO

PER UNA LETTURA IN CHIAVE FUNZIONALE DEL 'SISTEMA' DELLE INVALIDITÀ

SOMMARIO: 1. Il problema e la delimitazione dell'area di indagine. – 2. L'assetto tradizionale del sistema delle invalidità ed il suo superamento. – 3. Le nullità: tra 'frammentazione' e 'destrutturazione'. – 4. La natura degli interessi tutelati dalla nullità ed il problema del rilievo d'ufficio. – 5. Due esempi: il recupero del contratto di locazione di immobili nullo per difetto di registrazione a seguito del pagamento dell'imposta e la validità del contratto monofirma. – 6. Conclusioni.

1. *Il problema e la delimitazione dell'area di indagine*

La riflessione, alla quale l'argomento che mi è stato assegnato conduce, presenta una pluralità di ragioni di peculiare interesse all'interno della trama delle intense giornate del Convegno. Infatti, se la prima indicazione che ci proviene dal titolo di esso evoca "la funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata", già da questo angolo visuale l'attenzione è destinata a concentrarsi proprio sul problema delle invalidità. Quest'ultimo, infatti, attraverso l'elaborazione dell'area delle c.d. nullità speciali, è stato uno dei primi, all'interno della riflessione sul contratto, con riferimento al quale si è discusso del senso, e della perdurante centralità, delle norme generali sui contratti, a fronte del proliferare di ipotesi di nullità che sempre più chiaramente si staccavano dal modello racchiuso negli artt. 1418-1424 c.c.¹ Dal canto suo, la specifica rubrica sotto l'epigrafe della quale si inscrivono gli interventi di questa sessione pomeridiana ci dà un'ulteriore, ed importante, indicazione nello stesso ordine di idee, invitandoci ad indagare i rimedi contrattuali nella prospettiva dei "livelli di disciplina del contratto", in questo modo, e del tutto a ragione, dando per presupposto che il discorso sui rimedi possa assumere una modulazione diversa in relazio-

¹ Secondo l'impostazione del volume di G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, dove già il discorso era imperniato su 'il contratto nullo tra unità e frammentazione del sistema', 27 ss., e 'il contratto nullo e pluralità di discipline', 77 ss. Assai puntuale è il quadro che offre della disciplina delle nullità speciali, da ultimo, G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, 3^a ed., Padova, 2017, 460 ss.

ne all'articolazione della disciplina del contratto in una pluralità di livelli².

Il sottotitolo, poi, che guarda alle prospettive di riforma del codice civile, sembra particolarmente suggestivo se riferito al problema dell'invalidità, ove si consideri che alcuni tra i capisaldi della disciplina della materia – si pensi, in particolare, al modo in cui si 'declina' concretamente la regola del rilievo d'ufficio della nullità, contenuta nell'art. 1421 c.c.³ ovvero alla regola di inammissibilità della convalida racchiusa nell'art. 1423 c.c. – sono stati da tempo messi in discussione, ancora una volta alla luce della considerazione dei livelli ulteriori di disciplina del contratto, dei quali poc'anzi si diceva, ovvero sulla spinta di interventi della giurisprudenza comunitaria e nazionale, al punto da indurre ad interrogarsi circa l'opportunità di una riforma organica della materia in grado di sottrarla al maggior tasso di incertezza proprio della produzione giurisprudenziale. E da questa prospettiva l'argomento specifico dell'invalidità ci porta a riflettere, così esibendo un ulteriore aspetto di particolare interesse, sui fattori che, negli ultimi decenni, hanno reso agli occhi di molti lo scenario di una riforma dell'impianto tradizionale del codice civile auspicabile, se non addirittura ineludibile⁴. Qui possono venire in considerazione fenomeni come il processo di costituzionalizzazione del diritto privato, con l'innestarsi dei principi costituzionali sul tessuto dell'atto di autonomia privata, com'è noto, in alcuni casi per mezzo di una loro assai discussa applicazione diretta quali criteri di scrutinio della validità del medesimo; la sempre maggiore rilevanza assunta dalle fonti comunitarie, e dalla concretizzazione dei principi da esse enunciati per mezzo delle decisioni della Corte di Giustizia, il delinearvi via via più chiaro di esempi di giurisprudenza 'normativa' anche in un ambito, come quello delle invalidità, e segnatamente della nullità codicistica, che – se non altro per la sua conformazione di rimedio tale da rappresentare la reazione più severa dell'ordinamento giuridico avverso l'atto di autonomia privata difforme dalle sue prescrizioni – poteva sembrare, assai più di altri istituti del diritto privato, destinato a rimanere impermeabile alle suggestioni della c.d. giurisprudenza normativa ed ai pericoli della imprevedibilità o, per usare una formula ormai divenuta di moda, della incalcolabilità. E del resto l'evocazione delle prospettive di una riforma ci porta subito a considerare il modello di intervento normativo organico sul diritto dei contratti a noi più vicino nel tempo, e nello spazio, e cioè la riforma del *code civil*, che propone, anche in materia di invalidità, un assetto normativo per la gran parte volto appunto a

² Non a caso G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., 410 ss., discorre della disciplina codicistica nella prospettiva dei mutamenti indotti dalla regolamentazione di settore.

³ Sulla questione, vedi, da ultimo le riflessioni di S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, 51 ss.

⁴ Anche se occorre ormai prendere atto che il d.d.l. S. n. 1151/2019, che aveva prefigurato un intervento riformatore sul codice civile di respiro piuttosto ampio e destinato ad investire anche alcuni profili della disciplina delle invalidità contrattuali (art. 1, lett. *b*) e *g*)), pur senza rivisitare sistematicamente la relativa regolamentazione, non sembra destinato ad avere alcun seguito.

consolidare i risultati acquisiti sul piano della elaborazione giurisprudenziale e per molti aspetti di notevole significato anche per il civilista italiano.

Le ragioni di interesse, che si risolvono in altrettante ragioni di particolare complessità, dell'argomento assegnatomi suggeriscono di esporre subito le linee intorno alle quali si verrà svolgendo l'intervento e di tratteggiare le conclusioni che esso tenterà di argomentare.

In particolare, dopo un cenno alla sistematica delle invalidità secondo gli equilibri propri di essa nell'impianto originario del codice civile, si esporranno le ragioni che, ad avviso di chi vi parla, rendono necessaria, più che soltanto opportuna, nello stato attuale di evoluzione della disciplina normativa della materia, una lettura in chiave funzionale del sistema delle invalidità e, in particolare, delle nullità⁵. Infatti, ed anche questo conviene anticipare in sede di delimitazione dell'ambito del discorso, quest'ultimo, tra le due sottocategorie nelle quali si articola tradizionalmente la categoria dell'invalidità, si concentrerà sulla nullità, lasciando invece da parte quella della annullabilità. Questa scelta si collega al rilievo, già da tempo proposto, secondo il quale l'evoluzione normativa sul piano della legislazione speciale degli ultimi decenni del secolo, che aveva già sconvolto il sistema del codice civile, aveva lasciato sostanzialmente intatta la categoria dell'annullabilità "ormai sempre più raramente utilizzata dal legislatore", innovando invece fortemente la categoria della nullità (e talora della inefficacia): e questo "sia sotto il profilo delle ragioni della comminatoria, perché molte ipotesi sono chiaramente disposte a tutela di interessi privati, sebbene largamente diffusi e connessi a specifici ruoli socio – economici (il consumatore, il risparmiatore, l'utente di beni immobili per usi abitativi e simili", con conseguente perdita di nettezza della tradizionale affermazione secondo la quale "la comminatoria di nullità è a difesa di interessi generali. Sia sotto il profilo del meccanismo di funzionamento dell'invalidità, almeno quante volte il legislatore smentisca testualmente la totale improduttività di effetti, la rilevabilità d'ufficio, la legittimazione estesa a qualunque interessato"⁶. E proprio su questi profili si innesterà il passaggio successivo del discorso, dedicato alla rilevazione della natura dell'interesse protetto dalle norme recanti le previsioni di nullità ed alle indicazioni che provengono anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sul problema della rilevabilità d'ufficio della nullità nella materia dei contratti del consumatore. È del resto evidente che il profilo funzionale della singola previsione di nullità è destinato ad estrinsecarsi in modo

⁵ Particolarmente importanti sul punto, da ultimo, le dense considerazioni di S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, 17 ss., dove si sottolinea criticamente il passaggio "ad una seconda fase, nella quale ci troviamo pienamente immersi, dominata...da una decisa accelerazione della curvatura funzionalistica di queste nullità".

⁶ Così A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, 2^a ed., 2, Torino, 2006, 1421. Per qualche considerazione sul rimedio dell'annullabilità del contratto, all'interno del problema dei c.d. nuovi vizi del consenso, ci si permetta il rinvio alla nostra voce Vizi del consenso, in *Enc. dir. – I Tematici, Contratto*, Milano, 2021, 1179 ss.

particolare nelle nullità di protezione, dove sono presenti entrambe le anime della nullità e cioè sia quella protettiva che quella repressiva, sia la tutela del singolo che la direzione del mercato⁷.

Al fine di dare una maggiore concretezza al discorso, e per saggiare l'utilità della lettura 'funzionale' proposta, l'attenzione si soffermerà su due casi paradigmatici, tra i tanti suscettibili di essere presi in considerazione⁸, suggeriti da altrettanti recentissimi interventi giurisprudenziali delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nei quali la lettura, o rilettura, funzionale della sanzione di nullità che la disciplina di legge speciale commina ha condotto a soluzioni di grande originalità e tali da introdurre altrettante ipotesi nelle quali, proprio avuto riguardo allo scopo della norma che ha introdotto la previsione di nullità, quest'ultima non può ritenersi neppure integrata ovvero deve reputarsi 'superata', con una sorta di recupero dell'atto nullo. Il riferimento è, come si sarà certo inteso, alle decisioni delle Sezioni Unite, rispettivamente, sulla produttività di effetti, a seguito della successiva registrazione, del contratto di locazione di immobili, pure originariamente nullo per difetto di registrazione⁹ e sulla validità dei contratti c.d. monofirma nel settore della prestazione dei servizi di investimento.

Infine, ma inevitabilmente solo in termini problematici – visti i limiti anche dimensionali entro i quali deve essere racchiuso questo intervento – ci si interogherà sul punto se la lettura in senso funzionale, ormai già più volte evocata, renda necessario un intervento del legislatore e, dunque, appunto una riforma del codice civile, quanto meno in materia, ovvero se la messa a punto del sistema possa essere affidata, come è accaduto finora, ad interventi giurisprudenziali.

2. *L'assetto tradizionale del sistema delle invalidità ed il suo superamento*

È stato osservato in anni ancora non molto risalenti che, secondo l'impostazione tradizionale sottostante al disegno del codice civile, la categoria dell'invalidità, di creazione dottrinale e di per sé estranea alla sistematica del medesimo codice civile, si ricollegava ad un presupposto concettuale ben identificabile: "la qualificazione ontologica come atto di volontà produttivo degli

⁷ Cfr. A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, in *Riv. notariato*, 2010, 298

⁸ Si pensi ancora alla questione della natura formale o sostanziale della nullità degli atti di trasferimento dei diritti reali su beni immobili prevista dagli artt. 17, commi 1 e 40, co. 2° l. 47/85 e, poi, dall'art. 467, comma 1 d.p.r. n. 380/2001, oggetto dell'ordinanza di rimessione al Primo Presidente del 30 luglio 2018 n. 20061 ed al problema della c.d. nullità selettiva in caso di nullità del contratto quadro nel settore dell'intermediazione finanziaria, oggetto dell'ordinanza di rimessione di Cass. 5 ottobre 2018 n. 23927.

⁹ Cfr. Cass. S.U. 9 ottobre 2017 n. 23601, in *Corr. giur.*, 2018, 1087 ss., con nota di V. CUFFARO, *Contratto di locazione e nullità per mancata registrazione: si peccas, pecca fortiter*.

effetti voluti dell'atto di autonomia privata suscettibile di invalidazione"¹⁰, da questa premessa derivando il corollario, imperniato proprio "sul presupposto della volontà come fatto produttivo degli effetti giuridici" che "i suoi vizi strutturali prendono immediato risalto". Avevano invece assunto un risalto minore "almeno fino ad una certa epoca i limiti all'autonomia privata che derivano dal contrasto con interessi generali e si traducono in nullità per motivi funzionali invece che strutturali"¹¹. In altre parole, la sistematica tradizionale dell'invalidità aveva riguardo, in aderenza alla concezione del negozio giuridico come fattispecie, alle "ipotesi in cui la fattispecie negoziale si rivelava carente sotto il profilo strutturale, in ragione della mancanza o difettosità di uno dei requisiti essenziali, segnatamente la volontà", mentre "del tutto in ombra o, meglio, attratto nell'orbita dei difetti strutturali della fattispecie, restava il profilo attinente ai difetti funzionali, e cioè il contrasto della regola dell'autonomia con le norme imperative"¹²; ed anche nelle costruzioni successive della teoria del negozio, si riproponeva "la concezione tradizionale dell'invalidità come difetto strutturale della fattispecie negoziale...sia pure in versione più sfumata, nelle tesi che riconducono al concetto di invalidità le ipotesi di più o meno grave difformità del concreto atto di autonomia rispetto allo schema legale, espresso dall'insieme dei requisiti (di struttura o di contenuto/funzione) che la legge richiede ai fini dell'astratta idoneità dell'atto stesso alla produzione dei suoi tipici effetti"¹³.

Dal punto di vista della storia della categoria del negozio giuridico, un momento fondamentale nel superamento di questa impostazione deve essere ravvisato, e la circostanza solo a prima vista deve destare sorpresa, non in un contributo specificamente dedicato al problema dell'invalidità, ma in un'opera – il riferimento è ovviamente alla monografia di Biagio de Giovanni – che, indagando sul finire degli anni '50 del secolo scorso sul rapporto tra fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico, aveva sottolineato che "comunque si voglia costruire l'idea dell'autonomia, si può dire con certezza che essa non può ridursi alla posizione del fatto, se non tradendo la sua essenziale esigenza"¹⁴. Si è detto che solo a prima vista può risultare sorprendente l'importanza, nella storia del problema, di un'opera che deve essere considerata di filosofia del diritto, più che di diritto positivo, perché, come è stato di recente rilevato in occasione della assai opportuna iniziativa di riedizione del volume, il libro di de Giovanni "proietta il proprio cono d'ombra sulla discussione sui limiti dell'autonomia privata e regolamentazione statale, che caratterizzò la civi-

¹⁰ Così A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, cit., 1411.

¹¹ Cfr. ancora A. GENTILI, *Le invalidità* ecc. cit., 1413.

¹² Così M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in V. ROPPO, *Trattato del contratto*, IV, Rimedi – 1, a cura di A. GENTILI, Milano, 2006, 15.

¹³ Cfr., di nuovo, M. MANTOVANI, *op. loc. cit.*.

¹⁴ Cfr. B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, 88.

listica degli anni Sessanta in una stagione particolarmente feconda”, posto che “buona parte della discussione sui rapporti tra logica dell’autonomia privata e logica dell’ordinamento giuridico presupponeva la distinzione fra il negozio come fattispecie ed il negozio come valore giuridico”¹⁵, fulcro della ricerca qui richiamata. Infatti, una volta posta la definizione dell’autonomia privata come valore si crea la premessa per un’indagine al tempo stesso più raffinata e realistica della relazione tra quel valore ed i criteri di valutazione predisposti dall’ordinamento, la quale, a sua volta, permette di orientare in senso radicalmente innovativo il discorso sulla nullità: e forse non è casuale che lo stesso Biagio de Giovanni, pochi anni dopo la pubblicazione di *Fatto e valutazione*, si volgesse allo studio della nullità nella logica del diritto¹⁶, all’interno di un volume di straordinaria densità problematica, descrivendo in esso come frutto di un’illusione logica quella che “vede nella nullità un concetto tutto posto fuori del diritto, fuori della sua effettuale esperienza”, poiché “ciò che rimane, all’interno dell’esperienza del diritto, è l’atto nella sua disciplina, nella sua vita concreta, negli scopi che persegue e raggiunge, nella dinamica che realizza”¹⁷.

3. *Le nullità: tra ‘frammentazione’ e ‘destrutturazione’*

L’evoluzione più recente della categoria della nullità del contratto, com’è noto, si colloca largamente nel solco degli innesti nel nostro sistema di norme di derivazione comunitaria. Non sono più recentissime, ma rimangono ancora pienamente condivisibili, le considerazioni di chi ha sottolineato che “al pari delle più importanti categorie di diritto privato, anche la nullità europea, come il suo oggetto di qualificazione, il contratto, è venuta strutturandosi in un senso ormai necessariamente molteplice e plurale, passando dalla tradizionale disciplina generale e indifferenziata, seriale ed astratta, facente leva soltanto sull’esistenza di determinate cause e predefiniti caratteri, ad un regime giuridico invece diversificato e complesso, variamente articolato e graduato, a seconda della specifica patologia inficiante l’atto, e come tale irriducibile ad un concetto o principio unico”¹⁸.

Si può, dunque, certamente dire che il processo di evoluzione, e – per molti aspetti – di frammentazione, se non disgregazione, delle categorie civilistiche

¹⁵ Cfr. E. SCODITTI, introduzione a *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2016.

¹⁶ Cfr., appunto, B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964.

¹⁷ Così B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, cit., 90.

¹⁸ Cfr. V. SCALISI, *L’invalidità e l’inefficacia*, in C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, 477. Sull’elaborazione della Corte di giustizia dell’Unione Europea in materia di nullità contrattuali sono fondamentali i contributi di S. PAGLIANTINI. Cfr., in particolare, da ultimo, S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, cit., 181 ss.

consegnateci dalla tradizione, e la rilettura dei corrispondenti istituti normativi¹⁹, ha riguardato negli ultimi anni, e non è notazione nuova, anche l'istituto della nullità del contratto.

Questo fenomeno, che è stato già significativamente definito talora in termini di pluralizzazione della nullità, ha portato, altri autori ad esprimersi, perfino più drasticamente, nel senso di una destrutturazione della nullità²⁰ ed è stato ormai più volte ricostruito nei suoi fattori determinanti e nelle sue linee di sviluppo essenziali, al punto che ritornare su questi aspetti potrebbe essere considerato quasi superfluo. In particolare, è stato evocato, in questa prospettiva, il passaggio da una dimensione statale dell'ordinamento ad una dimensione comunitario – europea e più ancora internazionale o addirittura globale, con la correlativa articolazione del sistema delle fonti, che è ormai perfino scontato definire nel segno della complessità, fenomeno che ha enfatizzato la configurazione del diritto come un sistema non autonomo, né tanto meno chiuso, rispetto ad influenze esterne, bensì come un sistema aperto e pronto ad impregnarsi delle sollecitazioni della realtà economico sociale. Un sistema, dunque, rispetto al quale risulta più pertinente non il richiamo – anch'esso ormai scontato – alla dimensione baumanniana della liquidità, ma semmai quello alle correnti del pensiero scientifico del XX secolo che, nel settore della fisica e della chimica, hanno studiato i c.d. sistemi caotici ed ai tentativi di sviluppare anche sul piano delle scienze sociali le intuizioni maturate in quei contesti. D'altra parte, è proprio il dato della complessità del sistema normativo a confermare la necessità di utilizzare il metodo funzionalistico, proprio perché esso soltanto è in grado di cogliere l'essenza delle trasformazioni in atto²¹.

Se, dunque, è senz'altro possibile dare per acquisita la rilevazione delle ragioni del fenomeno, può essere utile dedicare ancora qualche cenno agli esiti di quella evoluzione, così come allo stato essi sembrano delinearsi. Innanzi tutto, l'immagine della nullità che ne emerge è essenzialmente quella di una "nullità esclusivamente 'funzionale', in quanto commisurata e in stretto e immediato rapporto con il concreto assetto di interessi perseguito dalle parti ed avente come tale finalità essenzialmente conformativa di rimodellamento del regola-

¹⁹ Sulla distinzione tra categorie giuridiche ed istituti, cfr. le puntualizzazioni di N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 21, il quale, muovendo dalla definizione della categoria "della quale si vale l'operatore giuridico come criterio di classificazione dell'esperienza volto in qualche modo ad agevolare il risultato interpretativo", precisa che "essa va comunque ricondotta ad un'operazione mentale compiuta dall'interprete funzionale ad un effetto applicativo, anche quando il procedimento risulti implicito o scontato in conseguenza del significato corrente assegnato ai termini utilizzati o della forza attrattiva discendente da paradigmi concettuali legati a consolidate sedimentazioni storiche", concludendo, appunto, nel senso che le categorie non sono la medesima cosa degli istituti giuridici.

²⁰ In questo senso, l'ancora recente monografia di A. LA SPINA, *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012.

²¹ Cfr., per un'indicazione metodologica di segno analogo, A. LA SPINA, *Destutturazione ecc. cit.*, 77.

mento contrattuale”²², che spesso si presenta preordinata al raggiungimento dell’obiettivo dell’equità e della giustizia contrattuale: in questi casi, peraltro, si delinea il problema della determinazione della portata della nullità in questione, soprattutto perché per lo più virtuali, e perché, in questi casi, “l’ordinamento giuridico... enuncia, sì, ai fini della conformazione del regolamento, il valore di azione da perseguire (l’equità), ma non indica nel contempo, né il contenuto, né la modalità realizzativa del valore”²³.

Qui si innesta la questione dei termini in cui la rilettura della categoria delle nullità fin qui tratteggiata è destinata ad incidere su quello che può essere definito come il modo di essere stesso della medesima sul piano effettuale: e cioè sull’inefficacia dell’atto. Può essere rammentato, al riguardo, l’argomento tentativo dottrinale secondo il quale poiché “il giudizio di disvalore serve, non già esclusivamente a conservare la situazione di diritto preesistente alla stipulazione, bensì, in prospettiva assiologica, a rendere effettiva la tutela apprestata dall’ordinamento con una norma volta a regolamentare (limitandola, promuovendola, orientandola, conformandola) l’autonomia privata, sul piano logico ed assiologico la nullità deve inibire esclusivamente la produzione degli effetti che determinerebbero la lesione dell’interesse tutelato o consentirebbero la realizzazione di quello avversato, così vanificando la tutela apprestata mediante la norma la cui violazione ha cagionato il giudizio di disvalore”²⁴. Così impostato, il discorso si apre, sullo sfondo dell’obiettivo assiologico perseguito dalla norma, la violazione della quale ha determinato la nullità, nella prospettiva della misurazione “con il complesso di interessi, tra loro interagenti, che la fattispecie è in grado di evidenziare” (e che, secondo l’impostazione dottrinale della quale stiamo qui riferendo, può anche aprire la strada alla tutela di interessi “ritenuti o divenuti potiori rispetto a quello specificamente protetto con la norma violata, così consentendo, nonostante la nullità, la produzione degli effetti ad essi funzionali”)²⁵.

4. *La natura degli interessi tutelati dalla nullità ed il problema del rilievo d’ufficio*

Gli ultimi sviluppi del discorso impongono di soffermarsi, a questo punto, sul problema della rilevazione della natura degli interessi tutelati dalle norme che istituiscono previsioni di nullità. Infatti, il fenomeno evolutivo che si è tentato fin qui di ripercorrere ha condotto qualche Autore a ritenere senz’al-

²² Così, di nuovo, V. SCALISI, *L’invalidità e l’inefficacia*, 479.

²³ La citazione è tratta, ancora una volta, da V. SCALISI, *op. cit.*, 483.

²⁴ Così A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità ecc.*, cit., 357.

²⁵ I brani tra virgolette sono ancora di A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità*, 358 e nota 8.

tro mutato il fondamento della figura, che dovrebbe essere ormai ravvisato “non più e necessariamente nella tutela di un interesse solo pubblico o sociale, astratto e spesso contrapposto a quello particolare delle parti contraenti, ma direttamente e immediatamente anche soltanto in questo, quante volte in tale direzione, ossia nella protezione di determinate categorie di soggetti, si manifesti il senso e la ratio stessa dell'intervento normativo”, con l'ulteriore corollario che “da sanzione la nullità è divenuta nel diritto europeo dei contratti essenzialmente protezione, qualificandosi appunto come nullità di protezione di ben individuate categorie di interessi, che in ipotesi non necessariamente devono identificarsi con quelli seriali di un ente esponenziale, ma anche soltanto con quelli di una sola parte, quante volte dall'ordinamento elevati a valori costitutivi di sistema”²⁶.

La questione della natura e consistenza degli interessi tutelati dalle norme che individuano ipotesi di nullità deve tuttavia essere considerata alla luce degli ancora recenti interventi delle Sezioni Unite in materia di estensione del potere del giudice di rilievo officioso della nullità e quanto alla *ratio* di questa regola²⁷. Il fondamento di quest'ultima viene, infatti, ravvisato, in quelle pronunce, nella circostanza che la nullità è funzionale anche alla tutela di interessi generali sovraindividuali, proprio perché “la natura superindividuale dell'interesse protetto giustifica la reazione dell'ordinamento nell'ambito del processo, comportando che una convenzione affetta da sì grave patologia imponga al giudice di negare efficacia giuridica ad un atto nullo”²⁸; mentre la predetta funzionalità al perseguimento di interessi sovraindividuali viene colta – nel quadro di un passaggio argomentativo attento ad opzioni ricostruttive dottrinali di segno difforme – anche nelle ipotesi delle c.d. nullità strutturali, perché, osserva la motivazione, “in tali ipotesi, insieme con il *particolare*, si tutela comunque un interesse generale, seppure in via indiretta: l'interesse ‘proprio dell'ordinamento giuridico a che l'esercizio dell'autonomia privata sia corretto, ordinato e ragionevole’”.

Il passaggio che compie, sul punto della ricostruzione della categoria della nullità, la motivazione delle Sezioni Unite è tuttavia ancora più drastico e significativo, sotto il profilo sistematico e deve essere ricordato perché esso

²⁶ Sono le conclusioni di V. SCALISI, *op. cit.*, 485. Una sistemazione compiuta del problema della nullità di protezione è quella da ultimo offerta da S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, cit., 155 ss., in particolare 177, per la conclusione secondo la quale “il ricondurre il ‘di protezione’ ad una sostanziale unitarietà dimentica che, se la parzialità necessaria, in deroga all'art. 1419, comma 1 c.c., veicola l'interesse (del consumatore) ad un contratto (mutilato) non più abusivo, una nullità dell'intero contratto realizza invece una tutela ablativa, in forma specifica, ove l'interesse finale, di stampo ripristinatorio, è ben diverso”.

²⁷ Il riferimento è a Cass. S.U. 14828/2012 che si legge, tra gli altri luoghi, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 28 ss., con nota di chi scrive, *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, cui si rinvia anche per ulteriore apparato bibliografico e giurisprudenziale sulla questione oggetto del presente scritto.

²⁸ Così le pp. 23-24, § 3.5. della motivazione di Cass. S.U. 26242-26243 del 12 dicembre 2014.

parrebbe quanto meno mitigare l'assunto dal quale abbiamo preso le mosse e che proprio la frantumazione della categoria della nullità dava per acquisita. Infatti, le Sezioni Unite, muovendo dalla premessa che “una scelta volta all'eccessiva frammentazione della categoria della nullità risulterebbe insormontabile ostacolo ad una ricostruzione unitaria e coerente dell'estensione dei poteri officiosi riconosciuti al giudice *ex art. 1421 c.c.*”²⁹, rilevano che dovrebbe escludersi che le nullità speciali abbiano fatto implodere il sistema originario delineato dal legislatore del 1942, osservandosi che “una equilibrata soluzione che ricostruisca le diverse vicende di nullità negoziale in termini di rapporti di *genus a species* appare del tutto predicabile ancor oggi, così come solidamente confortata dalla stessa giurisprudenza comunitaria”. Coerentemente a questa impostazione si afferma da parte delle Sezioni Unite che anche le nullità c.d. di protezione sono “volte a tutelare interessi generali, quali il complessivo equilibrio contrattuale (in un'ottica di microanalisi economica) ovvero le stesse regole di mercato ritenute corrette (in un'ottica di macroanalisi), secondo quanto chiaramente mostrato dalla disciplina consumeristica, specie di derivazione comunitaria, per le quali si discorre sempre più spesso, e non a torto, di ‘ordine pubblico di protezione’”, tanto più che “il potere del giudice di rilevare la nullità, anche in tali casi, è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quanto meno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.)”³⁰.

Questa impostazione della motivazione delle Sezioni Unite ha suscitato qualche perplessità nei primi commenti intervenuti sull'argomento, in termini che, nella misura in cui consentono di mettere meglio a fuoco l'attuale fisionomia della categoria delle nullità, possono opportunamente formare oggetto di qualche accenno anche in questa sede. Si è, in particolare, osservato che le Sezioni Unite avrebbero offerto, attraverso “il trinomio nullità codicistica – struttura dell'atto – tutela di un interesse sovraindividuale...una rappresentazione rigorosa di quella concezione normativistica della nullità tutta rinserrata nella logica della fattispecie e condensabile in un rifiuto netto di giuridicità”, mentre sarebbe molto diverso lo scenario che avrebbe delineato la dottrina più recente, ponendo l'accento sul fatto che le nullità, nel discorso del legislatore, avrebbero sempre obbedito “ad una logica duale, di repressione certo quando comminate per contrarietà all'ordine pubblico ed al buon costume” ovvero “di protezione in senso stretto, una protezione che agglutinerebbe la classe delle nullità strutturali unilaterali unitamente a quelle connesse ad un abuso in contratto”³¹. Si

²⁹ Cfr. p. 22 della motivazione § 3.3.

³⁰ I brani riportati nel testo si rinvengono, rispettivamente, a p. 25, § 3.7. ed a p. 28, § 3.12.1., della motivazione.

³¹ Così S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine* ecc. cit., che riprende il pensiero di A. GENTILI, *La ‘nullità di protezione’* in *Eur. dir. priv.*, 2011, 77 ss.

dovrebbe, dunque, ritenere che lo statuto delle nullità codicistiche sia in effetti plurimo, posto che le singole comminatorie conoscono diversi gradi di intensità, in presenza di un dato legislativo in cui “già le proposizioni eccettive degli artt. 1421 e 1423 c.c. lasciano intravedere una configurazione binaria del sistema delle nullità con un disporre che il discorso degli interpreti, non quello del legislatore, ha voluto testuale in luogo di un risultare più realisticamente modellato sullo scopo della norma imperativa violata”³².

È tuttavia lo stesso Autore del cui pensiero stiamo qui discorrendo a dare atto che, infine, la motivazione delle Sezioni Unite – ulteriore conferma, la notazione è nostra, della consapevolezza che essa mostra dell’apporto dottrinale in materia – si palesa tutt’altro che sorda nei confronti di questa diversa interpretazione del dato normativo. Infatti, le decisioni, pur imperniate in più luoghi sull’idea della nullità come sanzione civile, che si dà oggettivamente, si manifestano consapevoli della “diversa caratura delle nullità strutturali rispetto a quelle c.d. politiche”, in particolare nella misura in cui “la salvaguardia dalla stipula di contratti inutili è vista come la tutela *de relato* ed indiretta di un interesse della collettività”, sotto il profilo dello “ordinato svolgersi del contrarre, salvaguardando di riflesso il valore della certezza nella circolazione dei diritti”³³.

In effetti, riprendendo a questo punto più da vicino il filo del discorso sulla motivazione delle sentenze delle Sezioni Unite, è proprio sul problema della rilevabilità d’ufficio della nullità di protezione che si coglie lo stacco più marcato rispetto al precedente intervento in materia dell’Organo di nomofilachia³⁴: ed è evidente l’interesse che il problema della rilevabilità d’ufficio della nullità di protezione riveste anche ai fini dell’analisi che si sta qui compiendo, proprio perché la dimensione della rilevabilità, o meno, d’ufficio di questa categoria di nullità consente di cogliere appieno il problema dell’individuazione dell’interesse tutelato dalla norma.

Infatti, nell’ambito di Cass. 14828/12, era proprio il riferirsi della nullità che potremmo definire codicistica a profili di interesse generale che pareva alla base dell’ulteriore sviluppo della motivazione; laddove, cioè, la sentenza menzionata precisava che l’unica distinzione rilevante ai fini della soluzione del problema della rilevabilità d’ufficio della nullità era quella che aveva riguardo alle nullità per le quali sia dettato un regime speciale, che le Sezioni Unite nella sentenza del 2012 facevano sostanzialmente coincidere con l’area delle nullità di protezione in cui, osservava la decisione, “il rilievo del vizio genetico è espressamente rimesso alla volontà della parte”.

Questo passaggio argomentativo dell’intervento nomofilattico del 2012 era stato oggetto di notazioni critiche da parte di uno dei primi annotatori della

³² Così di nuovo S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine* ecc. cit.

³³ Sono ancora passaggi di S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine* ecc. cit.

³⁴ Il riferimento è ovviamente a Cass. S.U. 14828/12.

sentenza³⁵, notazioni che paiono essere state alla base della più articolata conclusione cui sono pervenute successivamente le Sezioni Unite nella coppia di sentenze del 2014. Si era, in particolare, osservato che la motivazione della sentenza, sul punto, sembrava ragionare sulla premessa che, in difetto di un'espressa previsione di legge in tal senso, le nullità di protezione incompleta sarebbero state sprovviste di una rilevabilità officiosa; e questo avrebbe condotto, da un lato, ad esiti argomentativi incongrui (poiché, queste erano le esemplificazioni proposte per rendere conto della consistenza del problema, in relazione alla presenza, o meno, di un'esplicita previsione di rilevabilità officiosa della nullità, il giudice avrebbe potuto rilevare il difetto di forma di un contratto bancario, in relazione alla disposizione dell'art. 127, comma 2 d.lgs. n. 385/1993, mentre non avrebbe potuto rilevare d'ufficio la nullità di un preliminare di immobili da costruire nel caso in cui mancasse il rilascio di una fideiussione richiesta a pena di nullità: art. 2, comma 1, d.lgs. n. 122/2005) e, dall'altro, avrebbe contraddetto il carattere della rilevabilità officiosa che la dottrina sarebbe ormai incline ad affermare quale tratto comune alle nullità di protezione, sulla base di un'interpretazione della norma racchiusa nell'art. 36, comma 3, Cod. cons. suscettibile di assumere portata generale, nell'ambito del sottosistema del diritto dei contratti dei consumatori. Il ragionamento delle Sezioni Unite avrebbe condotto, pertanto, a configurare l'art. 1421 come una norma generale "ed i casi di irrilevabilità officiosa come altrettante eccezioni, da cui poi una tipicità delle fattispecie di nullità relativa non rilevabile *ex officio*"³⁶.

Sul punto, come si è visto, la scelta delle Sezioni Unite, nelle sentenze 26242 e 26243 del 2014³⁷ rappresenta uno sviluppo ed una precisazione della precedente impostazione: e si tratta di uno sviluppo, e di una precisazione, sicuramente condivisibili, poiché ispirate all'applicazione di una griglia di valutazione duttile ed affidabile, al tempo stesso, per l'operazione ricognitiva cui è chiamato l'interprete, consistente nella rilevazione della natura dell'interesse tutelato dalla norma che sancisce la nullità. Sembra, dunque, trovare conferma quanto chi scrive aveva ritenuto di ipotizzare in sede di commento al prece-

³⁵ Cfr. S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa delle nullità secondo il canone delle Sezioni Unite. Eppure si muove*, in *Contratti*, 2012, 877.

³⁶ Cfr. S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità*, cit., 878.

³⁷ Nel senso – cfr. p. 30, § 3.13.2., della motivazione – di recepire le indicazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo le quali "il giudice deve esaminare di ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale e, in quanto nulla, non applicarla, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga". Ha analizzato, di recente, il problema della possibile ricaduta di questo indirizzo giurisprudenziale della Corte di Giustizia sulla costruzione della categoria della nullità di protezione e, in particolare, sulla possibilità di inferirne una convalidabilità, G. PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione (art. 36)*, in *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2013, 496 s., il quale osserva che la portata delle pronunzie della Corte di Giustizia è tuttavia insuscettibile di accreditare, in termini generali, l'assunto della sanabilità della nullità.

dente intervento delle Sezioni Unite³⁸ nel senso che, in assenza di un'esplicita statuizione normativa circa la rilevabilità d'ufficio della nullità, la conclusione che accredita l'estensibilità alla singola ipotesi del modulo argomentativo già accreditato dalle Sezioni Unite del 2012, e qui sviluppato ed affinato, è destinata a discendere da un'analisi attenta essenzialmente all'aspetto funzionale della sanzione di volta in volta predisposta dalla norma. Proprio per questo è del tutto coerente il ragionamento delle Sezioni Unite del 2014, laddove le stesse, dopo avere escluso, nei termini dei quali si è riferito, la sostenibilità sistematica di un'eccessiva frammentazione della categoria della nullità negoziale, mostrano di condividere la chiave di lettura secondo la quale la nullità deve essere ormai definita "all'esito del sopravvento del diritto europeo, ad assetto variabile e di tipo funzionale, in quanto calibrata sull'assetto di interessi concreto, con finalità essenzialmente conformativa del regolamento contrattuale, ma non per questo meno tesa alla tutela di interessi e di valori fondamentali che trascendono quelli del singolo"³⁹, per poi muovere dalla premessa della "riconduzione ad unità funzionale delle diverse fattispecie di nullità" al fine di "riaffermare a più forte ragione l'esigenza di conferire al rilievo d'ufficio obbligatorio il carattere della irrinunciabile garanzia della effettività della tutela di valori fondamentali dell'organizzazione sociale"⁴⁰.

La solidità sistematica, e la congruenza anche dal punto di vista degli esiti pratici ed applicativi, della conclusione cui pervengono le Sezioni Unite del 2014 nel senso di affermare che la rilevabilità officiosa "sembra costituire il *proprium* anche delle nullità speciali, incluse quelle denominate 'di protezione virtuale'", con la conseguente attribuzione dello statuto di norma generale all'art. 36 del Cod. cons. non paiono intaccate dalle sottili notazioni di chi⁴¹, sulla base della ricognizione di una serie di soluzioni normative concrete, ha sollevato il dubbio se, nell'ambito di esse, l'integrazione dovrà svolgersi sulla base del canone dell'art. 1421 c.c. oppure se l'art. 36 Cod. cons. sia "provvisto di una *vis expansiva* oltre che intra pure interordinamentale": proprio perché sulla base della premessa assunta dalle Sezioni Unite la scelta nel senso della natura di norma generale dell'art. 36 appare in effetti tanto coerente quanto condivisibile.

Ulteriori elementi preziosi per il successivo svolgimento dell'indagine pos-

³⁸ Ci si permetta il riferimento al nostro *Il giudice e le nullità*, cit.

³⁹ Così p. 30, § 3.13.2 della motivazione; il brano riprodotto nel testo è abbastanza chiaramente tributario della nota e suggestiva impostazione di V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, ora in ID., *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2013, 385 ss. nonché, in precedenza, ID. *L'invalidità e l'inefficacia*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, II, cit., 479 ss.

⁴⁰ Così p. 31 § 3.13.4 della motivazione

⁴¹ Il riferimento è di nuovo a S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine* ecc. cit., il quale propone il caso della nullità dei contratti di subfornitura e degli ordinativi periodici di forniture privi della forma scritta,

sono desumersi anche dalla elaborazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di limiti al rilievo officioso della nullità da parte del giudice.

Deve essere rammentata, in questa prospettiva, in primo luogo la decisione della Corte di Giustizia nella controversia Pannon⁴², secondo la quale, in particolare, “il giudice nazionale deve esaminare d’ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine. Se esso considera abusiva una siffatta clausola, non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga”.

Si delinea così una procedimentalizzazione dell’esercizio dei poteri di ufficio del giudice, attraverso il preventivo, necessario interpello del consumatore, che li rende pienamente funzionali e coerenti con l’obiettivo primario di tutela del medesimo consumatore. Quest’ultimo, infatti, da un lato, rimane arbitro del diritto a vedere caducata o meno la clausola abusiva, dall’altro si può giovare del ruolo attribuito al giudice di supplenza, proprio attraverso il potere – dovere conferitogli di rilevare d’ufficio la nullità, di una difesa che potrebbe essere carente non solo al momento della stipulazione del contratto ma anche nel processo. Da questo punto di vista, la nullità di protezione incorpora un controllo di meritevolezza funzionalizzato ai valori dell’equità, dell’equilibrio e della giustizia.

Affermazioni analoghe si leggono anche nella sentenza *Eva Martin Martin*⁴³, nella quale la Corte ribadisce che un giudice nazionale ha il potere dovere di rilevare d’ufficio la nullità di un contratto ancorché questa non sia mai stata opposta dal consumatore, precisando che, come limite all’esercizio di questo potere, opera la sola circostanza che il suddetto consumatore, debitamente interpellato dal giudice, dichiara di non volersi avvalere di questa nullità. Resta fermo che il diritto comunitario non obbliga il giudicante nazionale a rilevare officiosamente l’infrazione a questa o quella direttiva consumeristica quando ciò possa importare un travalicare dei limiti della lite così come le parti li hanno definiti, in ipotesi basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale ha posto a fondamento della propria domanda⁴⁴.

⁴² Corte di giustizia, IV Sezione, decisione del 4 giugno 2009 nel procedimento C – 243/08.

⁴³ Corte giust. sentenza 17 dicembre 2009.

⁴⁴ Il principio è ribadito, da angolo visuale in parte diverso, dalla sentenza della Corte di giustizia (prima sezione) del 21 febbraio 2013, nella causa *Banif Plus Bank*, laddove si afferma che “il giudice nazionale, nell’ipotesi in cui, dopo avere stabilito, sulla base degli elementi di fatto e di diritto di cui dispone, o che gli sono stati comunicati in seguito alle misure istruttorie che ha adottato d’ufficio a tal fine, che una clausola rientri nell’ambito di applicazione della direttiva, constatati, al termine di una valutazione cui ha proceduto d’ufficio, che tale clausola presenti carattere abusivo, esso deve, di norma, informarne le parti della controversia e invitarle a discuterne in contraddittorio secondo le forme previste al riguardo dalle norme processuali nazionali... Tale possibilità data al consumatore di presentare osservazioni in merito risponde altresì all’obbligo del giudice nazionale, come ricordato al punto 25 della presente sentenza, di tenere conto, se necessario, della volontà espressa dal consumatore quando quest’ultimo, consapevole del carattere non vincolante di una clausola abusiva, afferma tuttavia di opporsi alla sua disapplicazione, dando quindi un consenso libero e informato alla clausola di cui trattasi”.

5. *Due esempi: il recupero del contratto di locazione di immobili nullo per difetto di registrazione a seguito del pagamento dell'imposta e la validità del contratto monofirma*

Si è già avuto modo di anticipare che la curvatura funzionale che si è data al discorso sulla nullità trova una concretizzazione nitida in due ancora recenti pronunce della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, rese in settori dell'esperienza assai diversi ma caratterizzati entrambi dalla compresente esigenza di tutela di un interesse sovraindividuale e di un interesse che si appunta, invece, specificamente sulla posizione di un singolo, che si tratti della parte di un contratto di locazione immobiliare ovvero del 'consumatore' di servizi di investimento.

Nel primo caso, quello deciso da Cass. S.U. 9 ottobre 2017 n. 23601, la premessa del discorso – desunta da un'altra sentenza della quale tra breve si farà cenno⁴⁵ – è che, se la sanzione di nullità, introdotta dall'art. 1, comma 346, legge 30 dicembre 2004 n. 311 per i contratti di locazione di unità immobiliari riguardo ai quali sia stata omessa la registrazione, discende dalla sola violazione dell'obbligo di registrazione, diverrebbe ragionevole attribuire un effetto sanante al comportamento del contraente che, sia pur tardivamente, esegua la registrazione. E se non è illegittima una registrazione tardiva, risulterebbe coerente riconoscere a questo adempimento, ancorché tardivo, l'idoneità a sanare la nullità prevista dalla disposizione di legge citata, posto che si tratta "sul piano morfologico, di nullità per difetto di un coelemento di validità extranegoziale; sul piano funzionale di invalidità da inadempimento dell'obbligo di registrazione". Dal punto di vista sistematico, poi, la soluzione viene argomentata sulla base della condivisione della tesi dottrinale secondo la quale l'art. 1423 c.c., e la preclusione della convalida da questa disposizione sancita, dovrebbero essere intesi restrittivamente e, dunque, in termini non incompatibili con altre ipotesi di recupero dell'atto nullo⁴⁶: come dimostrerebbero alcune ipotesi normative che la pronuncia in questa prospettiva rammenta⁴⁷, che però sono appunto oggetto di previsione legislativa. Al contrario, l'ipotesi di recupero (degli effetti) del

⁴⁵ Si tratta di Cass. S.U. 17 settembre 2015 n. 18213, in *Giur. it.*, 2016, 2, 324 ss. con nota di V. CUFFARO, *Aporie della giurisprudenza e pervicacia del legislatore in tema di locazione e obbligo di registrazione*.

⁴⁶ Riconduce il caso del quale stiamo discorrendo ad un'ipotesi di recupero dell'atto nullo S. MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2018, 1029 ss.

⁴⁷ I riferimenti, scontati, sono alla conferma o esecuzione volontaria delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle, al matrimonio putativo, all'esecuzione del contratto di lavoro nullo, alla cosiddetta pubblicità sanante, ex art. 2652 c.c., alla sanatoria della nullità delle deliberazioni assembleari in caso di mancanza di verbale, emendabile mediante verbalizzazione che precede la successiva assemblea con effetto *ex tunc*, all'obbligo dell'assicuratore di pagare l'indennizzo anche quando il contratto sia nullo, perché stipulato in assenza di autorizzazione all'esercizio, ex art. 167, comma 2, Cod. ass..

contratto nullo della quale si è appena detto sarebbe, a questo punto, il frutto di un'interpretazione giurisprudenziale, sia pure solidamente argomentata sulla base del rilievo che la nullità per mancata registrazione del contratto di locazione di immobili può essere definita, come rammenta la stessa sentenza, come "impropria o atipica – a tacer d'altro perché il contratto produce i suoi effetti almeno fino a trenta giorni dalla sua stipulazione, termine ultimo per effettuare la registrazione, per poi assumere la qualificazione negativa sancita dal legislatore, mentre l'ammissibilità di un effetto di sanatoria troverebbe ulteriore conferma nella interpretazione sistematica delle norme di registro e segnatamente in quella di registrazione d'ufficio"⁴⁸. Ed è interessante notare, nella prospettiva del nostro discorso, che l'interpretazione condivisa dalla decisione viene ulteriormente rafforzata sulla base di un argomento che viene fatto di dire tipicamente funzionalistico, qual è quello che pone l'accento sulla circostanza che "l'effetto di sanatoria con efficacia retroattiva consente...di stabilizzare definitivamente gli (assai instabili) effetti del contratto, assicurando piena tutela alla parte debole del rapporto, volta che il conduttore non sarà esposto ad azioni di rilascio, godrà della durata della locazione come previsto ab origine nel contratto..., conserverà il diritto all'avviamento, quello alla prelazione ed ancora quello alla libera trasferibilità dell'azienda e del contratto"⁴⁹.

Se l'idea di un recupero degli effetti del contratto nullo affidata ad un'interpretazione giurisprudenziale è già di per sé assai interessante, avuto riguardo al taglio della nostra indagine, non è meno significativa, nel senso dell'accreditamento di una lettura funzionale del sistema delle nullità, la soluzione proposta dalla Corte, nella stessa occasione, quanto al problema della sorte del caso in cui si tratti di "un accordo simulatorio cui consegua non già la tardiva registrazione dell'intero contratto che preveda *ab origine* la corresponsione del canone reale, ma quella del solo patto dissimulato volto ad occultare un canone maggiore, dopo che il contratto contenente il canone simulato sia stato a sua volta e previamente registrato, sulla premessa per cui la sanatoria da tardiva registrazione elimina soltanto la nullità (testuale) sopravvenuta, lasciando impregiudicata la sorte del contratto qual era fino alla violazione dell'obbligo di registrazione (inidonea a spiegare efficacia sanante su di un'eventuale nullità da vizio genetico"⁵⁰. Ed infatti qui la soluzione si ricollega al rilievo che si tratta di un "vizio riconducibile al momento genetico del contratto, e (non soltanto) ad un inadempimento successivo alla stipula", cosicché "nelle fattispecie simulatorie del canone locatizio di un contratto già registrato deve allora ravvisarsi la diversa ipotesi di una nullità virtuale, secondo la concezione tradizionale di tale categoria e quindi tradizionalmente insanabile *ex art. 1423 c.c.*", derivando la nullità non dalla mancata registrazione, ma dalla illiceità della causa concreta del contratto,

⁴⁸ Così la motivazione della sentenza, § 18.1.

⁴⁹ In questi termini, ancora una volta, la motivazione della sentenza, § 19.1.

⁵⁰ Cfr. il § 20 della motivazione della sentenza.

insuscettibile di sanatoria per mezzo di una tardiva registrazione⁵¹. Da questa impostazione si desume un'indicazione ricostruttiva di grande interesse proprio perché attenta al diverso modo in cui la nullità può declinarsi a seconda che sia riferibile al momento genetico del contratto, e dunque riconducibile – attraverso il prisma della nullità virtuale – alla disciplina codicistica generale, ovvero che sia ascrivibile ad un'ipotesi senz'altro e tuttora eccezionale, nel sistema, qual è quella della nullità da violazione di un obbligo, nel qual caso potrà vedersi, a sua volta, sottoposta ad una disciplina speciale.

Venendo al secondo dei due casi appena evocati, la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 16 gennaio 2018 n. 898⁵², intervenuta a seguito della ordinanza interlocutoria n. 12390 del 17 maggio 2017 dalla sezione I della Corte, e che ha affrontato, e risolto, la questione di diritto oggetto altresì dell'ordinanza n. 10447 del 27 aprile 2017 (“se il requisito della forma scritta del contratto di investimento esiga, oltre alla sottoscrizione dell'investitore, anche la sottoscrizione *ad substantiam* dell'intermediario”)⁵³, ha riguardo ad un problema interpretativo originato da una disposizione collocata ad un livello di disciplina del contratto diverso da quello del codice civile. E cioè, com'è noto, l'art. 23 del d.lgs. n. 58/1998, l'introduzione, ad opera della quale, di un requisito di forma del c.d. contratto quadro poggia su una *ratio legis*, che, già ad una prima considerazione, non risulta riconducibile a quella tradizionalmente sottesa alla previsione, nella sede della disciplina generale del codice civile, di un requisito di forma scritta per le manifestazioni dell'autonomia privata. Essa è, infatti, modulata sull'esigenza di assicurare al risparmiatore, il quale fruirà della prestazione dei servizi di investimento ad opera dell'intermediario finanziario, un apparato di informazioni in grado di orientare le sue scelte d'investimento, così colmando appunto l'asimmetria informativa che lo affligge nei confronti della sua controparte contrattuale.

Si deve, al riguardo, notare che non costituisce certamente una novità, sia nella riflessione della dottrina che nell'elaborazione della giurisprudenza, la presa d'atto che la forma, anche quando sia elevata dal legislatore ad elemento strutturale della fattispecie, postula comunque, per poter essere compiutamente intesa, un rapporto di dipendenza con il tratto funzionale della medesima fattispecie. Risalgono, infatti, a più di trenta anni fa, le notazioni di chi osservava che “la natura derogabile o inderogabile della singola norma sulla forma degli

⁵¹ Cfr. il 22.2. della motivazione e le considerazioni critiche sulla soluzione di V. CUFFARO, *Contratto di locazione etc. cit.*, 1098 ss.

⁵² Vedila in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 668, con nota di A. DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto «monofirma»*.

⁵³ L'ordinanza è pubblicata in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 1363, con nota di R. AMAGLIANI, *La forma del contratto quadro di investimento: la parola alle Sezioni Unite*. La questione sollevata da quest'ultima è stata oggetto della decisione con la sentenza 23 gennaio 2018 n. 1653 delle medesime Sezioni Unite.

atti è non un *prius* indefettibile ma un risultato dell'interpretazione, la quale tiene conto del valore e dell'interesse tutelati dalla disposizione normativa, della intensità della sua rilevanza e delle garanzie richieste per la eventuale autoregolamentazione delle parti anche nel rispetto delle circostanze della peculiare incidenza che i soggetti concreti hanno nella valutazione dell'ordinamento giuridico⁵⁴; ed è stato del pari da tempo notato che, nella disciplina di diritto comunitario dei contratti, il requisito della forma evolve da 'forma di efficacia' a 'forma di protezione'⁵⁵, anche da questo punto di vista con una modificazione radicale dell'impostazione sottostante alla disciplina del codice civile.

D'altra parte, tutto il discorso sul neoformalismo è intessuto di considerazioni sulla funzione senz'altro più articolata, rispetto a quella tradizionale, che il requisito della forma è venuto assumendo in quello che, secondo un termine da tempo largamente in uso, può essere definito il nuovo diritto dei contratti: funzione più articolata, che non a torto viene ravvisata largamente proprio sul piano della risposta alla situazione di asimmetria informativa nella quale versa il consumatore rispetto al professionista e che richiede pertanto di essere colmata attraverso un *surplus* di informazioni – rispetto alla dinamica della contrattazione tra pari – che, in quanto affidato ad un supporto documentale, possa essere agevolmente fruito ed inteso dal consumatore⁵⁶. Ciò che naturalmente non vuol dire annacquare la distinzione, che certamente vi è, tra forma informativa e forma *ad substantiam*⁵⁷, bensì prendere atto che dei due sistemi valoriali⁵⁸, che vengono in considerazione sull'uno e sull'altro versante, quello che costituisce il fulcro della disciplina sulla quale è intervenuta la decisione delle Sezioni Unite è proprio quello della forma informativa, affidata, dunque, secondo l'esplicito disposto normativo, alla redazione per iscritto del contratto ed alla consegna di copia di esso al cliente.

Dal canto suo, una giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cas-

⁵⁴ Così P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 23.

⁵⁵ Cfr., sul punto, G. CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di A. TIZZANO, I, Torino, 2000, 645.

⁵⁶ Cfr., in luogo di molti altri, R. AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999; S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir., Annali IV*, Milano, 774 ss.; P. GAGGERO, *Neoformalismo negoziale di 'protezione' e struttura della fattispecie contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2016, 1463 ss. Osserva, dal canto suo, U. BRECCIA, *La forma*, cit., 536, che "un tale formalismo di protezione non si presta ad essere sistemato secondo i canoni del formalismo quale requisito di un contratto: e in assenza di una disciplina generale (che invece esiste, sia pure in maniera del tutto embrionale, quando la stessa assurga al rango di un elemento essenziale dell'intero atto), affida agli interpreti una responsabilità in gran parte nuova": ed è proprio nell'esercizio di questa responsabilità che si possono accreditare soluzioni, come si è osservato nel testo sostanzialmente condivisibili, quali quelle prospettate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

⁵⁷ Distinzione sulla quale, come si è visto, pone molto l'accento G. LA ROCCA, *La 'forma informativa'*, cit., 8 ss.

⁵⁸ Parafrasando anche qui G. LA ROCCA, *op. loc. cit.*

sazione precedente, rispetto alle pronunce delle quali stiamo ora parlando, ma ancora recente⁵⁹ ha accreditato la praticabilità di un percorso ricostruttivo secondo il quale le forme negoziali comporrebbero un sistema “all’ombra del quale il carattere inderogabile o meno della prescrizione può essere frutto di un’operazione ermeneutica svolta anche con un occhio alla funzione che il vincolo di forma (o, meglio, l’atto formale) è chiamato a svolgere”, così tratteggiando l’idea di un “*vestmentum* finalmente liberato dalla consueta fissità, con l’ulteriore risultato di ridimensionare la pretesa bizzarra di soluzioni normative derivanti dal formalismo strutturale proprio della tradizione, non a caso inserito nel quadro di una nullità irrelata e demolitoria, e perciò stesso ostativa alla produzione di qualsivoglia effetto giuridico”⁶⁰.

Il riferimento al principio di proporzionalità che, come si è visto, le Sezioni Unite propongono in questo contesto non pare, dal canto suo, suscettibile di essere criticato dal punto di vista del cedimento ad una idolatria dei principi, a sua volta in grado di introdurre un elemento di pericolosa incertezza in una materia che dovrebbe essere invece caratterizzata al massimo grado in termini di prevedibilità e certezza: anche se non possono essere dimenticate al riguardo le ancora recenti perplessità di un autore francese, il quale, soffermandosi con vivaci accenti critici sulla proposta di attribuire alla proporzionalità il rango di principio generale del diritto dei contratti, si è espresso in termini di *principolarité*, sottolineando la inconsistenza dogmatica ed ermeneutica di un’operazione intesa a trasformare un mezzo tecnico, quale può appunto essere considerato il principio di proporzionalità, in un autonomo principio di diritto⁶¹. Nel contesto di problemi che qui viene in considerazione, infatti, il principio di proporzionalità viene piuttosto in considerazione come regola che potremmo definire di ‘pragmatismo rimediabile’, che orienta il discorso dell’interprete nel senso di individuare il rimedio di volta in volta più congruo al fine di tutela che si vuole perseguire e rispetto a questo fine non eccedente; e da questo punto di vista non ci sembra arbitrario cogliere, nella motivazione delle sentenze che abbiamo scelto per questa seconda esemplificazione, una linea di continuità con l’idea, sottesa alla precedente elaborazione giurisprudenziale delle Sezioni Unite in materia di rilievo officioso della nullità, e tutta imperniata sull’esigen-

⁵⁹ Si tratta di Cass. S.U. n. 18214/2015, sulla quale, intelligentemente, si sofferma appunto S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) ecc.*, cit., 685, ravvisandola come, ancorché inespresso, e peraltro opinabile, referente argomentativo dell’impostazione condivisa dalla decisione che fa da sfondo a queste notazioni

⁶⁰ I brani riportati nel testo sono di L. MODICA, *Cass. Sezioni Unite 18214/2015: i giudici di legittimità sulla “interpretazione assiologicamente orientata” delle nullità per vizio di forma*, in *Dir. civ. cont.* 28 dicembre 2015.

⁶¹ Cfr. F. TERRÉ, *La proportionnalité comme principe?*, in *La semaine juridique*, n. 25, 15 giugno 2009, 54 s. È noto che, al contrario, una convinta affermazione dell’esistenza, e della centralità, all’interno del sistema normativo, del diritto privato, del principio di proporzionalità è argomentata da P. PERLINGIERI, del quale, tra gli altri scritti in argomento, cfr. *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334 ss.

za di cogliere i “valori funzionali del processo”⁶², inteso come luogo in cui si attua la tutela degli interessi e si concretizzano, dunque, i rimedi.

Sembra allora che i principi enunciati dalle sentenze delle Sezioni Unite non debbano essere visti come espressione di una scelta interpretativa eversiva, tale da indurre la necessità di rivedere “insegnamenti ricevuti in tema di forma del contratto e di struttura del documento, senza rinvenire alcun supporto oggettivo nella disciplina comunitaria” e, per di più, attuata al fine di “soccorrere le imprese di uno specifico settore”, che abbiano omesso di adeguarsi alle prescrizioni della disciplina normativa del settore in cui operano⁶³; si tratta, più semplicemente, di un ulteriore momento di un processo certo ancora in corso, di revisione di categorie tradizionali nella prospettiva, che pare in effetti essere quella soltanto adeguata alla complessità del tempo presente, della funzione che i corrispondenti istituti sono chiamati ad espletare⁶⁴.

6. Conclusioni

È tempo ormai di proporre alcune considerazioni conclusive del discorso fin qui svolto, nel solco di quanto da principio si anticipava essere lo scopo al quale esse tendevano.

La ricostruzione svolta ha tentato di individuare, e di tratteggiare sinteticamente, quelli che a chi vi parla sono parsi i momenti qualificanti, ed i fattori più significativi, della tensione che attraversa ormai da decenni il sistema delle invalidità e, specificamente, la categoria della nullità; e potrebbe allora ritenersi che questa tensione possa sciogliersi solo attraverso un intervento del legislatore che a quel sistema ridia armonia e coerenza, sia pure tenendo conto della ormai

⁶² Il riferimento è, com'è ovvio, a Cass. S.U. 12 dicembre 2014 nn. 26242 e 26243; sui principi enunciati da queste ultime, ed ai limitati fini che possono venire in considerazione in questa sede, ci si permetta il rinvio, nel solco di quanto in precedenza già osservato, al nostro *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite ed il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 197 ss. Non sembra invece che si possa cogliere nelle sentenze delle Sezioni Unite sullo sfondo di queste considerazioni un contrasto con l'idea della nullità che le Sezioni Unite del 2014 avevano condiviso e secondo la quale, in estrema sintesi, come pure si è accennato in questa sede, la stessa si fonderebbe comunque sulla rilevazione, e sulla tutela, di un interesse sovraindividuale. Infatti, sul filo delle notazioni sviluppate nel testo, qui neppure verrebbe in gioco la sanzione della nullità, essendo il requisito formale imposto dalla norma soddisfatto dalla consegna del testo scritto del contratto.

⁶³ Per questa vivace critica, G. LA ROCCA, *La 'forma informativa'*, cit., 19.

⁶⁴ Osserva, da ultimo, S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, cit., 130, proprio con riferimento alla sentenza della quale si è da ultimo discusso, che “le S.U. odierne, trasportando la ‘dissimetria sul piano dei rimedi’ per bilanciare l’opposta situazione di dissimetria delle parti’ in sede di stipula e *in executivis*, colgono, a nostro avviso, nel segno”; e si vedano anche, dello stesso Autore, le considerazioni in *ibidem*, 261 ss.

inevitabile articolazione della disciplina delle nullità su una pluralità di livelli.

Può tuttavia nutrirsi qualche dubbio che l'intervento del legislatore, quanto meno al livello di disciplina proprio del codice civile, sia necessario, o anche soltanto opportuno⁶⁵; e non soltanto per le perplessità che suscita sempre più – la notazione non appaia troppo sbilanciata sull'attualità politica – la capacità del potere legislativo di 'filtrare', 'mediare' e 'rappresentare' sul piano del discorso precettivo gli interessi ed i bisogni della collettività, senza appiattirsi semplicemente su di essi.

Pare, infatti, piuttosto decisivo il rilievo che una volta che l'individuazione, e le valutazioni circa i fini da raggiungere, siano state compiute dal legislatore, è, poi, compito della teoria della invalidità o della nullità sorreggere l'interpretazione o l'integrazione del discorso del legislatore⁶⁶; e gli esempi concreti sui quali ci siamo da ultimo soffermati suggeriscono la riflessione, a questo punto davvero conclusiva, che questa opera di interpretazione, integrazione e razionalizzazione del discorso del legislatore possa essere più efficacemente demandata a chi (interprete dottrinale, così come interprete 'giurisprudenziale'), dai rispettivi angoli visuali, sia in grado di concretizzare l'analisi funzionale delle singole vicende controverse. E qui un cenno può farsi all'uso intelligente e raffinato che un'altra, recente sentenza delle Sezioni Unite – la Cass. S.U. 24 settembre 2018 n. 22437 sulla questione della validità della clausola *claims made*⁶⁷ – ha proposto di un'argomentazione volta, per il tramite del ricorso al rimedio della nullità parziale, "a rendere il contratto idoneo allo scopo, tenuto conto anzitutto delle esigenze dell'assicurato, oltre che delle ricordate istanze sociali" (e cioè "di una corretta allocazione dei costi dell'illecito, che sarebbe frustrata ove il terzo danneggiato non potesse essere risarcito del pregiudizio patito a motivo dell'incapienza patrimoniale del danneggiante, siccome, quest'ultimo privo di idonea assicurazione⁶⁸").

⁶⁵ Fermo restando che, come si osservava *supra*, nt. 4, l'ipotesi di riforma prefigurata dal d.d.l. S n. 1151/2019 – comunque, non tale da determinare, ove pure attuata, una revisione complessiva del sistema delle invalidità – non ha avuto, allo stato, alcun seguito ed è ormai decisamente improbabile che ne abbia uno.

⁶⁶ Cfr., per questa indicazione di metodo, A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1427.

⁶⁷ Vedila, tra gli altri luoghi, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 70 ss., con nota di A.M. GAROFALO, *L'immeritevolezza nell'assicurazione claims made*.

⁶⁸ Del resto, la circostanza che spetti all'interprete – una volta individuate dal legislatore le finalità, in termini di interessi tutelati, proprie della disciplina di un determinato settore dell'esperienza – 'costruire' il sistema delle invalidità, anche nella sua modalità operativa concreta e nei suoi rapporti con altre tecniche rimediale, risulta ulteriormente confermata dalla recentissima ordinanza interlocutoria della I sezione della Corte di Cassazione, n. 11486 del 30 aprile 2021. Quest'ultima, infatti, ha rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione dell'applicabilità dei principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di nullità dei contratti stipulati in conformità di intese restrittive della concorrenza alle fidejussioni bancarie sulla base delle condizioni uniformi predisposte dall'ABI, in particolare sotto i profili dei rapporti con l'azione di risarcimento del danno, del regime applicabile all'azione di nullità e della configurabilità di un'ipotesi di nullità parziale.

GIANROBERTO VILLA

METAMORFOSI DELL'INVALIDITÀ,
STABILITÀ DEI RAPPORTI
E CIRCOLAZIONE DEI DIRITTI

SOMMARIO. 1. L'idea di riformare il codice civile tra realismo e nostalgia. – 2. L'invalidità e i rapporti con la disciplina europea. – 3. La nullità fondata sul bilanciamento degli interessi nel caso concreto e la circolazione dei diritti. – 4. Modelli alternativi di invalidità. Tre soluzioni di derivazione europea. – 5. Modelli alternativi dell'invalidità nel sistema interno. – 6. Alcune conclusioni.

1. *L'idea di riformare il codice civile tra realismo e nostalgia*

Una riflessione che consideri, come richiede questo convegno, le prospettive di riforma del codice civile può condurre ad una prevedibile divaricazione negli atteggiamenti di chi vi partecipi; è facile avere una reazione di conservazione che vorrebbe mantenere la geometria ordinata del codice esistente, ma è altrettanto facile accarezzare l'idea di interventi radicali e coraggiosamente innovatori.

Dico subito che occorrerebbe più semplicemente essere realisti, anche se la nostalgia per un sistema ordinato e prevedibile può essere pienamente comprensibile, soprattutto alla luce di una legislazione attuale di qualità frequentemente modesta.

Il realismo porta allora a constatare che la disciplina dell'invalidità, che affondava le radici in distinzioni tendenzialmente rigorose¹, è stata progressivamente interessata da una disarticolazione che ha riportato a modelli che, già all'inizio del '900, erano fotografati in ambiente francese come la composizione di plurime nullità, assolute e relative, sanabili e non, adattate per realizzare gli scopi perseguiti dalle norme che le introducevano².

Che la nostalgia per un sistema modellato su rigorosi meccanismi dedut-

¹ Cfr. M. BRUTTI, *Invalidità* (storia), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 560; R. TOMMASINI, *Nullità* (diritto privato), in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1978, 875; mi permetto di rinviare per una sintesi al mio *Le invalidità fra modello tradizionale e nuove discipline*, in F. MACARIO-M.N. MILETTI, *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, Milano, 2006, 413 ss.

² R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Paris, 1909.

tivi sia legittima non dipende però solo da abitudini culturali o dal timore di risultati qualitativamente scarsi, ma può anche derivare dalla prospettiva da cui si guarda la questione. L'imprenditore che, volendo partecipare ad una gara d'appalto, si sente rispondere dall'esperto che le conseguenze dei vizi della gara sono in concreto decise dal giudice sulla base dell'interesse pubblico e che l'efficacia del contratto di appalto può essere eliminata, ridotta o mantenuta³ in modo sostanzialmente discrezionale, rimpiangerà sicuramente un mondo in cui a regola certa corrispondeva sanzione certa.

Questo mondo non sarà rimpianto invece da chi preferisca un agire meno responsabilizzante perché, anziché muoversi in un'architettura rigida, nel modello alternativo egli trova principi elastici che possono smussare le responsabilità, allentare i vincoli o adattarli secondo il bisogno.

Queste osservazioni non sono in realtà nuove: si tratta di concetti che rimandano alla contrapposizione tra criteri di decisione fondati sulla fattispecie o, al contrario, sul bilanciamento degli interessi da valutare in concreto⁴, contrapposizione che negli ultimi anni è stata oggetto di importanti riflessioni sul piano della teoria generale⁵.

Peraltro, l'atteggiamento nostalgico appare, nel momento attuale, nobile ma recessivo, e non tanto per la presenza, all'interno dei confini italiani, di regole e di opinioni che segnalano una direzione diversa, quanto per la forza di fonti normative di matrice europea che sono dominate dalla tecnica del bilanciamento.

Al di là di oscillazioni affacciatesi negli ultimi anni sul piano politico, sul piano del diritto vigente le tendenze imposte dalla legislazione europea si mostrano come un paradigma tuttora imprescindibile; in altre parole, come hanno osservato gli studiosi francesi a proposito della riforma del loro codice civile, ogni regola nuova dovrebbe mirare ad avere caratteristiche tali da renderla "eurocompatibile"⁶, ovvero coerente con principi rispetto ai quali si impone un'esigenza di adeguamento.

³ Artt. 121 e 122 Codice Processo Amministrativo.

⁴ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 500.

⁵ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016. V. inoltre F. DENOZZA, *In viaggio verso un mondo re-incantato. Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in ODCC, 2016, 419, che vede nell'ammorbidente della fattispecie una manifestazione del neoliberismo, funzionale a rassicurare i potenziali contraenti, soprattutto se consumatori, affinché accedano al maggior numero possibile di contratti e di acquisti, confidando sul fatto di poter disporre di qualche leva per poter uscire da vincoli che, dopo la conclusione del contratto, scoprono troppo stringenti.

⁶ A. GHOZI-Y. LEQUETTE, *Le reforme du droit des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2008, 2609.

2. *L'invalidità e i rapporti con la disciplina europea*

La compatibilità con il sistema europeo può ovviamente essere percepita con diversa intensità. In una prima prospettiva, si può andare alla ricerca di regole che siano davvero integrate e comuni; a questo riguardo si impone un certo scetticismo. L'esperienza vissuta all'interno delle istituzioni europee è passata da studi e proposte di unificazione del diritto dei contratti ad un sostanziale abbandono di quei progetti; da altro lato, Francia e Germania, riconosciute come Stati trainanti del sistema europeo, hanno percorso strade evidentemente autonome, scegliendo di riformare i loro diritti interni secondo schemi che presentano punti di convergenza, ma anche plurimi elementi di divergenza, confermati tra l'altro dalla scelta di assorbire nel codice molteplici regole create dalla giurisprudenza nazionale.

Conviene allora assumere un atteggiamento ancora una volta improntato al realismo, evitando l'aspirazione a una palingenesi che, se non è totale e perfetta, rischia di creare forti difficoltà di coordinamento con il resto del sistema. Questo non significa a mio avviso limitarsi ad un meccanico recepimento delle normative di origine europea oggi esistenti; è opportuno piuttosto pensare a una compatibilità realizzata attraverso principi e formule che si sforzino di accogliere anche linee di tendenza future che si possono prefigurare oggi sulla base dei vigenti strumenti normativi dell'Unione⁷.

Vorrei rendere concreta questa idea con un esempio. La riforma del codice civile francese opera una scelta di questo genere quando, generalizzando la regola europea già esistente, ma ristretta dalle direttive ai rapporti con il consumatore, riscrive l'art. 1171 e, con una disposizione che prescinde dalla qualificazione dell'aderente quale consumatore, prevede che nelle condizioni generali di contratto la clausola che crea eccessivo squilibrio tra diritti e obblighi a carico dell'aderente vada considerata come non scritta, ampliando così una regola europea in origine concepita come settoriale.

In materia di nullità questo dato di fatto richiede di riflettere sul tema ad un doppio livello. Ad un livello preliminare, non è in discussione che le cause dell'invalidità necessitino di uniformarsi al panorama europeo e di seguire soluzioni in parte già tracciate dalle scelte dell'Unione.

Ad un livello ulteriore, invece, è necessario un intervento più creativo, dal momento che ci si sposta su un terreno che, attenendo alle regole sulla circolazione dei diritti, sulla tutela dei terzi e su altre questioni specifiche, non è generalmente calcato dalle fonti europee, in quanto le soluzioni ai problemi

⁷ Per analoghi temi metodologici venuti in considerazione in Germania con la riforma dello *Schuldrecht*, v. R. SCHULZE, *Schuldrechtmodernisierungsgesetz e prospettive di unificazione del diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004, 167.

che si affacciano in questi ambiti sono fortemente condizionate dall'assetto degli ordinamenti nazionali.

L'esempio più facile riguarda l'impatto dell'invalidità sui sub-acquirenti, ampiamente protetti laddove operi un sistema in cui l'astrazione dell'atto traslativo esclude la rivendicazione dell'originario dante causa che ha alienato in forza di un obbligo invalido, e invece più esposti nei sistemi dove il principio causale rafforza la tutela del dante causa sino a colpire chi è divenuto acquirente in base a una catena di trasferimenti successivi.

Il condizionamento delle regole interne, in questo settore, è tale da indurre le proposte di uniformazione del diritto europeo formulate nel corso degli anni a prefigurare discipline relative all'invalidità, ma a non entrare nel terreno della circolazione dei diritti: i principi Unidroit e i PECL si limitano a richiamare il rimedio, di carattere obbligatorio, della ripetizione dell'indebito; il DCFR fa un passo in avanti e, oltre a proporre una disciplina dell'arricchimento, rinvia in generale alle norme sul trasferimento della proprietà, occupandosi tuttavia solo di un aspetto, ovvero dell'acquisto delle cose mobili agevolato dall'applicazione del principio "possesso vale titolo".

Tutte queste discipline ipotetiche si muovono così, come è stato scritto in modo efficace, in "un quadro irrealisticamente asettico che regola il solo frammento del contratto in generale, trascurando le regole sulla circolazione della proprietà e ipotizzando un modello di contratto esclusivamente a efficacia obbligatoria".⁸

È dunque necessario pensare ad un assetto delle conseguenze derivanti dall'invalidità da inserire in un contesto in cui o si pensa ad una riorganizzazione complessiva del trasferimento dei diritti, con inevitabili enormi difficoltà attuative legate anche all'apparato amministrativo preposto ai sistemi di pubblicità, o si conserva quell'organizzazione generale e si cerca di adattare il nuovo sistema dell'invalidità a schemi organizzativi già noti, apportando ad essi il minor numero di variazioni possibile. Sono in verità immaginabili anche soluzioni intermedie, ma al momento uno sforzo di fantasia rivolto alla loro progettazione appare prematuro, se non si operano alcune scelte apicali circa la strada (rivoluzione o conservazione) da percorrere.

Le difficoltà di coordinamento con il resto del sistema interno non sono assenti neppure con riferimento ad altre proposte di disciplina uniforme, sebbene appaiano di rango minore e facciano riferimento, sostanzialmente, all'aspirazione ad avere un sistema interno coerente. Mi riferisco con questo al tema della prescrizione dell'azione volta a reagire all'invalidità.

I PECL e i Principi Unidroit, trattando dell'invalidità derivante da vizi del consenso, dallo sfruttamento abusivo e dal carattere vessatorio delle clausole, richiedono che la contestazione dell'invalidità sia effettuata in un tempo ragio-

⁸ E. NAVARRETTA, *La causa*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, a cura di G. AMADIO-F. MACARIO, Bologna, 2014, I, 609.

nevole dalla conoscenza del vizio o dall'invocazione della clausola abusiva ad opera dell'altra parte (art. 4:113 PECL, art. 3.2.12 Principi Unidroit); il DCFR opera in modo analogo (§ II, 7, 210). In nessun caso è stabilito il termine di prescrizione: laddove esso è proposto, è riferito alla pretesa all'adempimento ed è organizzato attorno ad un duplice momento, rappresentato da un termine breve triennale decorrente dalla conoscenza della lesione e da un termine finale di sbarramento, indipendente dalla conoscenza, di dieci anni.

Si è invece occupato del tema un ordinamento interno, ovvero quello francese, che, quanto alla prescrizione, ha reso irrilevante la distinzione tra nullità assoluta e nullità relativa e, adottando il modello proposto dai progetti di codificazione europea, stabilisce un termine di prescrizione breve (cinque anni) decorrente dalla conoscenza o conoscibilità della pretesa (art. 2224), sbarrato da un termine finale oggettivo di 20 anni (art. 2232).

In conclusione, le modifiche al sistema dell'invalidità, una volta inserite nell'ordinamento, pretendono un coordinamento, non semplice, con tutte quelle regole, per lo più difformi tra Stato e Stato, che guardano ad interessi ulteriori rispetto a quelli dei contraenti e che sono dettate nella prospettiva della stabilità e della certezza dei rapporti.

3. *La nullità fondata sul bilanciamento degli interessi nel caso concreto e la circolazione dei diritti*

Non credo occorrano ulteriori indicazioni per ribadire che un discorso su un intervento normativo in tema di nullità richiede un confronto, oltre che con le cause che la generano, anche con le conseguenze che ne derivano⁹. Viene allora in rilievo una riflessione sul principio dell'originaria ed irrimediabile improduttività di effetti dell'atto nullo, a cui consegue quello dell'opponibilità della nullità ai sub-acquirenti.

Su questo tema si deve osservare che nel modello "a fattispecie" del nostro codice la nullità è, nella generalità dei casi, la reazione a difetti predeterminati e, per la parte preponderante, rilevabili oggettivamente: una difformità tra le dichiarazioni, una funzione oggettivamente proibita, un oggetto non identificabile, una forma inidonea e così via. Questo operare oggettivo e schematico fa percepire come accettabili regole sulla circolazione dei diritti per le quali l'improduttività di effetti del contratto nullo incide anche sul trasferimento successivo dei beni, dal momento che i sub-acquirenti possono disporre, quale contrattare, di maggiori possibilità di controllo sull'anomalia degli atti di

⁹ Il disegno di legge S. 1151 presentato dal Governo il 19 marzo 2019 prevede un ampliamento delle cause di invalidità (art. 1, lett. *g*) e *h*)), ma non tocca, se non per un cenno alla nullità parziale, la disciplina relativa alle conseguenze dell'invalidità, pur individuando nuove invalidità di protezione.

provenienza. In questo contesto, accettiamo come tollerabile il fatto che una nullità così configurata non possa sanarsi o non possa prescriversi.

Se però la nullità deriva da un giudizio impostato sul bilanciamento degli interessi, la sua affermazione dipende da variabili concrete sottoposte alla valutazione del giudice caso per caso, cosicché prima della sentenza l'oggettiva possibilità di percepire il vizio da parte di un osservatore esterno si riduce. Se poi l'invalidità che deriva da quelle valutazioni mira a colmare disparità di condizioni tra i contraenti e a proteggere interessi di una parte, le ferree regole dell'insanabilità e della imprescrittibilità perdono di coerenza con lo scopo per cui la nullità è affermata.

Il modello dell'annullabilità e quello della rescissione contenuti nel codice del 1942 danno una risposta a considerazioni del genere; anche quelle patologie dipendono dal concreto ricorrere di alcune condizioni anomale e dunque l'opponibilità ai terzi è limitata o è esclusa, così da ridurre la loro incidenza sulla sicurezza dei traffici; il loro scopo protettivo, poi, è coerente con la sottoposizione dell'azione a termini di prescrizione e con la possibilità di convalidare il contratto o di salvarlo riconducendolo ad equità.

Per la verità, anche la più nota forma di nullità fondata sul bilanciamento degli interessi, ovvero quella delle clausole abusive nei contratti con il consumatore, potrebbe in astratto porre problemi analoghi a quelli derivanti dalla difficoltosa analisi condotta da un soggetto terzo ignaro delle circostanze concrete in cui i contraenti si sono mossi. Tuttavia non si ha a che fare in queste ipotesi con un'invalidità che travolge lo scambio nel suo complesso incidendo sulla circolazione dei diritti: lo scambio è conservato grazie alla regola per cui la soppressione della clausola abusiva non si estende al resto del contratto e ciò supera alla radice i problemi che sono alla base delle presenti riflessioni.

I problemi si manifestano invece quando una nullità dipendente dal concreto atteggiarsi degli interessi non porti con sé una valvola di sicurezza di quel genere e quindi possa travolgere l'intero scambio. Possiamo elencare alcuni casi.

È una soluzione fondata sulla tecnica del bilanciamento e sull'esistenza di un abuso nel caso specifico quella, ormai stabilmente accolta dalla nostra giurisprudenza, che riconduce il contratto frutto della circonvenzione di incapace alla nullità assoluta prevista dall'art. 1418, abbandonando così la logica dell'annullamento individuata dall'art. 428¹⁰.

Assume analoghe caratteristiche la combinazione della nullità per assenza o illiceità della causa con l'affermarsi dell'idea della causa in concreto, cosicché la specificità del singolo rapporto può, se del caso, incidere in modo decisivo sul giudizio di validità del contratto, come chiaramente si apprende dalla recente vicenda delle assicurazioni *claims made*¹¹.

È poi una nullità fondata sulla tecnica del bilanciamento quella derivante

¹⁰ Da ultimo, Cass. 20 marzo 2017, n. 7081; Cass. 19 maggio 2016, n. 10329.

¹¹ Cass. S.U. 24 settembre 2018, n. 22437.

dall'abuso di dipendenza economica; ed essa è una nullità che potenzialmente aggredisce l'intero scambio, e non solo le singole clausole.

Ma la tecnica del bilanciamento va anche oltre. Si consideri ad esempio il tema della sorte dei contratti a valle di un'intesa vietata dalle norme a tutela della concorrenza¹²; il punto delicato è che la nullità dell'intesa a monte è strutturata attorno a circostanze che necessitano di valutazioni nel caso concreto, considerato che, come espressamente stabilisce l'art. 2 della nostra legge antitrust (ma il panorama europeo è analogo), il patto a monte è nullo solo se ha effetti distorsivi che operino "in maniera consistente" su una "parte rilevante" del mercato, tutti presupposti concreti che dipendono da accertamenti di fatto. È dunque immediato il passaggio che conduce a osservare che anche la nullità dei contratti a valle dipende da una valutazione concreta in rapporto alla consistenza degli effetti che l'intesa a monte genera sul mercato.

4. *Modelli alternativi di invalidità. Tre soluzioni di derivazione europea*

La domanda che discende da queste premesse è dunque se, di fronte all'inevitabile spazio da riservare a forme di nullità destinate ad incrementare incertezza nei traffici, non si debba immaginare una disciplina degli effetti della nullità diversa dall'attuale o almeno diversificata per alcune ipotesi.

Chi vedesse nelle nullità che ho appena descritto uno strumento radicale per eliminare dal mercato alcune tipologie di affari, risponderebbe negativamente e troverebbe coerente accentuare la spinta deterrente di quelle nullità, estendendo il loro effetto ai terzi così da ostacolare radicalmente un certo segmento dei traffici.

Chi invece ritenesse opportuno non dimenticare che il contenuto oggettivo di quegli affari è in sé ammesso e che si vuole reagire alle condizioni anomale in cui quegli affari sono maturati, dovrebbe incamminarsi verso la ricerca di soluzioni differenti.

Ovviamente, la questione immediatamente successiva è come farlo. Su questo crinale gli sforzi di fantasia possono essere molti, ma non è questo il luogo per indugiare su di essi; è invece preferibile indicare alcuni modelli già vigenti o contenuti in progetti in circolazione, in modo da disporre di basi di discussione che sono già state oggetto di sperimentazione o, almeno, di meditazione. Ne saranno ora proposti alcuni, scelti in modo forse arbitrario, ma necessitato dal breve spazio disponibile in questa sede; muoverò dunque da tre schemi estranei al nostro ordinamento, per poi passare a tre discipline già presenti nel diritto italiano.

¹² In tema, Cass. 12 dicembre 2017 n. 29810; Cass. 22 maggio 2019, n. 13846.

i) Disponiamo anzitutto dei modelli prefigurati dai progetti di codificazione europea a cui ho già fatto cenno in precedenza. Essi sono caratterizzati dalla scelta di occuparsi solo marginalmente della nullità nell'accezione tecnica del nostro ordinamento, perché disciplinano piuttosto temi riferibili ai vizi del consenso o allo squilibrio nel potere contrattuale tra i contraenti. Si comprende quindi come l'invalidità, in questa prospettiva particolare, sia costruita come rimedio soggetto a vincoli di tempo e passibile di sanatoria.

I vincoli derivanti da disposizioni imperative o di ordine pubblico sono presupposti, ma i diversi modelli non si occupano delle loro conseguenze, essendo demandato al giudice il compito di stabilire queste ultime sulla base delle norme imperative e dei loro scopi.

Fa in parte eccezione il progetto elaborato dall'Accademia dei Privatisti Europei, dove anche la nullità "in senso tecnico" ha spazio e dove l'azione è soggetta ad un termine di prescrizione decennale, mentre il contratto è sanabile se non viene in rilievo una violazione dell'ordine pubblico¹³.

Nella generalità di questi modelli, le conseguenze della nullità sono considerate sul piano delle restituzioni, mentre non si prende in considerazione la sua incidenza sulla circolazione dei diritti, comprensibile ricaduta questa del fatto che le discipline nazionali sul tema sono difformi tra loro. Come detto, solo il DCFR affronta marginalmente l'argomento, considerando l'ipotesi dell'acquisto in buona fede del possessore di cose mobili, mentre la proposta dell'Accademia dei Privatisti diluisce la tutela dei terzi che abbiano confidato sulla validità del contratto in un rimedio risarcitorio, e quindi senza riflessi sull'acquisto dei diritti reali.

ii) Esiste poi il modello tedesco, come detto governato dal principio di astrazione che assicura la stabilità dell'acquisto dei terzi. Com'è ovvio, la sua adozione presupporrebbe una radicale modifica di tutto il sistema della circolazione, a partire dall'accantonamento del principio consensualistico. Ciò implicherebbe tra l'altro la tendenziale trasformazione della protezione dell'alienante in una tutela di carattere obbligatorio, sottoposta, nelle regole introdotte con la riforma del BGB del 2001, al termine di prescrizione ordinario triennale, decorrente dalla conoscenza o conoscibilità della pretesa, integrato da un termine decennale, operante come sbarramento finale dell'azione e decorrente oggettivamente dal sorgere del diritto, e non dalla conoscibilità di questo.

iii) Abbiamo poi il sistema francese successivo alla riforma del 2016. Esso è impostato in questo modo: opera una distinzione netta tra la nullità assoluta, dipendente dal contrasto con norme poste a tutela di interessi generali, al punto da attribuire la legittimazione ad agire al Pubblico Ministero (artt. 1179 e 1180), e la nullità relativa, posta a servizio di interessi individuali (art.

¹³ Artt. 141, 143, 160-161

1181). Quest'ultima coinvolge anche nullità dipendenti dall'approffittamento di un contraente ai danni dell'altro, come accade nell'ipotesi della "violenza economica", mentre l'abuso concretizzatosi nelle clausole vessatorie, come ho già ricordato, comporta l'eliminazione della clausola, ma non intacca il contratto per il resto.

Vi è un'ampia possibilità di recupero dell'atto nullo: si prevede una rinuncia all'impugnazione (art. 1182), che può essere provocata anche mediante un'*actio interrogatoria* (art. 1183); questa rinuncia è applicabile anche al caso della nullità assoluta, valendo però solo per il rinunciante (art. 1182). L'azione, anche relativamente alla nullità assoluta, si prescrive in 5 anni (art. 1185), pur mantenendosi la perpetuità dell'eccezione.

Quanto agli effetti nei confronti dei sub acquirenti, l'opponibilità della nullità è ampia, ma è mitigata, oltre che dagli strumenti appena descritti, dalla permanenza del principio "possesso vale titolo" e dall'usucapione decennale in materia di immobili.

5. *Modelli alternativi dell'invalidità nel sistema interno*

Veniamo ora ai tre modelli alternativi di invalidità coesistenti nel nostro ordinamento.

a) Viene in mente per prima una soluzione che potrebbe operare attraverso un'operazione agile, peraltro proposta anche da alcune analisi *de jure condito*, che è costituita dall'estensione di alcune regole dettate per l'annullabilità alle ipotesi di nullità di protezione; ciò implicherebbe, quanto alla tutela dei traffici, la salvezza degli acquisti dei terzi in buona fede effettuati a titolo oneroso, la possibilità di convalidare il contratto, la prescrittibilità dell'azione e la perpetuità dell'eccezione quando il contratto non sia stato eseguito.

Queste regole non sono peraltro in grado, da sole, di dare risposte a tutti i temi sul tappeto.

In primo luogo, esse lasciano aperto il tema della sopravvivenza e della conformazione del contratto laddove sia soppressa una delle sue clausole, ponendo così l'esigenza di decidere se, oltre alla necessaria applicazione della nullità parziale nei rapporti con il consumatore, sia il caso di estendere una regola analoga a tutti i casi di nullità con finalità protettiva.

In secondo luogo, quelle regole mal si prestano a risolvere casi in cui una nullità non fondata sulla tecnica della fattispecie abbia implicazioni con la tutela (anche) di interessi generali, considerata la sostanziale indisponibilità di questi ultimi. Si accennava prima ai casi della circonvenzione di incapace o dei contratti a valle di un'intesa; in quei contesti, se non si riportano quelle situazioni ad una logica di protezione e quindi ad un sistema analogo a quello appena descritto (il che non mi pare sempre possibile), la trasposizione delle norme

sulla convalida e sulla prescrizione non è scontata; inoltre, se si condivide la preoccupazione che nullità poco prevedibili *ex ante* possano colpire terzi in modo inatteso, è necessario immaginare qualche meccanismo di salvaguardia dei sub-acquirenti operante anche in caso di nullità.

b) Un modello alternativo, ma estremo, è ricavabile dalla legislazione in tema di contratti pubblici. Definisco estremo questo modello perché disciplina le conseguenze della violazione di talune norme, nella specie quelle sulla selezione dei contraenti da parte della Pubblica Amministrazione, con una forma di invalidità dai contorni variabili. Gli artt. 121 e 122 del Codice del Processo Amministrativo affidano al giudice che abbia annullato l'aggiudicazione il compito di definire in concreto le ripercussioni del vizio sul contratto; la sanzione, qualificata dalla legge in termini di "inefficacia", può travolgere il contratto per l'intero o in parte, retroattivamente o per l'avvenire, e può essere esclusa del tutto se l'interesse pubblico consiglia questa soluzione.

In questo modo, la tutela del terzo interessato a far valere il vizio del procedimento per imporre il rifacimento della gara o subentrare nel contratto è subordinata ad una valutazione in concreto e può subire una degradazione da una tutela in forma specifica ad una tutela per equivalente in base alla valutazione del giudice nel caso singolo.

Un sistema del genere, se trasposto in contesti in cui non vigono i ridotti termini di impugnazione del diritto amministrativo e in cui la nullità può essere pronunciata a seguito del bilanciamento degli interessi, introduce una quantità di incertezza insostenibile per un mercato ordinato, se solo si riflette che non è unicamente il riconoscimento dell'invalidità a dipendere da una valutazione in concreto, ma lo sono anche le conseguenze che ne deriverebbero.

c) Infine, abbiamo un ulteriore modello vigente che ha tenuto conto di esigenze di stabilità e sicurezza degli scambi, in modo che l'incidenza dell'invalidità sul mercato sia contenuta in termini compatibili con lo scopo di non scoraggiare gli investimenti in determinate attività. Mi riferisco all'articolazione dell'invalidità inserita dalla riforma delle società con riferimento alle delibere assembleari delle società per azioni.

La nullità, in quel settore, salvo il caso in cui la deliberazione introduca un oggetto sociale illecito o impossibile, è rilevabile nel limitato spazio temporale di tre anni (art. 2379), conosce ipotesi di sanatoria (art. 2379-*bis*), oppure di trasformazione della tutela reale in tutela risarcitoria a seguito dell'esecuzione di determinate delibere (art. 2379-*ter*); è soprattutto interessante la circostanza per cui sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede in esecuzione della delibera invalida (art. 2377, commi 7 e 2379, comma 4) – soluzione peraltro non inedita nel codice civile se si pensa alla disciplina della simulazione –.

6. *Alcune conclusioni*

A questo punto, occorre chiedersi che cosa ci insegni questa rassegna. Mi pare che i dati più interessanti derivino proprio dalla disciplina interna alternativa a quella di una nullità irrimediabilmente distruttiva propria delle regole del codice civile in materia di contratti. Ciò non solo in relazione all'area, assai approfondita in quest'ultimo ventennio, delle nullità di protezione, ma anche in relazione alla sfera delle nullità che non rispondono a esigenze protettive di un contraente, ma a più ampi bisogni di ordine del mercato.

In sostanza, lasciando da parte il modello dei contratti pubblici, considerati gli aspetti critici a cui si è fatto cenno, sono le regole inserite con la riforma delle società ad ospitare una frattura rispetto al dogma di una nullità irrimediabile e definitiva, laddove esigenze particolari legittimino soluzioni diverse. Occorre allora chiedersi se un modello analogo possa funzionare in una prospettiva di riforma del diritto contrattuale.

Questo, inevitabilmente, porta sì a dover fare qualche sforzo di fantasia, manifestando in tal modo un'inevitabile incoerenza con i propositi di realismo che mi era prefisso all'inizio; tento tuttavia di limitare al minimo l'incoerenza ragionando solo per schemi generali.

In questa prospettiva vi è allora da chiedersi se la disciplina della nullità non possa essere riformulata secondo una partizione che tenga conto sia della conservazione di forme di nullità fondate sul canonico schema della fattispecie, sia dell'espansione di nullità assolute fondate sulla più incerta tecnica del bilanciamento, sia infine della vicinanza tra l'area della nullità di protezione e quella dell'annullabilità.

Se così fosse, una nullità assoluta, insanabile e opponibile ai terzi potrebbe continuare ad operare per casi specifici e esplicitamente determinati, per così dire "più gravi"; una nullità intermedia, di carattere residuale, atta ad ospitare anche le nullità "a bilanciamento", potrebbe essere modellata con strumenti limitativi simili a quelli previsti nel diritto societario; infine, una nullità di protezione potrebbe essere interessata da norme analoghe a quelle ora vigenti per l'annullabilità, salve le deviazioni richieste per mantenere aderenza ai sistemi europei, come è per il tema della rilevabilità d'ufficio.

Si tratta, come è evidente, di proposte di riflessione che vogliono utilizzare schemi già sperimentati, ma adattati a esigenze diverse nella consapevolezza che una soluzione unica e meccanica si mostrerebbe inidonea a rispondere alle domande complesse della realtà attuale; ciò avrebbe il vantaggio di una maggiore articolazione della disciplina, senza avventurarsi nella creazione di modelli inediti che potrebbero più facilmente condurre a frizioni con un sistema normativo che è frutto, comunque la si voglia vedere, di stratificazioni meditate nel corso di secoli.

GIOVANNI D'AMICO

GIUSTIZIA CONTRATTUALE E CONTRATTI ASIMMETRICI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. «Giustizia contrattuale» come valore immanente in qualsiasi sistema legale di regolamentazione del contratto. – 3. «Giustizia commutativa» e «giustizia sociale» (o “distributiva”). – 4. «Giustizia commutativa» come equilibrio del regolamento contrattuale. – 5. La c.d. «giustizia procedurale». Strumenti attraverso cui si garantisce (o può garantirsi) la «giustizia contrattuale» mediante una disciplina meramente “procedurale” (*id est*: che non incida direttamente sul contenuto del contratto). – 6. (*segue*) Infondatezza della contrapposizione tra la c.d. «giustizia procedurale» e la «giustizia sostanziale» (o materiale). – 7. Le condizioni che rendono la «giustizia procedurale» (ancorché sempre necessaria) insufficiente ad assicurare un grado desiderabile di «giustizia contrattuale». – 8. (*segue*) Il problema delle “asimmetrie” e il nuovo modo di rapportarsi tra loro di “contratto” e “mercato”: *a*) il caso della contrattazione “di massa” nei mercati in cui agiscono i “consumatori” (o gli utenti). – 9. (*segue*) *b*) L’“ingiustizia” nei rapporti contrattuali tra “professionisti”, e il fenomeno della “frammentazione” del mercato ad opera del contratto. L’abuso di “dipendenza economica”. – 10. Assenza, nel sistema, di un principio generale che consenta, in nome dell’esigenza di assicurare la “giustizia contrattuale”, un controllo (giudiziale) generalizzato sul contenuto del contratto. Questo principio non può essere identificato nella “buona fede” contrattuale. – 11. (*segue*) La “giustizia” dei rimedi (e la buona fede). – 12. Conclusioni: la giustizia contrattuale tra legge e giudizio.

1. Premessa

Proverò a presentare in forma volutamente “*assiomatica*”, alcune proposizioni sul tema che sono stato chiamato a svolgere in questa Relazione, ossia il tema della «giustizia contrattuale».

Naturalmente sono ben consapevole dell’azzardo di prospettare come proposizioni “evidenti” (quali sono – o si ritiene debbano essere – tesi qualificate come “assiomi”) una serie di affermazioni che concernono un argomento, invece, controverso quanto pochi altri.

Le spiegazioni (e i commenti) – sia pur sintetici¹ – che accompagneranno la

¹ Spiegazioni e commenti *più articolati e complessi* finirebbero per contraddire l’assunto secondo cui le proposizioni che formuliamo possano (in certo qual modo) essere presentate in forma di “assiomi” (e cioè di affermazioni *evidenti*, se pure in un senso che deve comunque intendersi come *relativo*).

formulazione di ciascuna delle proposizioni che seguono, dovrebbero tuttavia contribuire a giustificare la loro presentazione nella forma indicata.

2. «Giustizia contrattuale» come valore immanente in qualsiasi sistema legale di regolamentazione del contratto

La «giustizia contrattuale» è un valore immanente in tutto il diritto contrattuale legale.

Commento – Questa prima proposizione è, forse, quella che richiede minori giustificazioni. È difficile, invero, immaginare che le numerosissime norme (appartenenti al diritto cogente, ovvero – e in numero ancor più consistente – al c.d. diritto dispositivo/suppletivo), dettate dal legislatore in materia contrattuale (sia nella disciplina generale del contratto, che – soprattutto – nella disciplina dei singoli contratti) *non* sottendano un'idea di “giustizia” del contratto (sebbene – come vedremo – questo non voglia dire, certamente, che la giustizia costituisca l'unico criterio al quale il legislatore può – di volta in volta – decidere di far riferimento nel dettare la disciplina del fenomeno contrattuale²).

Questo non significa che il “quadro” (o, forse, meglio si direbbe: la cornice) che sarà delineato non possa essere *arricchito* sotto molti profili. Del resto, sul tema della “giustizia” esiste una letteratura vastissima (sia di carattere filosofico-generale, sia relativa alla dimensione propriamente giuridica del problema; e, in quest'ultimo ambito, tanto con riferimento al tema generale del rapporto tra “giustizia” e “diritto”, quanto con riguardo al più specifico rapporto tra “giustizia” e “contratto”, del quale ci dobbiamo in particolare occupare), di cui non sarebbe possibile dar conto nei limiti di un breve contributo (per qualche indicazione – pur sempre limitata e parziale – cfr. comunque, oltre alle note che seguono, G. D'AMICO, “*Giustizia contrattuale*” nella prospettiva del civilista, in *Diritti Lavori Mercati*, 2017, 253 s., contributo del quale la presente Relazione costituisce una diretta continuazione, se non un completamento).

² I valori concorrenti con quello della «giustizia» possono essere diversi: ad es. l'*efficienza del mercato* oppure la *stabilità delle relazioni contrattuali*, la *protezione di alcuni operatori economici* e così via.

Si tratta di valori che, talora, possono entrare in conflitto con quello della “giustizia”, che dunque può essere (dal legislatore) in una certa misura sacrificato, per realizzare interessi ritenuti maggiormente meritevoli di tutela (cfr. R. SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, agg. VII, Torino, 2012, 536, laddove l'A. osserva che «la legalità non è una garanzia di giustizia», in quanto «motivi di ogni genere possono consigliare al politico, cioè al legislatore, di imporre un prezzo che non ha carattere di giustizia. Può farlo per scoraggiare un consumo, per proteggere una data classe di cittadini. Lo scopo può essere sublime; ma la giustizia contrattuale non è posta in atto da ogni possibile modo di protezione di un interesse socialmente apprezzabile»).

Un esempio abbastanza evidente di come la “proporzionalità” tra le prestazioni (e, in questo senso, la “giustizia” [commutativa] del contratto) possa talora essere “sacrificata” dallo stesso legislatore, in vista del soddisfacimento di interessi “generali” (ad es.: incrementare le entrate fiscali, scoraggiare il consumo di determinati beni, etc.), è offerto dalle c.d. “imposte di consumo” (v. il d.lgs. 26 ottobre 1995, n. 504, recante il T.U. delle disposizioni legislative concernenti

3. «Giustizia commutativa» e «giustizia sociale» (o «distributiva»)

La «giustizia» che può essere perseguita nel contratto (quale strumento di regolazione di rapporti patrimoniali di diritto privato) è – in linea di principio – solo la giustizia c.d. “commutativa”, non quella c.d. “distributiva”.

Commento – Sebbene non manchino, di tempo in tempo, proposte secondo le quali il contratto dovrebbe farsi carico anche di problemi di «giustizia sociale»³ (o – come anche si dice – di problemi di «giustizia distributiva», o «re-distributiva»), appare evidente che – sino a quando col termine “contratto” si indicherà un *atto di autonomia privata* (rispetto al quale continui a valere, anzitutto, la libertà di decidere se porre in essere o meno l’atto, come pure la libertà di determinarne il contenuto, sebbene entrambe queste libertà possano – va da sé – essere sottoposte a *limiti*, anche assai penetranti⁴) – non può immaginarsi che il contratto (privato) possa divenire strumento di risoluzione di problemi sociali (indigenza, mancanza di lavoro, disagio sociale, etc.) che in ipotesi impediscano o limitino (più o meno gravemente) l’accesso al mercato di determinati beni o servizi da parte di soggetti socialmente svantaggiati. Questi problemi richiedono una risposta di tipo diverso, che non può essere (data dal, o) richiesta al privato⁵, ma deve provenire dai pubblici poteri. Sem-

le imposte sulla produzione e sui consumi), che vengono fatte gravare su alcuni beni destinati al consumo, costringendo il produttore (che è formalmente il destinatario dell’imposizione) ad aumentare il prezzo di vendita di tali beni: si pensi alle “accise” che gravano sul prezzo delle sigarette, oppure a quelle che riguardano la benzina (basti dire – quanto a quest’ultima – che il prezzo finale di essa riflette solo per un terzo il c.d. “prezzo industriale” [ossia – se si vuole – il valore intrinseco] del bene, mentre per quasi due terzi è costituito dalla componente fiscale).

³ Una certa eco, ad es., ha avuto – qualche anno fa – la pubblicazione di un “*Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo*” (la versione italiana si legge in Riv. crit. dir. priv., 2005, 99 s., preceduta da un saggio di A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto privato europeo dei contratti*, *ivi*, 85 s.) ad opera del Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo.

Definisce “un po’ ingenuo” tale progetto S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in questa *Rivista*, 2010, 601 s., 610. In argomento si veda anche M. BARCELLONA, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, *ivi*, 2005, 630 s.

⁴ Non è il concetto di “limite” quello che può mettere in discussione il principio dell’autonomia privata (che, come tutte le libertà, non può in alcun modo essere concepita come assoluta, ma è sottoposta appunto a *limiti* di vario tipo ed intensità, necessari per tutelare altri interessi meritevoli, sia di natura individuale che di natura generale). Piuttosto, incompatibile con l’autonomia privata è l’idea dell’*obbligo*, per lo meno quando si combinino in una medesima fattispecie l’*obbligo di concludere il contratto* e quello altresì di *dare al contratto un contenuto “vincolato” (dalla legge)*. In questo caso – infatti – verrebbe meno l’idea stessa di “autonomia contrattuale”, e lo schema concettuale di riferimento diventerebbe quello dell’“atto giuridico in senso stretto” (o, addirittura, dell’atto *dovuto*).

⁵ L’esperienza insegna che quando il legislatore ha cercato di *favorire l’accesso al mercato* (di alcuni beni o servizi) a categorie sociali “svantaggiate” (o, comunque, ritenute meritevoli di una particolare tutela), *imponendo* ai proprietari di tali beni (o ai fornitori di tali servizi) di

mai – ma sempre nella prospettiva appena indicata (ossia, nella prospettiva di un intervento *pubblico*) – il contratto potrà essere (al più) lo strumento (indiretto) mediante il quale perseguire obiettivi di carattere “sociale”, con costi però a carico non del (singolo) contraente privato, bensì a carico della *fiscalità generale*⁶.

4. «Giustizia commutativa» come equilibrio del regolamento contrattuale

La c.d. “giustizia commutativa” comporta una composizione “equilibrata” dei contrapposti interessi dei contraenti, che può valutarsi sia sotto il profilo della “equivalenza” tra il valore delle attribuzioni/prestazioni che rientrano

praticare condizioni contrattuali che si risolvevano in una più o meno accentuata “redistribuzione di ricchezza”, il tentativo ha incontrato enormi resistenze, e, quasi sempre, si è risolto in un fallimento.

Emblematico è il caso della legge sul c.d. “equo canone” per le locazioni di immobili urbani a scopo abitativo (legge 27 luglio 1978 n. 392), legge che – com’è ben noto – ha alimentato (oltre a vaste aree di vera e propria violazione) il ricorso ad innumerevoli modalità elusive, senza peraltro risolvere il problema “abitativo”. Il che ha finito per convincere il legislatore a ... ritornare al mercato (v. legge 9 dicembre 1998 n. 431), sia pure mantenendo forme di “controllo” dell’esercizio dell’autonomia negoziale delle parti, attraverso la previsione dell’“assistenza” delle associazioni rappresentative dei proprietari e dei conduttori.

⁶ Si pensi alle varie forme di agevolazioni ed incentivazioni fiscali per favorire l’ingresso nel mondo del lavoro di determinate categorie di soggetti (ad es.: giovani; soggetti residenti in regioni economicamente depresse; etc.); o si pensi (per riprendere l’esempio del contratto di locazione, fatto nella nota precedente) alle agevolazioni fiscali previste dagli artt. 8 e s. della legge n. 431/1998 a favore dei proprietari che accettino di definire il valore del canone (oltre che la durata del contratto ed altre condizioni contrattuali) sulla base di quanto stabilito in appositi accordi definiti in sede locale fra le organizzazioni della proprietà edilizia e le organizzazioni dei conduttori maggiormente rappresentative.

Un altro esempio ancora può essere fornito dai rapporti “concessori” che operano in alcuni settori (ad es. nel settore del trasporto pubblico locale), nell’ambito dei quali è frequente (per non dire normale) l’imposizione, al concessionario, di c.d. “obblighi di servizio” (ad es. – per restare al caso del trasporto pubblico locale –: assicurare almeno due collegamenti giornalieri tra un paesino di montagna e la città più vicina), obblighi che – siccome comportano per lo più lo svolgimento di attività “in perdita” (perché i ricavi non riescono a coprire i costi) – sono sovente accompagnati dalla previsione di un “contributo” economico “pubblico”.

In generale, evidenzia il rischio che il mercato reagisca (a misure che sovraccarichino il contratto di compiti di natura sociale) “estromettendo [dal mercato stesso] i più deboli e i più fragili”, E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung: ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, 58, ove si aggiunge che «Per questa ragione devono ipotizzarsi meccanismi di collaborazione fra pubblico e privato finalizzati ad accompagnare i soggetti socialmente deboli dentro i meccanismi del mercato» (e, poco prima, a p. 51, l’A. discorre di una «ontologica dimensione individualistica del contratto, al cui interno può tutt’al più collocarsi una prospettiva di giustizia commutativa, volta a reagire ad un’asimmetria di potere contrattuale»).

nell'“oggetto principale” del contratto, sia sotto il profilo delle altre clausole contrattuali che regolamentano il rapporto tra i contraenti.

Commento – Non c'è alcun motivo di restringere *a priori* l'ambito entro cui può porsi un problema di “giustizia contrattuale”, intesa come “equilibrio” del regolamento negoziale.

4.1. Deve, per la verità, aggiungersi subito che – *di norma* – gli ordinamenti giuridici (almeno quelli che operano in sistemi sociali basati su economie di mercato), *non* contengono regole che determinino autoritativamente il contenuto del contratto con riferimento alle prestazioni che ne costituiscono l'“oggetto principale”⁷; il che comporta che le determinazioni dei contraenti – ai quali spetta (a pena di nullità: art. 1346 c.c.) individuare il contenuto di tali prestazioni – non si confrontano con un “parametro legale” che individui un “modello” di regolamento “giusto”⁸. Del resto, è agevole osservare che la determinazione dell'oggetto (del contratto) dipende da una serie così varia di elementi e di circostanze (oggettive e soggettive) da rendere, se non impossibile, comunque, estremamente difficile l'individuazione “in astratto” anche

⁷ La terminologia che utilizziamo, generalizzandola (clausole relative all'“oggetto principale” del contratto, in contrapposto a clausole che risultano estranee a questo oggetto) è mutuata dalla normativa sulle clausole vessatorie nei contratti del consumatore (dir. 5 aprile 1993, n. 13).

È bene precisare che né nell'ambito di questa specifica normativa, né in generale, sarebbe corretto affermare che la distinzione in questione coincide con quella tra (clausole che concernono il c.d.) “contenuto *economico*” e (clausole relative al c.d.) “contenuto *normativo*” del contratto. La suddetta sovrapposizione è infondata. Non solo, infatti, vi sono clausole che, pur senza far parte dell'“oggetto principale” del contratto, hanno un sicuro e *immediato* contenuto “economico” (si pensi alla clausola penale, o alla clausola che determina gli interessi moratori in un contratto di finanziamento; clausole che, difatti, la dir. 93/13 sottopone al controllo di vessatorietà), ma è vero altresì che anche clausole apparentemente prive di un tale contenuto – ad es. una clausola che disciplina il *recesso* dal contratto – sono anch'esse suscettibili di valutazione economica, come è dimostrato dalla possibilità che la parte a favore della quale sia previsto convenzionalmente un diritto di recesso abbia corrisposto per ciò una “caparra penitenziale” (e che il diritto di recesso abbia un contenuto “economico”, è confermato ulteriormente dal fatto che – laddove questo diritto sia accordato *dal legislatore* ad uno dei contraenti, come avviene per il consumatore/acquirente nelle vendite a distanza –, il “costo” per il venditore di tale recesso finisce per essere riversato sul prezzo dei beni, e così fatto gravare sulla generalità dei consumatori).

⁸ Nei rari casi in cui una norma legislativa fissa il contenuto di attribuzioni o prestazioni che rientrano nell'oggetto principale del contratto, si tratta (significativamente) di norme “dispositive” o – come forse meglio si direbbe – di norme “interpretative”, ossia di previsioni basate sulla interpretazione della presumibile volontà delle parti. Si pensi per es. alla disposizione secondo la quale (nel silenzio delle parti) il trasferimento della cosa principale comporta automaticamente anche il trasferimento della *pertinenza* (art. 818 c.c.); o alla disposizione che in talune ipotesi di vendita (vendita di cose che il venditore vende abitualmente, o di cose aventi un prezzo di borsa o di mercato), stabilisce che – *se le parti non hanno determinato (esplicitamente) il prezzo – si presume* che abbiano voluto riferirsi (rispettivamente) al prezzo “normalmente praticato dal venditore”, o al prezzo che si desume “dai listini o dalle mercuriali” del luogo in cui deve essere eseguita la consegna (art. 1474 c.c.).

soltanto di *criteri generali* per pervenire ad essa. Questo vale in particolare per il “prezzo” (come dimostrano le infinite diatribe sul c.d. “giusto prezzo”), il che spiega come si giustifichi soprattutto per esso l’opportunità di rimetterne la determinazione al libero gioco della domanda e dell’offerta (e dunque alla dinamica dell’autonomia privata)⁹ (9).

Al più – e quando sussistano interessi “generali” connessi ai “prezzi” di determinati beni o servizi, o all’equilibrio che si vuole assicurare in determinati mercati – si può riscontrare talora la presenza di regole volte a individuare *limiti* – in genere “massimi”, ma talora anche “minimi” – alla determinazione del corrispettivo dovuto da uno dei contraenti¹⁰.

Infine, *in alcuni casi*, è l’esigenza di *rimediare ad uno squilibrio causato da distorsioni di mercato* a giustificare l’intervento del legislatore su profili attinenti all’“oggetto principale del contratto”. Basti qui ricordare la disposizione dell’art. 3, comma 1, lett. a) della legge 10 ottobre 1990 n. 287 (recante *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*), che – nell’ambito della regolamentazione dell’*abuso di posizione dominante* – vieta (fra l’altro) l’imposizione (diretta o indiretta) «di *prezzi* di acquisto, di vendita o *altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose*»; oppure la disposizione dell’art. 9 legge 18 giugno 1998 n. 192 (legge sulla subfornitura), che sanziona il c.d. *abuso di dipendenza economica*, statuendo (con formula analoga a quella appena citata) che esso può consistere (fra l’altro) «nell’imposizione di *condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie*»; o la disposizione dell’art. 62 del d.l. n. 1/2012, (conv. legge n. 27/2012), sulla “*Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari*”, il quale – dopo aver stabilito al comma 1 che “I contratti che hanno ad oggetto la cessione dei prodotti agricoli e alimentari, ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore finale, ... devono essere informati a principi di trasparenza, correttezza, *proporzionalità e reciproca correttezza delle prestazioni*, con riferimento ai beni forniti” – dispone al comma 2 che “Nelle relazioni commerciali tra operatori economici, ivi compresi i contratti che hanno ad oggetto la cessione dei beni di cui al comma 1, è vietato: a) *imporre direttamente o*

⁹ Semmai l’ordinamento giuridico interviene per controllare che, per effetto di “*sopravvenienze*” di vario genere, possa risultare alterato l’equilibrio che le parti avevano trovato, circa la composizione dei rispettivi interessi, al momento della conclusione del contratto (si consideri ad es. la normativa sulla risoluzione per eccessiva onerosità).

¹⁰ Come esempio di fissazione di un limite “massimo” del corrispettivo, si può indicare la fissazione del “tasso-soglia” usurario, ai sensi e per gli effetti della legge 7 marzo 1996 n. 108.

Quanto, invece, alla fissazione di limiti “minimi”, si pensi alle, oggi abrogate, Tariffe professionali, destinate ad individuare eventuali *minimi inderogabili* del compenso dovuto a determinati professionisti (ad es. avvocati).

Nel primo caso opera una *ratio* di “stabilizzazione” di un mercato – quello del credito – che è particolarmente rilevante per l’intera economia. Nel secondo caso vengono invece in gioco esigenze di tutela di categorie professionali che (talora) svolgono attività che servono a garantire il soddisfacimento di diritti fondamentali (come il diritto di difesa).

indirettamente condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose ...».

4.2. A fronte della (ordinaria) assenza di regole legali che individuino e determinino l'“oggetto principale” dei contratti (o che fissino limiti a codesta determinazione) – è invece del tutto normale che il legislatore detti regole (per lo più di carattere “dispositivo/suppletivo”, ma sempre più spesso anche a carattere “cogente”) per disciplinare aspetti della relazione contrattuale estranei alla definizione *in senso stretto* dell'oggetto del contratto (come, ad es.: recesso dal contratto, ipotesi di risoluzione, regole sul modo in cui devono essere adempiute determinate obbligazioni o possono essere fatti valere determinati diritti; etc.). Questa regolamentazione legale – che ha lo scopo (come si riconosce comunemente) di ridurre i “costi transattivi” (ossia i costi che i contraenti dovrebbero affrontare qualora dovessero, e volessero, regolare convenzionalmente anche questi aspetti del loro rapporto) – è naturalmente ispirata (almeno di regola, e salva la necessità di tutelare anche interessi diversi, aventi carattere preminente: v. *supra*) al *principio di un “equilibrato temperamento”* degli interessi di cui (in ciascun *tipo* di contratto) sono normalmente portatori i contraenti, sicché essa si presta *naturaliter* a fornire un *modello legale di “giustizia contrattuale”* (sia pur non vincolante) con il quale confrontare la regolamentazione pattizia eventualmente difforme, al fine di valutare se lo scostamento (*ove previsto in un atto di predisposizione unilaterale del regolamento negoziale*: v. *infra*) sia o meno giustificato, o costituisca indizio o effetto di un *abuso* perpetrato da un contraente ai danni dell'altro¹¹.

5. *La c.d. «giustizia procedurale». Strumenti attraverso cui si garantisce (o può garantirsi) la «giustizia contrattuale» mediante una disciplina meramente “procedurale” (id est: che non incida direttamente sul contenuto del contratto)*

La c.d. «giustizia procedurale» Strumenti attraverso cui si garantisce (o può garantirsi) la «giustizia contrattuale» mediante una disciplina meramente “procedurale” (*id est*: che non incida *direttamente* sul contenuto del contratto)

In un'economia in cui ipoteticamente funzionasse un modello di “concor-

¹¹ Ed è questa – in definitiva – la ragione principale (anche se non la sola) per cui, in materia di contratti dei consumatori, il legislatore (europeo) ha previsto un controllo sul contenuto del contratto (nel senso di verificarne l'*equilibrio*, e, dunque, la *giustizia limitato* (in linea di principio) alle sole clausole “accessorie”, escludendo invece da tale controllo le clausole relative all'“oggetto principale” (e, in particolare, le clausole relative al prezzo), per le quali il giudice non potrebbe disporre di quello che nel testo abbiamo chiamato “un parametro di controllo” della “giustizia” del regolamento negoziale.

renza perfetta”, l’ordinamento giuridico potrebbe limitarsi a garantire la sola giustizia c.d. “procedurale” delle contrattazioni (intesa come insieme di condizioni che permettono il libero esplicarsi dell’autonomia dei contraenti).

Commento – Se si immagina di operare in un’economia in cui sussistono condizioni di “concorrenza perfetta”, la “giustizia” che è ragionevole ritenere che l’ordinamento giuridico debba promuovere con riferimento alle contrattazioni private è soltanto una giustizia “procedurale”, ossia la garanzia che il contratto sia posto in essere in condizioni di libertà e consapevolezza (capacità naturale), di mancanza di “vizi del consenso” (errore, violenza, dolo, altri eventuali “vizi” della volontà) o comunque di situazioni *occasionalmente* che possano indurre il soggetto ad accettare un regolamento contrattuale “iniquo” (stato di necessità, stato di bisogno, stato di pericolo). Se non si è in presenza di condizioni o situazioni siffatte, non si vede – invero – alcuna ragione che giustifichi un sindacato sul contenuto del contratto¹², in nome di una supposta “ingiustizia” (squilibrio, non equivalenza) che in ipotesi possa riscontrarsi “oggettivamente” tra i diritti e gli obblighi scaturenti dal contratto per i due contraenti. Anzi, il fatto che, nonostante il soggetto disponesse di *alternative di mercato* (essendosi – in ipotesi – verificato lo scambio in un regime di concorrenza perfetta), cionondimeno abbia accettato (in un contratto a titolo oneroso¹³) un regolamento contrattuale *più svantaggioso* di quello che (senza costi transattivi aggiuntivi) avrebbe potuto concludere con un altro operatore di mercato, costituisce indizio che *l’arricchimento* dell’altra parte (nei limiti in cui sussiste) sia stato provocato *intenzionalmente*, e che esso sia stato dettato da *spirito di liberalità* (anche senza integrare gli estremi di una “donazione”), cosa ben possibile e consentita. In questo senso, la famosa frase “*qui dit contractuel dit juste*”¹⁴, non dovrebbe essere letta tanto come affermazione che *il singolo contratto*¹⁵ dia sempre e necessariamente vita a regolamenti “oggettivamente” *equilibrati*, quanto piuttosto come constatazione del fatto che in presenza di

¹² Ovviamente, l’affermazione in questione presuppone (l’accettazione di) quella di cui alla precedente proposizione n. 2, ossia che sono *estranei al contratto* (come tale) problemi di “giustizia *sociale*”, che devono trovare altrove (e – tendenzialmente – attraverso strumenti “pubblicistici”) la loro soluzione.

¹³ Evidentemente diversa è l’ipotesi in cui ci si trovi in presenza di una *donazione*, cioè di un contratto che – per sua natura – preveda che l’arricchimento del donatario avvenga *senza alcuna “controprestazione”* a favore del donante.

¹⁴ La forza di questa idea travalica i confini del diritto privato, tanto da essere assunta – in notissime concezioni di filosofia politica – a fondamento della stessa “convivenza civile”, vista come il risultato di un (ideale) “contratto sociale” (al riguardo, osserva acutamente NAVARRETTA, *Il contratto “democratico”* cit., 1264, che «... mentre i civilisti cercano nella riflessione dei filosofi un aiuto nella qualificazione del contratto come giusto, i filosofi legano alla nozione di contratto sociale il fondamento dell’idea di giustizia»).

¹⁵ Naturalmente, l’affermazione *qui dit contractuel dit juste* ha anche (e, forse, soprattutto) un valore *ideologico*, nella misura in cui essa intende sottolineare come *l’istituto del contratto* sia lo strumento più congruo per regolare gli interessi patrimoniali privati.

un contratto “liberamente” e “consapevolmente” concluso *un problema di “giustizia” (contrattuale) non si pone* (o, detto altrimenti, che *l'equilibrio del contratto è solo quello “soggettivamente” determinato e accettato dai contraenti*).

5.1. Aggiungiamo che – sebbene si tratti di un modello puramente astratto (*e, di fatto, mai realizzatosi nella realtà storica*) – il modello della “concorrenza perfetta” svolge tuttavia una funzione importante, per almeno due motivi: *a)* anzitutto perché esso indica un compito “minimo” (o, se si preferisce, un *obiettivo tendenziale*) che l'ordinamento deve in linea di principio¹⁶ perseguire, ossia quello di favorire *il più possibile* l'operare di condizioni di *libertà di concorrenza* sul mercato; *b)* in secondo luogo perché indica la necessità di intervenire *comunque* – e, cioè, *anche in presenza* delle suddette condizioni “strutturali” (di mercato) – nei casi in cui la «giustizia» del contratto possa essere (stata) sacrificata per la presenza (occasionale e contingente) di condizioni o situazioni *personali* di uno dei contraenti, che abbiano alterato la possibilità di esplicazione piena della libertà contrattuale (facendo venir meno – si badi – non tanto l'eguaglianza “formale” tra i due contraenti, ma la stessa eguaglianza “sostanziale”, se per tale si intende la idoneità *in concreto*, e non solo in astratto, di esercitare la propria “capacità negoziale”¹⁷) (v. il § seguente).

6. (segue) *Infondatezza della contrapposizione tra la c.d. «giustizia procedurale» e la «giustizia sostanziale» (o materiale)*

Anche il modello “tradizionale” del contratto¹⁸ tutela (sia pure con diversa ampiezza, a seconda delle disposizioni normative presenti nei vari ordinamenti, e delle interpretazioni più o meno late che di queste disposizioni siano fornite) la «giustizia contrattuale», in particolare opponendosi a contenuti squilibrati/iniqui che siano conseguenza di condizioni “soggettive” del contraente (o di “situazioni” in cui egli si venga occasionalmente a trovare), che gli abbiano impe-

¹⁶ Quando non vi siano ragioni che inducano a ritenere inadeguato il modello di “concorrenza perfetta”: si pensi al caso in cui l'elevata entità degli investimenti necessari per raggiungere un livello idoneo di efficienza richieda che le imprese che operino in determinati settori raggiungano dimensioni di una certa rilevanza; il che comporta che il tipo di mercato idoneo a soddisfare queste esigenze sia, non già un mercato “concorrenziale” (nel senso della “concorrenza perfetta”), quanto piuttosto un mercato “oligopolistico”.

¹⁷ Secondo un'accezione “pregnante” di libertà (e di potere) negoziale, che viene teorizzata per es. da Di Majo (negli scritti che citiamo *infra*, alla nota 73).

¹⁸ Che – come vedremo meglio più avanti – ha la caratteristica (che ne rappresenta anche il limite) di essere costruito sullo schema di un “contratto individuale”, che realizza uno scambio “isolato”, laddove la realtà moderna del contratto è caratterizzata dalla figura (ormai dominante) del c.d. “contratto di massa” (standardizzato).

dito o possano impedirgli di esprimere un consenso “libero” e consapevole”.

Commento – Questa (quinta) proposizione non è che un corollario della prima (oltre che della quarta). Se la (ri-)proponiamo in forma autonoma, è perché ciò consente di svolgere un’ulteriore precisazione, utile a fugare alcuni equivoci, che circondano spesso la trattazione del tema della “giustizia contrattuale”.

Capita – invero abbastanza frequentemente – di vedere contrapposta quella che abbiamo chiamato «giustizia *procedurale*» ad una c.d. «giustizia *sostanziale*» (o materiale). La contrapposizione è, tuttavia, ambigua, e – in definitiva – infondata. La «giustizia contrattuale» coincide (concettualmente) *sempre* con l’idea di un “equilibrio” del regolamento contrattuale (e, in questo senso, essa va intesa *sempre* come un valore “sostanziale”): quel che può cambiare è lo strumento o l’insieme degli strumenti attraverso i quali si ritiene di volta in volta di perseguire un tale *obiettivo*. Da questo punto di vista la «giustizia procedurale» non può essere contrapposta alla «giustizia sostanziale», per la semplice ragione che la prima indica uno *strumento* (o – se si preferisce – una tecnica, o un insieme di tecniche) che serve pur sempre per la realizzazione della seconda (che è il *fine*)¹⁹.

Altro è, poi, constatare che non sempre gli istituti riconducibili alla c.d. “giustizia procedurale” sono “sufficienti” (a garantire il raggiungimento di un livello desiderabile di “giustizia” nei contratti), con la necessità – come vedremo fra poco – di ricorrere a strumenti e a tecniche ulteriori²⁰.

¹⁹ Quando si parla di giustizia contrattuale (meramente) “procedurale” si deve intendere quell’insieme di strumenti (o di tecniche) che immaginano di (poter) realizzare il valore della «giustizia contrattuale» (*in senso sostanziale*) attraverso la tutela delle condizioni di esplicazione dell’autonomia contrattuale (e reagendo a regolamenti “iniqui” o “squilibrati”, che siano conseguenza del venir meno di quelle condizioni).

Al riguardo, vanno formulate subito due osservazioni. La prima è una precisazione, e intende evidenziare che tra le “tecniche” che mirano a tutelare la giustizia c.d. «procedurale» del contratto è possibile (a nostro avviso) inserire anche la disciplina dei “vizi del consenso”: sebbene, infatti, la tutela che viene in questo caso fornita dall’ordinamento *prescinde* dall’esistenza di un regolamento “squilibrato” (quale conseguenza dell’alterazione del processo di formazione della volontà negoziale), e miri a proteggere il contraente *già per il solo fatto di avere prestato il proprio consenso in condizioni “alterate”* (e anche se il contratto concluso *non sia oggettivamente* iniquo), è chiaro che *nella maggior parte dei casi* l’impugnazione del contratto si verificherà quando il contratto concluso abbia un contenuto “svantaggioso” per il contraente il cui consenso risulti “viziato” (sicché la tutela fornita da questa normativa costituisce, indirettamente, anche tutela della “giustizia” del regolamento negoziale).

La seconda osservazione è che la sola “giustizia procedurale” (*recte*: la reazione alle situazioni in cui vengano meno le condizioni “procedurali” di esplicazione di una volontà libera e consapevole) – come si dirà meglio fra poco – *non è strumento sufficiente* a garantire il “risultato” della «giustizia contrattuale» (sostanziale) quando lo “squilibrio” del contratto trovi la sua *causa*, non in *occasionalni défaillances* che possano colpire un contraente, bensì in *condizioni strutturali* che caratterizzano il contesto nel quale si colloca la conclusione del contratto (inesistenza di un mercato concorrenziale, o cattivo funzionamento – per ragioni di varia natura – di tale mercato).

²⁰ In particolare, di adottare strumenti che prevedano un *controllo* e un *sindacato* “diretti” *sul contenuto del contratto*: ciò che è invece (tendenzialmente) escluso in quei contesti (o in

6.1. Prima di passare ad esaminare questi “altri strumenti” – volti a garantire la «giustizia contrattuale» *al di là della tutela assicurata nell’ambito di una considerazione meramente “procedurale”*²¹ –, è opportuno osservare come le diverse tecniche che possono ascrivere ad una logica di tutela

c.d. “procedurale” della «giustizia contrattuale» (dai vizi del consenso, alla norma sulla incapacità naturale, alla rescissione del contratto), abbiano – anche considerate nella conformazione che esse assumono nell’ambito del modello “tradizionale” di disciplina del contratto – *un’ampiezza ed una incisività tutt’altro che da sottovalutare.*

Basti qui richiamare il famoso comma 2 del § 138 BGB, che – sotto la rubrica “*Negozio contrario al buon costume. Usura*” – dispone che «È nullo [in particolare] un negozio giuridico attraverso il quale un soggetto, approfittando dello stato di necessità (*Zwangslage*), dell’inesperienza (*Unerfahrenheit*), della mancanza di capacità di discernimento (*Mangel an Urteilsvermögen*) ovvero della rilevante debolezza del volere (*erhebliche Willensschwäche*) di un altro soggetto, faccia promettere o concedere a sé o ad un terzo in cambio di una prestazione, vantaggi patrimoniali palesemente sproporzionati rispetto alla prestazione (*Vermögensvorteile ..., die in einem auffälligen Mißverhältnis zu der*

quelle epoche) nei quali si ritenga di (poter) assicurare la «giustizia contrattuale» esclusivamente attraverso interventi di tipo “procedurale”.

Con l’avvertenza che il *discrimen* non è assoluto, e segnala semmai la *coesistenza* di diverse “tecniche” di intervento, sì che quel che è possibile identificare non è tanto *un’evoluzione lineare* (in virtù della quale si passi, nel tempo, da un sistema di giustizia contrattuale “meramente procedurale” ad un sistema che preveda invece un diretto intervento del legislatore o del giudice sul contenuto del regolamento contrattuale), bensì contesti ordinamentali nei quali *concorrono* tecniche di tutela diverse, onde si possa semplicemente discorrere della *prevalenza* dell’una o dell’altra di esse. E così, ad es., il sistema del codice civile – pur essendo *prevalentemente* ispirato ad interventi di «giustizia procedurale» (nel significato che abbiamo già chiarito) – conosce anche *interventi diretti sul contenuto del contratto*: si pensi, ad es., alla disciplina delle clausole convenzionali di esonerazione da responsabilità (art. 1229 c.c.), o a quella dei divieti convenzionali di alienazione (art. 1379 c.c.), per non parlare delle disposizioni “imperative” (non numerosissime, ma neanche tanto esigue per numero) che sono disseminate nella disciplina dei vari “tipi contrattuali” (si pensi ad es. alle norme che pongono limiti alla possibilità di escludere, in tutto o in parte, la “garanzia” dovuta dal venditore; ma le esemplificazioni potrebbero agevolmente moltiplicarsi).

²¹ Come si sarà già intuito (e come chiariremo, comunque, meglio più avanti) il superamento dell’approccio di tipo (prevalentemente) “procedurale” alla tutela della «giustizia contrattuale» si ha con l’adozione – in forme *quantitativamente (e qualitativamente) significative* – di tecniche di controllo e sindacato “diretti” *del contenuto* contrattuale. Vedremo, altresì, come questo mutamento di “paradigma” si leghi soprattutto (anche se non esclusivamente) al fenomeno della “contrattazione di massa”, che fa del contratto uno degli strumenti per perseguire *l’efficienza dei mercati*. Anche, peraltro, al di fuori della “contrattazione di massa”, l’incidenza (in un senso diverso) che talora il contratto ha sulla conformazione del mercato (nel senso – questa volta – di frantumare il mercato in tanti “segmenti” autonomi, richiudendo la controparte contrattuale all’interno di uno di tali segmenti, e privandolo di *ragionevoli alternative*, e dunque creando una situazione di “dipendenza economica”: v. il fenomeno della c.d. subfornitura), giustifica anch’essa un intervento sul contenuto del contratto che rimedi alla “ingiustizia” che questa situazione può determinare per il contraente “debole”.

Leistung stehen)». Come emerge dal testo normativo riportato, le situazioni di “debolezza” (in senso lato) prese in considerazione dal legislatore tedesco del 1900 per dare rilievo allo “squilibrio” contrattuale, vanno alquanto al di là di quelle prese in considerazione dal legislatore italiano (del 1942) attraverso la disciplina dell’incapacità naturale, dei vizi del consenso e della rescissione (si consideri soprattutto il richiamo a concetti ampi come “inesperienza”, o “rilevante debolezza del volere”).

Si avvicina all’ampiezza della disposizione del BGB (e anzi, per certi versi, la sopravanza) la previsione contenuta nell’art. II-7:207 del DCFR²², che – sotto la rubrica “Iniquo sfruttamento” (*Unfair Exploitation*) – stabilisce che:

- 1) Una parte può annullare il contratto se al tempo della sua conclusione:
 - a) la parte si trovava in uno *stato di dipendenza* o aveva un *rapporto di fiducia* con l’altra parte, versava in *condizioni di difficoltà economica* o aveva *urgenti necessità*, era *affetta da prodigalità, ignorante, inesperta e priva di abilità nella contrattazione* e
 - b) l’altra parte era o poteva ragionevolmente ritenersi essere a conoscenza di ciò e, date le circostanze e lo scopo del contratto, ha approfittato della situazione della controparte, *ottenendo un beneficio eccessivo o un vantaggio notevolmente ingiusto*.

2) Su domanda della parte che ha diritto all’annullamento, il giudice può, se opportuno, modificare il contratto in modo conforme a quanto le parti avrebbero convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza.

3) Il giudice può parimenti modificare il contratto su domanda della parte che abbia ricevuto comunicazione dell’annullamento, a condizione che detta parte informi la parte che ha effettuato la comunicazione senza ingiustificato ritardo dopo la ricezione della stessa e prima che tale parte abbia agito facendo affidamento su di essa.

Anche per questa disposizione²³ bisogna constatare che (essa) va ben al di là della tutela attualmente prevista nel nostro ordinamento; sebbene debba aggiungersi: *non molto al di là* – a ben vedere – , sia perché alcuni concetti sono forse “inediti” (per il diritto italiano) più sul piano “lessicale” che su quello sostanziale²⁴, e sia soprattutto perché anche da noi alcune *interpretazioni* dottrinali e

²² La disposizione – collocata nel Libro II (Contratti e altri atti giuridici), Cap. 7 (Cause di invalidità), sez. 2 (Vizi del consenso o della volontà), art. 7 del DCFR – costituisce una diretta derivazione dell’art. 4:109 dei *Principles of European Contract Law* (PECL), elaborati dalla Commissione Lando.

²³ Per un accurato commento all’art. II-7:207 DCFR si rinvia a U. PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 669 s.

²⁴ Come dimostra (ad es.) il fatto che la previsione in via generale – tra le “cause” che possono stare alla base dell’accettazione di un regolamento “iniquo” – dello “*stato di dipendenza*”

(in parte) giurisprudenziali, hanno nel tempo notevolmente ampliato (se pure non sempre in maniera del tutto persuasiva) la tutela accordata dalla disciplina degli artt. 428, 1427 ss., e 1447-48 c.c. (dando ad esse un'ampiezza non lontanissima da quella riscontrabile nel § 138 BGB o nell'art. II-7:207 DCFR)²⁵.

Ma – a prescindere da questa considerazione – quel che si intende soprattutto sottolineare è che la disposizione del DCFR che stiamo considerando non sembra – comunque – muoversi su coordinate concettuali molto lontane da quelle che caratterizzano la tradizionale impostazione dei codici “liberali”²⁶,

o di “*fiducia*” utilizza concetti che, a ben vedere, possono trovare riscontro – almeno in parte – nel (nostro) tradizionale *metus reverentialis*; oppure il fatto che nozioni come “*inesperienza*” o “*manca di abilità nella contrattazione*” possono, a loro volta, evocare problemi che (anche qui, almeno in parte) vengono già tematizzati attraverso la figura del c.d. *dolus bonus*; o, ancora, il fatto che la (situazione di) “*difficoltà economica*”, di cui parla la disposizione del DCFR, è espressiva pur essa di un concetto non ignoto al nostro ordinamento, che lo richiama ad es. nel comma 3 dell'art. 644 c.p. (laddove – fornendo la nozione della c.d. “usura in concreto” – la norma dispone che “sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite [*id est*: al tasso-soglia], e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria”).

²⁵ È noto, ad es., che in particolare un autore (R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*, dir. da R. Sacco, Torino, 1993, 428 ss.) ha propugnato una lettura del sistema codicistico italiano diretta – attraverso il ricorso all'art. 1337 c.c. – non soltanto a dilatare al massimo l'ambito applicativo dei vizi del consenso “tipici” (in particolare del dolo), ma altresì a sostenere la possibilità di applicazione analogica della normativa sui vizi della volontà a fattispecie non previste dal legislatore, e, più in generale, la possibilità di “integrare” il sistema legale dell'annullabilità con nuove figure di “vizi del consenso”, tradizionalmente ritenute estranee all'area dell'annullabilità del contratto come delineata dalle norme del codice (errore sul valore, quando l'altra parte – consapevole – ne approfitti; dolo omissivo; soggezione a forme di propaganda subliminale che indeboliscano la capacità di “dare il meglio di sé nell'attività negoziale”; contratto concluso approfittando della “sorpresa”; etc. etc.) (cfr. R. SACCO, *Considerazioni conclusive*, La vendita “porta a porta” di valori mobiliari, a cura di M. BESSONE-F.D. BUSNELLI, Milano, 1992, 177 s., specie 181-82).

E se è vero che questa posizione “estrema” (nella sua pretesa di allargare le maglie della annullabilità del contratto) non ha avuto seguito (sebbene la via “carsica” dell'invalidità abbia, talora, trovato un percorso diverso, riaffiorando *sub specie* di una *nullità* – sia pure di protezione – che, secondo alcuni altri autori, si potrebbe fare discendere dalla violazione del precetto di buona fede), è anche vero che un successo indubbiamente maggiore ha avuto la tesi volta ad assicurare, nelle fattispecie sopra indicate (e in altre ancora, caratterizzate dalla violazione della *buona fede in contrahendo* di cui all'art. 1337 c.c.) quanto meno una tutela di tipo risarcitorio (dottrina dei c.d. “vizi incompleti del contratto”, che la giurisprudenza – anche di Cassazione – ha, a propria volta, teorizzato sotto la formula della responsabilità precontrattuale da “contratto valido ma sconveniente”).

A parte queste (nuove) ricostruzioni generali, documenta l'evoluzione interpretativa (in senso estensivo) che hanno avuto nel tempo le disposizioni codicistiche richiamate nel testo, Perfetti, *op. loc. cit.*, (il quale compie l'utile esercizio di mostrare cosa realmente può considerarsi nuovo, e cosa no – rispetto alla situazione del diritto italiano – in una norma come l'art. II-7:207 DCFR).

²⁶ Non riteniamo, pertanto, di condividere del tutto la posizione di chi vede nell'art. II-7:207 DCFR l'emersione di un modello di contratto (definito “liberal-egualitarista”) nuovo, che si

comunque aperti ad attribuire rilevanza a “squilibri” (purché di una certa entità) derivanti da *occasional* condizioni o situazioni che impediscano ad un contraente di esercitare appieno la propria “capacità” di attività negoziale²⁷. E, se una differenza si vuol sottolineare, essa dovrebbe piuttosto essere individuata nel fatto che si ammette adesso (in misura – questa volta, sì – assai più ampia che in passato) una possibilità di modifica del contenuto del contratto (in particolare attraverso l’intervento *giudiziale*), che era sconosciuta al modello tradizionale di disciplina del contratto²⁸.

7. *Le condizioni che rendono la «giustizia procedurale» (ancorché sempre necessaria) insufficiente ad assicurare un grado desiderabile di «giustizia contrattuale»*

Il (vero) mutamento di “paradigma” nel modo di affrontare il tema della «giustizia contrattuale» è intervenuto quando esso – da problema che, in una disciplina contrattuale calibrata sul modello del “contratto individuale”, si pone(va) solo nei termini di un’esigenza di rimediare ad occasionali “deviazioni” dal normale modo di svolgimento delle contrattazioni (vizi del consenso, stato

incentrerebbe su un’idea di “eguaglianza sostanziale” (tra i contraenti) (così NAVARRETTA, *Il contratto “democratico”* cit., 1262 s., spec. 1284, sulla cui impostazione torneremo più ampiamente fra poco).

Ci sembra, invece, che – per le ragioni indicate nel testo – la disposizione in esame si muova nel solco di una tradizione risalente, sebbene lo faccia (come già abbiamo rilevato nel testo) dimostrando *una maggiore fiducia nell’intervento giudiziale* sul contenuto del contratto, in funzione di un “rimodellamento” che mantenga in vita l’atto, eliminandone tuttavia il contenuto squilibrato. Questa “maggiore fiducia”, peraltro, non ci sembra tanto da ricollegare al paradigma (di cui discorre questa dottrina) del c.d. “contratto democratico” (ossia del contratto “giusto”, *quale scaturirebbe da un “dialogo” tra legislatore e interprete*), quanto piuttosto – e, forse, più banalmente – dall’opportunità di non prevedere rimedi “rigidi” (come era – per es. – la nullità assoluta, prevista dal § 138 BGB), ma di affidarsi ad una valutazione che – una volta accolta (dal legislatore) l’idea di consentire all’interessato di mantenere in vita il contratto (secondo il modello di una *invalidità relativa*) – individui in maniera *flessibile* (e, dunque, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto) le *modalità* attraverso le quali ricondurre ad equità il contratto squilibrato.

²⁷ Indubbiamente, la disposizione del DCFR (che – allo stato – è peraltro espressione soltanto di una “proposta dottrinale”) innoverebbe, ove entrasse a far parte del diritto europeo vincolante, la situazione del diritto italiano, almeno sotto due profili: l’abbandono del rigido limite della lesione *ultra dimidium* (prevista dalla attuale norma dell’art. 1448 c.c., in materia di contratto concluso in stato di bisogno), e, soprattutto, l’attribuzione al giudice, di un generale potere di “modificare” il contratto su domanda della parte avente diritto all’annullamento (mentre – secondo il nostro attuale art. 1450 c.c. – è solo la parte contro cui è chiesta la rescissione a poter formulare, se vuole, una offerta di riconduzione ad equità, rispetto alla quale soltanto si esercita il controllo giudiziale di “sufficienza”/adeguatezza).

Assai meno marcate sono, invece, le differenze rispetto al § 138, capov., BGB, sopra ricordato.

²⁸ V. quanto abbiamo già osservato nella penultima nota.

di bisogno, stato di pericolo) – ha cominciato ad essere percepito invece come un problema generale, almeno per i contratti che risultano conclusi in determinati mercati (i c.d. “mercati finali”).

Commento – Come si sarà già compreso, il *mutamento di “paradigma”* a cui alludiamo è quello che si è realizzato (soprattutto) con l’introduzione della normativa (in gran parte di fonte europea) sui “contratti dei consumatori”. Bisogna spiegare brevemente in che senso è corretto parlare di un “mutamento di paradigma” e, in secondo luogo, quali sono le cause che lo hanno determinato (i due profili sono, del resto, evidentemente connessi).

Il mutamento di paradigma risiede nell’abbandono dell’idea che il “contratto” costituisca – *salvo anomalie dipendenti da situazioni occasionali* – un meccanismo idoneo *di per sé* a raggiungere composizioni “equilibrate” degli interessi di entrambi i contraenti. La percezione della inidoneità (o della insufficienza) del contratto – *pur quando concluso in assenza di anomalie individuali* (vizi del consenso, stati occasionali di bisogno o di pericolo, in cui il contraente si venga a trovare, etc.) – a garantire sempre (o, comunque, in un numero rilevante di casi) la formazione di regolamenti “equi”, si è fatta strada man mano che è maturata la consapevolezza dell’esistenza di molteplici fattori (non occasionali, ma *strutturali*, e perciò non legati alla singola contrattazione) che impediscono il *funzionamento corretto del mercato*, e con esso la possibilità che le scelte negoziali siano effettivamente *razionali* (e, dunque, tali da massimizzare l’utilità del contraente, che le pone in essere)²⁹.

Ma è soprattutto il passaggio da una contrattazione di tipo “individuale” ad una contrattazione “standardizzata” e “di massa” (nell’ambito della quale *i “vecchi” strumenti del controllo “procedurale” diventano in larga misura inservienti, perché viene meno – il più delle volte – il presupposto stesso della loro applicabilità*³⁰) a determinare la necessità di “aggiornare” lo strumentario a difesa della “giustizia contrattuale”.

²⁹ Come ha scritto SACCO, *Giustizia contrattuale* cit., 535: «... l’ottimismo ispirato dalla visione liberista è stato duramente contestato. Il contratto viene concluso in un quadro economico dominato da cento strettoie: a parte le norme legali che incidono sui prezzi, la volontà di produttori monopolisti o oligopolisti, i cartelli, le pratiche restrittive falsano il mercato ed obbligano il consumatore indifeso a strapagare i beni e i servizi di cui ha bisogno. Il produttore trova comodo limitare l’afflusso di beni sul mercato per mantenere alta la domanda e scarsa l’offerta e produrre lievitazioni artificiali dei prezzi. Il contraente professionale dispone dei mezzi occorrenti per abusare del consumatore non professionale...».

³⁰ Difficile, ad es., immaginare che ad un contratto standardizzato si applichi la disciplina della rescissione per lesione, o del dolo o della violenza: semmai verranno in rilievo comportamenti qualificabili in termini di “pratiche commerciali scorrette”, “pubblicità ingannevole”, abusi di posizione dominante, contrattazione “a valle” di intese anticoncorrenziali, etc. etc.

Sul mutamento di paradigma imposto dal passaggio dal modello della contrattazione “individuale” a quello della contrattazione “di massa”, per più ampie considerazioni, sia consentito il rinvio a G. D’AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto* (Napoli 1996), *passim* (dove anche i doverosi riferimenti alla letteratura in argomento).

7.1. La mancanza di una strutturazione effettivamente concorrenziale dei mercati (o di molti di essi) e il fenomeno della contrattazione standardizzata (con la connessa predisposizione *unilaterale* dei regolamenti contrattuali, e la comparsa di quella che è stata chiamata “*contrattazione diseguale*”), pongono in primo piano un problema nuovo: quello dell’*abuso* della libertà contrattuale.

La figura dell’*abuso*, invero – come ha osservato Rescigno – sembrava estranea al mondo del contratto (quale esercizio di libertà da parte di due soggetti, posti – almeno formalmente – su un piano di parità, e che, accettando liberamente e consapevolmente un certo regolamento di interessi, implicitamente escludono che esso sia espressione di “abuso”: *volenti non fit iniuria*), e idonea piuttosto a costituire qualificazione di condotte *unilaterali* di esercizio dei diritti soggettivi (assoluti o potestativi), nei riflessi che questo esercizio può avere nella sfera giuridica di altri soggetti.

Il contratto fondato sulla predisposizione unilaterale del regolamento negoziale da parte dell’impresa ha posto invece, *anche nell’area del contratto*, il problema dell’*abuso*, e lo ha posto in primo luogo (anzi: essenzialmente) con riferimento all’esercizio della *libertà di derogare al diritto dispositivo*³¹. Questa deroga (che – in sostanza – si risolve, il più delle volte, nel distacco dall’*equilibrata composizione degli interessi, sottesa al diritto dispositivo*, e alle soluzioni che esso fornisce ai problemi che pongono i singoli tipi di rapporti contrattuali) – per il paradigma tradizionale era del tutto ammissibile (anzi, immanente al riconoscimento dell’autonomia privata, e conseguenza della natura stessa – in ipotesi *non cogente* – delle norme legali oggetto di deroga), sul presupposto (o – se si vuole – nella presunzione) che, se le parti hanno *concordato* lo scostamento dal diritto dispositivo, vuol dire che esistevano (nel caso concreto) motivi *condivisi* per ritenere preferibile per il proprio rapporto una regolamentazione diversa (su uno o più punti) rispetto a quella ipotizzata dal modello legale.

Il presupposto (o la presunzione) in questione è destinata però a *cadere* nel momento in cui il regolamento contrattuale diventa espressione dell’esercizio della libertà contrattuale *di uno solo dei contraenti* (il quale può – evidentemente – *abusare* di tale libertà, disegnando un regolamento contrattuale vantaggioso per sé, e svantaggioso per l’altro contraente). E – una volta venuta meno la “garanzia” (di “giustizia”), che prima era insita nel carattere *consensuale* della deroga – è diventato *necessario* abbandonare la logica sottesa al perseguimento della «giustizia contrattuale» attraverso regole meramente “procedurali”, e sottoporre *direttamente* a controllo *il contenuto del regolamento negoziale*, per verificare che l’unilaterale predisposizione di esso non nasconda, in questa o quella clausola, un “abuso” da parte del predisponente.

³¹ Per la spiegazione, del problema delle “clausole vessatorie” nei contratti standardizzati nei termini di un problema di *controllo della deroga unilaterale al diritto dispositivo*, sia consentito il rinvio a G. D’AMICO, *L’abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 625 s., spec. 646 s. (e già prima v. ID., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto cit., passim*).

8. (segue) *Il problema delle “asimmetrie” e il nuovo modo di rapportarsi tra loro di “contratto” e “mercato”: a) il caso della contrattazione “di massa” nei mercati in cui agiscono i “consumatori” (o gli utenti)*

La contrattazione “di massa” (costituente il punto di riferimento del nuovo “paradigma” sulla base del quale affrontare il problema della «giustizia contrattuale») segnala un’inedita capacità del contratto di incidere sul funzionamento del mercato, sicché l’intervento dell’ordinamento sul contenuto del contratto – intervento divenuto adesso necessario per garantire l’equilibrio nel contratto (seriale) – diventa anche un intervento volto a favorire l’efficienza del mercato.

Nel modello presupposto dalla disciplina (e dalla dottrina) tradizionale del contratto – un modello basato, come già si è ricordato, sullo schema di una “contrattazione *individuale*” – il contratto non ha idoneità ad incidere sulla strutturazione del mercato. È, semmai, la conformazione del mercato a condizionare lo svolgimento delle singole contrattazioni³².

Questa situazione muta con l’apparizione sulla scena del “contratto *di massa*” (o seriale), basato sulla predisposizione (unilaterale) di condizioni *generali* di contratto destinate ad applicarsi ad una pluralità indeterminata di rapporti contrattuali. Se, infatti, un imprenditore inserisce nei regolamenti contrattuali, che egli predispone ed utilizza per instaurare rapporti con i propri clienti, clausole idonee a procurargli significativi “vantaggi” nei confronti delle controparti contrattuali (e – a volte – si tratta di decine o centinaia di migliaia di consumatori o utenti di un certo prodotto o servizio !), egli non soltanto “abusa” della propria libertà “contrattuale” nel rapporto *individuale* con l’altra parte, ma col suo comportamento incide anche *sul funzionamento del mercato*, perché – sopportando minori “costi” (e potendo, di conseguenza, praticare prezzi più bassi) – acquisisce un “vantaggio competitivo” (rispetto ai concorrenti) che non dipende dalla maggiore efficienza e “produttività” della sua organizzazione produttiva e/o commerciale.

L’intervento dell’ordinamento sul contenuto del contratto – consentendo di espungere da esso le clausole “abusive” – diventa così un mezzo per assicurare bensì, anzitutto, la «giustizia contrattuale» (ossia per garantire l’equilibrio – o, per lo meno, per impedire un eccessivo “squilibrio” – dei diritti e degli obblighi che il regolamento contrattuale attribuisce ai contraenti), ma, al contempo, per promuovere anche un miglior funzionamento del mercato (favorendo la selezione degli operatori più corretti ed efficienti)³³.

³² Anche senza ricorrere al classico esempio del mercato “oligopolistico” (per non parlare di quello “monopolistico”), è sufficiente ricordare come la dottrina economica abbia da tempo segnalato le “distorsioni” che possono determinarsi già per il semplice fatto che il mercato assuma (come sovente accade) la forma della c.d. “concorrenza imperfetta”.

³³ In questa prospettiva, oltre alle azioni “individuali”, assume un rilievo preminente (per il suo carattere preventivo, e per il rimedio che la accompagna in caso di accoglimento, ossia

Quest'ultima finalità non dovrebbe, tuttavia – a nostro avviso – essere elevata a *ratio* esclusiva della disciplina sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori³⁴, ma, soprattutto, non dovrebbe indurre a mettere in secondo piano l'elemento centrale di questa normativa, ossia l'obiettivo che essa persegue di regolamenti negoziali “equilibrati” (o, quanto meno, non accentuatamente squilibrati).

l'inibitoria) soprattutto l'azione “collettiva” che può essere svolta dalle “associazioni dei consumatori” (v. artt. 139 s. del codice del consumo).

In tal caso, l'intervento sul contenuto del contratto è indiretto, e destinato ad operare per il futuro, ma – al contempo – costituisce lo strumento più efficace, in quanto attribuisce carattere “generale” (almeno rispetto all'imprenditore convenuto in giudizio) alla eliminazione delle clausole abusive.

³⁴ Come fa Navarretta, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale* cit., la quale non esita a denominare la “giustizia” sottesa alla disciplina delle clausole abusive (nei contratti dei consumatori) come “giustizia mercantile” (riprendendo un'espressione utilizzata anche da F. Denozza, *Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di “parte debole”*, Orizz. d. comm., 2013, 1 s.), e alla stregua di ciò ritiene che la normativa in esame possa essere applicata ad ipotesi di altre “debolezze” contrattuali, non considerate dal legislatore, solo se si tratti di debolezze suscettibili di evidenziare il rischio di un fallimento del mercato, ossia sulla base di “asimmetrie”, che si potrebbero definire come *di rilievo “macroeconomico”* (e così, ad es., secondo la dottrina in esame, sarebbe possibile «sostenere un ampliamento anche alle imprese del controllo normativo sul contratto in presenza della mancanza di potere di negoziazione associata alla predisposizione di condizioni generali di contratto»: *ivi*, 12761277).

In realtà, se da un lato non si può condividere (per le ragioni che indichiamo nel testo) la premessa di questo ragionamento, dall'altro deve dirsi che non convincono comunque nemmeno le conclusioni che la N. ne trae, e che sarebbero discutibili anche se fosse esatta la premessa. Il problema dell'estensione *analogica* (in particolare alle imprese) della disciplina dei contratti dei consumatori è assai complesso, ma registra comunque un punto fermo nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea: punto fermo che è costituito dalla “invalidabilità” (per lo meno ad opera dell'interprete; altro sarebbe se l'estensione venisse disposta dal legislatore, come *sostanzialmente* è avvenuto – a favore dei professionisti intellettuali, e in particolare degli avvocati, con gli interventi normativi di cui parleremo *infra*, nel § 8.1, peraltro prendendo come modello la disciplina dell'abuso di dipendenza economica, piuttosto che quella dei contratti del consumatore) della nozione di “consumatore”, che non è individuato in questa normativa come un soggetto *genericamente debole* (dal punto di vista del “potere contrattuale”), ma piuttosto come portatore di una *specifico debole* (che emerge – indipendentemente dalla qualità soggettiva del contraente – con riferimento ad “atti di consumo”, ossia ad atti *estranei ad una attività imprenditoriale o professionale*), che è la vera *ratio* della disciplina in esame.

In questo senso, la normativa sui contratti dei consumatori esibisce una “specialità”, che – se pur non consente di parlarne in termini di “eccezionalità” – delimita comunque l'ambito (soggettivo) entro il quale il legislatore ritiene operabile (con la portata *generale* che è propria del controllo di vessatorietà nella disciplina in esame) un *controllo sul contenuto del contratto* (controllo che – non bisogna dimenticarlo – rappresenta una vistosa deroga rispetto al principio di autonomia contrattuale). Si aggiunga che – se veramente il controllo di vessatorietà di cui parliamo (ossia il controllo *contenutistico*) fosse estensibile anche al contraente-imprenditore, non si capirebbe (o si capirebbe poco) il mantenimento in vita della disciplina di cui all'art. 1341 c.c. (che, allora, sarebbe destinata al ruolo di una tutela veramente residuale e del tutto marginale, se non addirittura superflua).

9. (segue) b) L'“ingiustizia” nei rapporti contrattuali tra “professionisti”, e il fenomeno della “frammentazione” del mercato ad opera del contratto. L'abuso di “dipendenza economica”

L'insufficienza di regole meramente “procedurali” – e la necessità, pertanto, di intervenire attraverso un controllo contenutistico – per garantire la «giustizia» del contratto può derivare anche (e il fenomeno si presenta, soprattutto, in alcuni tipi di relazioni contrattuali tra imprese, o tra professionisti in genere) dalla circostanza che manchi un mercato (o, se si preferisce, che manchino alternative di mercato con riferimento all'offerta di determinate prestazioni), sicché il contraente è (o diventa) “prigioniero” della controparte contrattuale, la quale dunque si viene a trovare nella situazione di poter imporre condizioni “ingiuste”, ossia tali da comportare “un eccessivo squilibrio nei diritti e negli obblighi delle parti”.

Commento – Spesso è il contratto stesso (per ragioni connesse soprattutto al suo “oggetto”) a creare le condizioni perché *non* possa operare il “mercato”, o – come forse meglio si potrebbe dire – a “frammentare” il mercato in tanti segmenti autonomi (e non comunicanti, se non in minima parte), che finiscono per coincidere ognuno con la relazione instaurata da un corrispondente contratto.

Il problema è emerso allorché si sono prese in considerazione le “anomalie” che si determinano in situazioni di c.d. “dominanza relativa”, con tale termine intendendo far riferimento alla posizione di forza in cui venga a trovarsi un'impresa a seguito dell'instaurazione di una relazione contrattuale, in occasione della quale la controparte abbia effettuato «investimenti specifici» (o, come anche si dice, “dedicati”).

Secondo un notissimo “modello”, che discute e analizza dal punto di vista economico questo problema³⁵, la possibilità del comportamento abusivo (o, se si preferisce, “opportunistico”) *non preesiste* (almeno, non necessariamente) all'instaurazione della relazione commerciale tra le parti, che può in ipotesi immaginarsi avvenuta in un *ambiente “concorrenziale”* e (avvenuta in maniera tale da) non prospettare (in origine) *uno squilibrio economico* nella regolamentazione del rapporto programmata dalle parti³⁶. La possibilità

³⁵ Il riferimento è al saggio di B. KLEIN-R.A. CRAWFORD-A.A. ALCHIAN, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, 89, in *Journal of political Economy*, 1978.

³⁶ Ipotizzando una situazione di partenza *concorrenziale*, non v'è ragione di supporre che l'impresa (che *solo in seguito* diventerà «dipendente economicamente» dalla controparte) non abbia optato per l'offerta economicamente più vantaggiosa. Riprendendo il noto esempio di AlchianCrawford-Klein, si può supporre che l'imprenditore A che intenda acquistare una macchina tipografica, e che si trovi di fronte all'alternativa di offrire i propri servizi all'editore B (che ha bisogno di pubblicare un giornale quotidiano) ovvero all'editore C (che chiede, invece, di pubblicare una rivista mensile), sceglierà il contraente che gli offrirà il corrispettivo più elevato (in ipotesi B), effettuando poi il relativo «investimento specifico» (l'acquisto della macchina tipografica adatta alla stampa del quotidiano edito da B).

dell'*abuso*³⁷ sorge invece nella fase successiva all'instaurazione della relazione contrattuale³⁸, e si concretizza nel "ricatto" attraverso il quale – approfittando della situazione di «dipendenza economica» in cui si trova (*adesso*) il contraente che abbia effettuato «investimenti specifici» e che non disponga (più) di reali e soddisfacenti alternative di mercato³⁹ – l'impresa dominante cercherà di "appropriarsi" di una parte dell'utile che doveva remunerare (in base alle previsioni contrattuali) l'attività (e il rischio con essa assunto) dell'altro contraente⁴⁰. Tutto ciò è riassunto nella definizione che si legge nell'art. 9 della legge 18 giugno 1998 n. 192, che reprime l'abuso di "dipendenza economica", identificando quest'ultima nozione come la «situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, *un eccessivo squilibrio dei diritti e degli obblighi*» (comma 1), e disponendo la nullità del patto attraverso cui si realizzi tale abuso.

Come emerge da quanto detto, in situazioni come quelle or ora descritte, a garantire l'equilibrio (e, dunque, la "giustizia") contrattuale non basta l'osservanza di regole meramente "procedurali", ma occorre intervenire (anche) sul contenuto del contratto, vietando direttamente (e sancendo la nullità di) quelle clausole contrattuali che siano espressione dello sfruttamento abusivo

³⁷ Sotto forma di «*bold up monopolistico*», secondo la terminologia preferita da R. PARDOLESI (*I contratti di distribuzione*, Bari, 1979, 322), mentre altri preferisce parlare di «estorsione post-contrattuale» (v. R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2004, 66).

³⁸ È in questa fase che l'imprenditore B dell'esempio precedente (v. la penultima nota) cercherà di appropriarsi della «*quasi rendita*» (la *appropriable quasi rent* del saggio di Alchian-Crawford e Klein), costituita dalla differenza tra il corrispettivo pattuito (in contratto) con A e il corrispettivo (alternativo) che A potrebbe conseguire sul mercato, mettendo in conto, peraltro, di depurarlo del *costo aggiuntivo* (che all'inizio non c'era) rappresentato dalla necessità di «ricomversione» dell'investimento "specifico" (la macchina tipografica) nel frattempo effettuato.

Per tal via le possibilità di contratti "alternativi" (con l'imprenditore C, o con altri ipotetici imprenditori D, E, F ecc., interessati a procurarsi servizi tipografici) che in precedenza esistevano (e che garantivano una "offerta" all'inizio *concorrenziale*) potrebbero risultare, a questo punto, assai più esigue che in partenza, o, addirittura, del tutto svanite (è la situazione cui allude l'art. 9 della legge n. 192/1998, evocandola con la formula della «*reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti*»).

E così, la situazione (inizialmente) concorrenziale (e paritaria nel rapporto tra le parti), *prima dell'instaurazione della relazione contrattuale*, risulta trasformata in una situazione di «monopolio», ponendo le premesse del possibile "abuso" da parte del contraente che ha acquisito in tal modo la posizione di «dominanza» sulla controparte.

³⁹ V. anche la nota precedente.

⁴⁰ I comportamenti "opportunistici" dell'impresa "forte" potranno assumere la forma più varia: si andrà dalla richiesta di "rinegoziazione" del contratto prevedendo condizioni (economiche o "normative") più sfavorevoli per l'impresa "dominata"; a comportamenti "arbitrari" e/o scorretti nella gestione delle "commesse" (se l'impresa dominata ha il ruolo di "fornitrice") o delle "forniture" (se l'impresa dominata ha il ruolo di "cliente"); sino ad arrivare alla minaccia (seguita o meno dalla attuazione del proposito minacciato) di esercitare il potere di "recesso dal rapporto" (in ipotesi, riconosciuto da clausole contrattuali) o la libertà (alla scadenza) di non rinnovare il rapporto medesimo.

della posizione di “dominanza relativa” che un contraente abbia acquisito nei confronti dell’altro (quando quest’ultimo – per le ragioni indicate – *non* abbia, o non abbia più, reali *alternative di mercato*)⁴¹.

9.1. La normativa sull’abuso di dipendenza economica, contenuta nell’art. 9 della legge sulla subfornitura, ha – di recente – costituito il modello di riferimento per disciplinare la situazione in qualche modo simile (sebbene non identica; e non solo dal punto di vista dei soggetti⁴²), in cui possono venire a

⁴¹ Ravvisa nell’*assenza di alternative di mercato* il nucleo essenziale (*ratio*) della disciplina sull’abuso di dipendenza economica nella subfornitura, NAVARRETTA, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale* cit., 1276 ss., la quale ritiene che si possa basare su questo concetto la costruzione di una figura più generale di “debolezza” (appunto: la “debolezza consistente nella *mancanza di alternative sul mercato*”), e che questo concetto potrebbe essere valorizzato non soltanto con riguardo all’imprenditore, che venga a trovarsi in questa situazione pur al di fuori di una situazione di “dipendenza economica”, ma financo *a favore del consumatore*, giustificando un’estensione anche a lui del controllo sul contenuto economico del contratto, sul modello della disciplina della subfornitura.

La tesi è suggestiva, anche se risulta difficile immaginare – con riferimento ad un consumatore – una situazione di fatto che possa essere accostata (ai fini dell’analogia) a quella particolare causa, determinante la rarefazione (o, addirittura, il totale venir meno) di *alternative di mercato* (con conseguente instaurarsi di una dipendenza economica dalla controparte), che, nel caso dei rapporti di impresa, è costituita dall’effettuazione di “investimenti specifici” (o “dedicati”, che dir si voglia). Questo non significa che non ci possano essere – anche con riferimento ad un consumatore – situazioni riconducibili ad una “assenza di alternative sul mercato”, come potrebbe accadere, ad es., nel caso di un soggetto che abbia bisogno con continuità di un farmaco prodotto e commercializzato da una sola ditta farmaceutica, la quale proprio per questo pratici – per la fornitura del farmaco – condizioni particolarmente gravose. Ma si tratta di ipotesi nelle quali appare plausibile ritenere che le regole e i principi da applicare (anche ai fini dell’analogia) siano da ricercare in luoghi normativi diversi dalla disciplina della “dipendenza economica” (difficilmente immaginabile – si ripete – per un consumatore, che potrà semmai subire un *abuso di posizione dominante*).

Già diversa – anche se nemmeno in questo caso identica (e v. la nota seguente) – è la situazione in cui può venire a trovarsi, in determinati rapporti contrattuali, il *lavoratore autonomo*.

⁴² La posizione del lavoratore autonomo presenta, infatti, significative differenze rispetto alla situazione dell’imprenditore che patisca una situazione di “dipendenza economica” nei confronti della controparte contrattuale. In genere, infatti – pur potendosi verificare situazioni di c.d. “mono-committenza” (o, comunque, di svolgimento dell’attività professionale in favore di un numero limitato di clienti) – è difficile che si abbia un fenomeno di vera e propria mancanza di “alternative di mercato”, in caso di interruzione del rapporto professionale con il precedente committente (il che non toglie, peraltro, che il professionista possa patire – in casi del genere – pregiudizi economicamente rilevanti, e che questo comporti l’esigenza di tutelarli rispetto a comportamenti scorretti o addirittura arbitrari della controparte, a protezione non solo del suo interesse individuale, ma anche della *dignità della professione*). Il (vero) “polo attrattivo” della disciplina in questione sembra essere costituito – piuttosto che dalla disciplina sull’abuso di dipendenza economica – dalla normativa sul “lavoro subordinato” (non a caso, le situazioni ipotizzate sono situazioni in cui il confine tra il professionista “lavoratore autonomo” e il professionista “dipendente”, è – a volte – molto tenue), a partire dalla esplicita estensione del principio contenuto nell’art. 36 Cost. (disposizione che un’interpretazione ancora prevalente – soprattutto, ma non solo, in giurisprudenza – ritiene non riferibile al lavoro autonomo).

trovarsi *lavoratori autonomi* (e, in particolare, professionisti intellettuali) nei rapporti contrattuali con imprese (non piccole) e pubbliche amministrazioni, le quali – abusando della propria posizione di maggiore forza contrattuale – utilizzino regolamenti negoziali unilateralmente predisposti, che contengono clausole “vessatorie” (come ad es. clausole che prevedono facoltà per il predisponente di modificare il contratto, o di recedere dallo stesso senza preavviso, ovvero stabiliscono termini di pagamento superiori a sessanta giorni dal ricevimento di una fattura o di una richiesta di pagamento da parte del professionista), o comunque tengano altre condotte abusive (come ad es. il rifiutarsi di concludere il contratto in forma scritta⁴³).

Quanto appena detto rafforza(va) l'esigenza – cui il legislatore ha dato seguito – di una normativa *ad hoc*, che altrimenti sarebbe potuta persino apparire superflua, specie se avessero potuto trovare accoglienza quelle opinioni che hanno affermato non solo l'applicabilità dell'art. 9 della legge n. 192/1998 a *qualsiasi rapporto tra imprenditori* (anche diverso dalla c.d. “subfornitura”) caratterizzato da una situazione di “dipendenza economica” (opinione che raccoglie, oggi, un consenso abbastanza diffuso – anche se non incontrastato – tra gli interpreti), ma – addirittura – secondo una tesi più radicale – ad ogni tipo di relazione contrattuale (anche intercorrente con un soggetto che non sia un “imprenditore”) caratterizzata da una situazione di supremazia economica di una parte rispetto all'altra.

⁴³ Cfr. artt. 1 e 3 legge 22 maggio 2017 n. 81, recante (fra l'altro) “*Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale*”.

Per una prima illustrazione del contenuto della legge cfr. A. ALAIMO, *Lo “Statuto dei lavoratori autonomi”: dalla tendenza espansiva del diritto del lavoro subordinato al diritto dei lavori. Verso una ulteriore diversificazione delle tutele?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 589 s.; nonché P.P. FERRARO, *Professioni intellettuali e abuso di dipendenza economica*, in *Corr. giur.*, 2018, 217 ss., il quale ricorda (fra l'altro) che già dal 2006 l'Unione europea (si veda il “Libro verde sulla “*Modernizzazione del diritto del lavoro*” del 22 novembre 2006) aveva invitato gli Stati membri a prestare maggiore attenzione (anche) al lavoro autonomo “*economicamente dipendente*”.

Una normativa più specifica – avente come destinatari una particolare categoria di professionisti intellettuali, gli avvocati, che forniscano le proprie prestazioni in maniera continuativa (sulla base di “convenzioni” unilateralmente predisposte da controparte) in favore di imprese bancarie e assicurative, nonché di imprese non rientranti nelle categorie delle microimprese o delle piccole o medie imprese, come definite nella raccomandazione 2003/361CE della Commissione, del 6 maggio 2003 – è stata di recente introdotta attraverso l'inserimento nella legge 31 dicembre 2012 n. 247 (Ordinamento forense) di un art. 13-*bis* (rubricato “*Equo compenso e clausole vessatorie*”), che prevede anzitutto il diritto del professionista al c.d. “*equo compenso*” (individuato come un compenso che sia «proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, e conforme ai parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6»), e sancisce (ai commi 4, 5 e 6) la vessatorietà di alcune clausole (come ad es.: clausole che prevedano la facoltà del cliente di modificare unilateralmente il contratto, oppure di rifiutare la stipulazione in forma scritta degli elementi essenziali del contratto, o di pretendere prestazioni aggiuntive; oppure clausole che impongano all'avvocato l'anticipazione delle spese della controversia, o la rinuncia al rimborso delle spese direttamente connesse alla prestazione dell'attività professionale oggetto della convenzione, oppure stabiliscano termini di pagamento superiori a sessanta giorni dalla data di ricevimento da parte del cliente della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente, o, ancora, prevedano che, in ipotesi di liquidazione delle spese di lite in favore del cliente, all'avvocato sia riconosciuto solo

Anche in questo caso, dunque, si assiste ad un significativo intervento normativo sul contenuto del contratto, in considerazione della rilevanza attribuita a *specifiche situazioni di asimmetria di potere contrattuale*⁴⁴.

10. *Assenza, nel sistema, di un principio generale che consenta, in nome dell'esigenza di assicurare la "giustizia contrattuale", un controllo (giudiziale) generalizzato sul contenuto del contratto. Questo principio non può essere identificato nella "buona fede" contrattuale*

Non è rinvenibile nel sistema un principio generale che consenta un controllo giudiziale generalizzato sul contenuto del contratto al fine di garantire la "giustizia" del regolamento negoziale. In particolare, tale principio non può essere individuato nella "buona fede".

Commento – Le numerosissime disposizioni normative, che sono state considerate nei paragrafi che precedono⁴⁵ – sia quelle (più risalenti) volte a garan-

il minore importo previsto nella convenzione, anche nel caso in cui le spese liquidate siano state interamente o parzialmente corrisposte o recuperate dalla parte).

⁴⁴ Se si volesse seguire quella dottrina che propone di distinguere "asimmetrie di rilievo macroeconomico" e "asimmetrie di rilievo microeconomico" (NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale* cit., spec. § 5, la quale identifica le asimmetrie del primo tipo in quelle che sono idonee a provocare "distorsioni di mercato", onde la loro rimozione è funzionale ad assicurare una maggiore "efficienza" del mercato", come avviene tipicamente nell'ipotesi dei contratti dei consumatori) si dovrebbe dire – forse – che le "asimmetrie" prese in considerazione dalla legge sulla subfornitura o (più recentemente) dalla legge sulla tutela di alcuni lavoratori autonomi debbano essere ascritte al novero delle "asimmetrie di rilievo microeconomico" (esse, infatti, sono asimmetrie che – come abbiamo visto – nascono dal "contratto" più che dal "mercato", e la loro rimozione persegue non tanto un obiettivo di *efficienza* quanto un obiettivo di *giustizia* della singola relazione contrattuale).

Sennonché, proprio gli esempi che stiamo considerando, dimostrano che la distinzione in esame – che pure ha un qualche fondamento – non riesca a fornire un criterio distintivo netto (come è dimostrato – a tacer d'altro – dalle discussioni che, all'epoca dell'emanazione della legge sulla subfornitura, si svolsero circa l'inserimento o meno di questa disciplina nell'ambito della *normativa sulla concorrenza*), neanche ai fini delle operazioni necessarie per una (eventuale) *estensione analogica delle norme*. Sicché si tratta di una distinzione alla quale può, al più, attribuirsi un (peraltro limitato) valore meramente *descrittivo*.

In generale, sul tema del "contratto asimmetrico", cfr. la voce di A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano, 2012, 370 s. Alquanto critico, nei confronti dell'ipotesi ricostruttiva che ruota attorno al concetto di "contratto asimmetrico" è G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, 1190.

⁴⁵ Nonostante la rilevanza (anche quantitativa) delle ipotesi considerate, deve sottolinearsi (per quanto si tratti di un dato affatto evidente) che sono stati menzionati e presi in esame *solo alcuni* tra i moltissimi istituti e norme che possono venire in considerazione in un'analisi sulla «giustizia contrattuale»; analisi che, naturalmente, potrebbe ricevere (con riferimento al diritto legale) "esemplificazioni" assai più numerose, considerato che – come si è osservato

tire la “giustizia” *nel* contratto (o *del* contratto) attraverso strumenti di tipo “procedurale”, sia quelle (di più recente emersione) che perseguono lo stesso obiettivo attraverso interventi *diretti* sul contenuto contrattuale (attribuendo, in particolare, al giudice poteri di valutazione dell’esistenza di eventuali *abusi* di un contraente ai danni dell’altro) – hanno un ambito di applicazione vastissimo, che può essere (e, di fatto, viene) ulteriormente esteso continuamente attraverso l’opera dell’interprete, nei limiti in cui le previsioni in questione si prestino ad interpretazioni estensive o ad applicazioni analogiche.

Bisogna considerare – a quest’ultimo riguardo – che mentre interpretazioni estensive (e applicazioni analogiche) sono – sia pure (solo) *in senso relativo* – più facilmente concepibili ed ammissibili con riferimento alle norme volte a garantire la “giustizia contrattuale” attraverso meccanismi di tipo “procedurale”⁴⁶, posto che tali meccanismi sono espressione di principi e regole che attengono all’essenza stessa del contratto (si pensi alle norme sull’integrità del consenso), più difficile e complesso è immaginare di estendere *analogicamente* (applicandoli a casi diversi da quelli espressamente considerati e disciplinati dal legislatore) normative che consentano *controlli sul contenuto del contratto*, controlli che sono bensì previsti ed ammessi dal “sistema”, ma con carattere *tendenzialmente* circoscritto, in quanto essi *derogano* all’essenza (del) principio di “autonomia contrattuale” (essenza che risiede proprio nella possibilità dei privati di regolare *da sé* i propri interessi, determinando liberamente il contenuto del contratto: art. 1322, comma 1, c.c., dove – è appena il caso di sottolinearlo – il “principio” è quello indicato nella prima parte, e i “limiti” menzionati nella seconda parte costituiscono appunto una “deroga” ad esso)⁴⁷.

proprio all’inizio di queste pagine (v. retro, § 1) – la «giustizia contrattuale» può considerarsi un principio immanente *in tutto il diritto contrattuale*.

⁴⁶ Anche con riferimento a queste disposizioni, peraltro, non mancano talora ostacoli abbastanza seri alla possibilità di una applicazione analogica (si pensi ad es. al “principio di tipicità” che si ritiene sussistente in materia di cause di annullabilità del contratto, e all’ostacolo che esso frappone alla ipotesi di ammettere un’annullabilità del contratto per vizi del consenso diversi da quelli “tipizzati” dal legislatore). Sul punto sia consentito il rinvio a D’AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto* cit., 17 ss.

⁴⁷ Quanto appena detto non vuole, in alcun modo, indulgere all’idea che l’autonomia contrattuale sia uno spazio di “sovranità” dei privati, dal quale l’ordinamento si debba ritrarre, rispettoso di un ambito di competenza al quale esso sarebbe estraneo (in base ad un malinteso canone/principio di *laissez faire*). Ciò non è mai accaduto, sebbene, in passato, possano talora essersi affermati orientamenti economici e politici, volti a giustificare (o addirittura a teorizzarne in termini prescrittivi la necessità) il carattere *minimale* dell’intervento sul contratto da parte dell’ordinamento giuridico.

Questo carattere minimale (connesso o meno che fosse all’ideologia del c.d. *laissez faire*, fiduciosa circa le capacità “autoregatorie” del mercato) non corrisponde ormai più – da tempo – alla realtà degli ordinamenti giuridici, essendosi fatta strada l’idea che l’esplicazione dell’autonomia privata (in materia di rapporti economici) necessiti di un quadro regolatorio, che è diventato sempre più articolato e complesso (e che comunque è ben lontano da quell’intervento “minimo”, di cui sopra si parlava), in considerazione della maggiore complessità che

10.1. Beninteso, non si intende qui riproporre l'idea del carattere (necessariamente ed indistintamente) *eccezionale* delle disposizioni che pongono limiti all'autonomia contrattuale, e, dunque, (non si intende) negare ad esse qualsiasi *capacità espansiva*.

Ma nemmeno può accogliersi la tesi che il giudice sia *comunque e sempre* autorizzato ad effettuare un *bilanciamento* tra il principio di *autonomia contrattuale* ed un (preteso) "principio" contrapposto, che consenta – in nome della "giustizia contrattuale" – un intervento correttivo/modificativo del contenuto contrattuale.

Una simile opinione non sembra trovare fondamento nel diritto positivo, e difficilmente potrebbe trovare sostegno (almeno se intesa nei termini appena riferiti) in principi costituzionali di portata generale⁴⁸, quali potrebbero essere – ad es. – il principio della *funzione sociale* della proprietà (di cui all'art. 42 Cost.)⁴⁹ o il principio della "utilità sociale" quale criterio di valutazione dell'iniziativa economica privata (*ex art. 41 Cost.*). Quanto al primo di tali principi, non bisogna dimenticare che la materia della proprietà privata è coperta da una *riserva di legge*⁵⁰, che risulterebbe violata se la "funzione sociale" della proprietà si considerasse idonea a legittimare interventi giudiziali volti a porre limiti al diritto dominicale *ulteriori* rispetto a quelli previsti dalla legge (ad es., inediti *obblighi legali a contrarre* imposti al proprietario). Quanto al secondo, è vero sì che il primo capoverso dell'art. 41 Cost. non pone una riserva di legge, ma è anche vero che il divieto di esercitare l'iniziativa economica privata (con-

nel tempo ha acquistato l'articolazione dei mercati, la varietà dei beni e dei servizi che negli stessi vengono scambiati, dei soggetti che in essi operano, e così via.

Sulla concezione "ordo-liberale" – che è una delle principali "dottrine" che, nella seconda metà del secolo scorso, hanno teorizzato (pur nel quadro di una concezione di tipo "liberale") la necessità di un intervento "regolatore" dell'ordinamento, per rimuovere gli ostacoli al corretto funzionamento dei mercati – ci siamo soffermati in D'AMICO, "Giustizia contrattuale" *nella prospettiva del civilista*, cit., spec. § 4 (a cui sia consentito rinviare, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici).

⁴⁸ Altro è che si faccia riferimento a norme costituzionali, riferite ad una specifica tipologia contrattuale, come ad es. l'art. 36 Cost., che – con riguardo al contratto di lavoro (subordinato) – pone il principio della "retribuzione sufficiente", e autorizza senz'altro (anche) il giudice a sindacare il contratto che preveda una retribuzione del lavoratore non conforme a tale criterio.

Naturalmente, anche al di là dell'art. 36, sono diverse le norme costituzionali che potrebbero essere invocate *in alcuni tipi di contratti*: si pensi all'incidenza che l'art. 2 Cost., e la tutela che esso riconosce ai diritti inviolabili dell'uomo anche "nelle formazioni sociali" in cui si svolge la sua personalità, può avere in riferimento al contenuto di un contratto associativo, che sia in ipotesi "ingiustamente" lesivo di tali diritti; oppure si pensi all'incidenza che l'art. 47 Cost. può avere in rapporti contrattuali dove venga in gioco il valore della "tutela del risparmio"; e così via.

⁴⁹ Il richiamo a tale principio si giustifica per il fatto che gli atti di autonomia negoziale sono – assai spesso – atti con i quali *il proprietario* di un bene *dispone* del proprio diritto.

⁵⁰ "Riserva di legge" che è contenuta anche nell'art. 44 Cost. (altra disposizione che potrebbe, indirettamente, coinvolgere anche la materia contrattuale), che enuncia una serie di principi relativi alla proprietà terriera (privata).

cetto nel quale si ritiene ricompresa anche l'attività contrattuale dell'impresa) in maniera contrastante con l'utilità sociale o in maniera tale da "recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana", trova ampio svolgimento nella normativa *legale* in materia di tutela dei consumatori e degli utenti⁵¹, sicché – anche per la già segnalata difficoltà di ammettere estensioni analogiche di norme specifiche che prevedano interventi (giudiziali) modificativi/correttivi del contenuto contrattuale – rimane affatto problematica la possibilità di fondare sull'art. 41, comma 2 Cost., un *generale limite* all'autonomia contrattuale (nei contratti di impresa), che il giudice possa fare valere in nome della «giustizia contrattuale»⁵².

10.2. La tesi che afferma la possibilità di un controllo giudiziale *generalizzato* sugli atti di autonomia privata, sempre più spesso però – negli ultimi anni – appare sostenuta attraverso il richiamo ad un (ancora più ampio e indeterminato) principio costituzionale – il principio di *solidarietà sociale* di cui all'art. 2 Cost. – che si farebbe "veicolo" della "giustizia" nel contratto attraverso la clausola generale della *buona fede*, che governa sia la fase della formazione che quelle dell'interpretazione e dell'esecuzione del contratto (artt. 1337, 1366, 1375 c.c.).

Non è chiaro, tuttavia, in che senso il dovere generale di buona fede possa operare in funzione di tutela della "giustizia contrattuale" (nel significato più volte richiamato).

"Buona fede" è, invero, criterio di qualificazione (positiva, in caso di osservanza del precetto legale, negativa nel caso di violazione dello stesso) di un comportamento: qui, evidentemente, del comportamento (si tratti della predisposizione unilaterale delle clausole del contratto, o dell'"approfittamento" di una situazione o condizione di "debolezza" in cui, per qualche ragione, si trovi controparte) che accompagna la formazione e/o l'esecuzione di un regolamento contrattuale (in ipotesi) "iniquo", o anche semplicemente "squilibrato". Il punto problematico è – però – quello di stabilire quale sia il grado (o la soglia) di "scorrettezza" il cui superamento possa legittimare una reazione nei confronti del contratto "ingiusto".

⁵¹ È una normativa, ovviamente, di ampiezza sterminata, e che non può conseguentemente essere richiamata, in questa sede, con una benché minima ambizione di completezza.

Per il carattere generale delle previsioni in esse contenute si confrontino, comunque, le diverse Parti di cui si compone il Codice del consumo (e v., in part., l'art. 2, che richiama – declinandoli sotto forma di "diritti" dei consumatori – i valori della "sicurezza" dei prodotti e dei servizi, nonché della "correttezza, della trasparenza e dell'equità nei rapporti contrattuali").

⁵² Sull'art. 41 della Costituzione fecero leva – all'inizio degli anni '70 del secolo scorso (e dopo gli interventi che, nel decennio precedente, avevano riguardato soprattutto la *proprietà immobiliare*: quella "urbana", incisivamente interessata dalla c.d. "legge-ponte" del 1967; e, poi, quella "agraria") – numerosi studiosi del contratto, spesso accomunati sotto l'etichetta dell'"uso alternativo del diritto" (cfr. P. BARCELLONA, cur., *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma-Bari, 1973; e, su quella stagione, di recente, N. LIPARI, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *Giust. civ.*, 2018, 75 s.).

Con riferimento alla fase di formazione del contratto, è noto come l'ordinamento giuridico ponga dei limiti precisi a (l'operare di) *rimedi che comportino la "caducazione" di un contratto "squilibrato"*⁵³ (basti solo richiamare i presupposti previsti per la rilevanza di ciascuno dei vizi del consenso, o i presupposti che sono richiesti per la rescissione del contratto per lesione). Ma – a ben vedere – dei limiti (sebbene meno evidenti) sono previsti anche con riferimento ad un (ipotetico) *rimedio risarcitorio* (che implichi, quindi, la validità e il mantenimento in vita del contratto). Ci riferiamo – come si sarà già inteso – alla disposizione dell'art. 1440 c.c. (dolo incidentale), la quale dà bensì rilievo (ai fini risarcitori) allo "squilibrio" del regolamento negoziale, ma solo se si sia in presenza di un vero e proprio *inganno* (frode) perpetrato da un contraente, e dunque di un *comportamento attivo* (per effetto del quale la controparte sia stata indotta ad accettare condizioni contrattuali, che altrimenti essa non avrebbe accettato), e non anche se ricorrano altri tipi di *scorrettezze* (e.g.: un acquisto a condizioni vantaggiose *sapendo che l'altra parte ha urgente bisogno di denaro*; oppure lo "sfruttamento" – ma senza il ricorso ad alcuna minaccia – di una particolare "influenza" che si sia in grado di esercitare sulla controparte; *et similia*). Orbene, è evidente che fare operare (fuori dall'ipotesi di cui all'art. 1440 c.c.) il rimedio risarcitorio in presenza di "scorrettezze" (quali quelle ora esemplificativamente indicate) *che non raggiungono la "soglia di rilevanza" prevista per determinare l'annullabilità o la rescindibilità del contratto*, significa avallare una sostanziale *elusione* della normativa sui vizi del consenso e sulla rescissione del contratto, con esiti che non solo sono logicamente contraddittori⁵⁴, ma (spesso) sono anche controfunzionali⁵⁵. Ne consegue che non si può vedere nel precetto della buona fede *in contrahendo* uno strumento *generale* idoneo ad assicurare la "giustizia" nella fase di formazione del contratto.

⁵³ Si considerino i vari requisiti richiesti per dare rilevanza ad uno dei vizi del consenso (errore, violenza, dolo), oppure si considerino i diversi presupposti che devono sussistere perché il contratto possa essere "resciso".

⁵⁴ È contraddittorio, infatti, che l'ordinamento giuridico consideri valido ed efficace un contratto, e dunque idoneo a far sorgere diritti ed obblighi di cui si può richiedere l'esecuzione, e però ricollegli alla presenza nel contratto delle clausole, che tali diritti ed obblighi prevedono, un rimedio risarcitorio.

⁵⁵ E così, ad es., la tutela (sia pure meramente risarcitoria) che si vorrebbe assicurare al contraente che ha concluso un contratto in stato di bisogno, ma subendo una "lesione" *infra dimidium* (e, dunque, tale da consentirgli di chiedere eventualmente la rescissione del contratto) comporterà una protezione solo apparente (o meglio, virtuale) di tale soggetto, e, anzi, un prevedibile "svantaggio". In realtà, infatti, *nessuno contratterà più con lui*, sapendo di esporsi ad una azione risarcitoria (che potrebbe financo essere più temibile dell'azione di rescissione), con la conseguenza che la tutela di questo soggetto finirà per subire una *deminutio*, e non un ampliamento. L'unica maniera per aumentare questa tutela sarebbe quella che *il legislatore* (non potendolo certo fare l'interprete) "abbassasse" la soglia di rilevanza della lesione ai fini dell'azione di rescissione, salvo a stabilire di quanto questa soglia possa essere ragionevolmente ridotta senza comprimere sensibilmente le possibilità del contraente "in stato di bisogno" di trovare controparti disposte a contrattare con lui.

10.3. Si potrebbe pensare che sia, allora, la buona fede *in executivis* (art. 1375 c.c.), a poter garantire (in casi come quelli sopra indicati, e in altri simili) la “giustizia”, consentendo di “integrare” e/o “modificare”/“correggere” il regolamento squilibrato⁵⁶. Sennonché si può ben dubitare che la buona fede di cui adesso parliamo sia in grado di svolgere questa funzione: essa può senz’altro fondare la pretesa che *l’esercizio* dei diritti scaturenti dal contratto, o *l’adempimento* degli obblighi con esso assunti, avvengano *con modalità* tali da non pregiudicare l’interesse di controparte in misura superiore a quanto necessario per soddisfare l’interesse proprio (quale consacrato nel regolamento contrattuale, e/o previsto da norme di legge), ma non può servire a far venire meno diritti che (validamente, e) lecitamente il contratto o la legge abbiano attribuito, oppure a creare obblighi (se non “accessori”, ossia attinenti *alle semplici modalità* di adempimento degli obblighi principali, o alle modalità di esercizio corretto del proprio diritto) che già non discendano dal contratto o dalla legge⁵⁷. In altre parole: la buona fede *in executivis* non sembra in grado di “riequilibrare” (se non nei modesti limiti ora indicati) un regolamento di interessi che sia (lecitamente) sorto, se pure con un contenuto in qualche misura “squilibrato”⁵⁸.

⁵⁶ È l’idea che traspare dalla motivazione di una nota sentenza della Cassazione (Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, pubblicata su varie riviste, tra cui *Contratti*, 2010, 5 s., con *Commento* di G. D’AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*), dove si legge, fra l’altro, che «la buona fede serve a mantenere il contratto nei binari dell’equilibrio e della proporzione».

Quest’idea si è – dopo la sentenza in esame – alquanto diffusa nell’argomentazione giudiziaria, e si ritrova ormai in numerose pronunce, che segnalano – fra l’altro – l’uso (comunque, improprio) della buona fede, anche quando ci sarebbe in realtà una norma specifica regolatrice della fattispecie da decidere. Un esempio emblematico è offerto da una recentissima pronuncia (Trib. Treviso, 8-10-2018, in www.ilcaso.it. 17 ottobre 2018; la pronuncia risulta poi annotata in <http://www.ilcaso.it/articoli/1056.pdf> da M. ORTORE, *Verso l’equità correttiva generalizzata?*), che ha deciso la questione controversa (relativa ad un compenso professionale contestato come eccessivo), facendo diretta applicazione della clausola di buona fede, invece di applicare l’art. 2237 c.c. (la cui esistenza sembrerebbe del tutto “ignorata” dal giudice).

⁵⁷ *L’exceptio doli generalis* come pure la costruzione di c.d. “obblighi integrativi” *ex fide bona*, devono essere – a nostro avviso – intesi nell’ambito di questa cornice concettuale, che non legittima la conclusione secondo cui – attraverso questi strumenti – la buona fede garantirebbe la “giustizia” del contratto (come invece ritiene F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, Cap. III. La buona fede *ex art.* 1375 c.c. garantisce (solo) *l’esecuzione corretta* del contratto (opponendosi – come diciamo nel testo – a pretese di esercizio *arbitrario* o *sleale* dei diritti spettanti ad un contraente), ma non può modificare e/o correggere (se non in ristrettissimi limiti) un contenuto contrattuale che sancisca uno “squilibrio” tra i diritti e gli obblighi dei contraenti.

Solo se la clausola o le clausole che prevedono tale squilibrio potessero essere dichiarate *nulle*, se ne potrebbe impedire la pretesa di esecuzione (supposto sempre che tale pretesa sia esercitata con modalità *corrette*). Ma, allora, si tratterebbe di una nullità *originaria*, e non verrebbe in gioco (propriamente) la buona fede *in executivis*, bensì la buona fede *in contrahendo* (e varrebbero le osservazioni svolte nel numero precedente), sempreché si ritenga che una “regola di responsabilità” (quale rimane quella di cui all’art. 1337 c.c.) possa essere trasformata in una “regola di validità”.

⁵⁸ Non ci vuol molto – d’altronde – a coonestare il fondamento dell’affermazioni di cui al testo. Basti dire che la stessa normativa sulle clausole abusive nei contratti del consumatore

11. (segue) *La “giustizia” dei rimedi (e la buona fede)*

Anche i “rimedi” convenzionali sono (o possono essere) valutati secondo un criterio di “giustizia”/proporzionalità, e valgono anche per essi le (già illustrate) regole circa il rapporto tra disciplina “eteronoma” e autonomia privata.

Commento – L’idea di “giustizia” (“equità”, “proporzione”, etc.) può essere applicata anche ai “rimedi” (e si parlerà – pertanto – di un “rimedio *giusto*”, o, per converso, di un “rimedio *ingiusto*”) ⁵⁹. Ovviamente, quelli che interessano in questa sede sono i rimedi “convenzionali” ⁶⁰.

Valgono anche a questo proposito tutte le considerazioni che abbiamo svolto, in via generale, nei paragrafi che precedono. Le regole legali mostrano, anche qui, di ispirarsi chiaramente al valore della “giustizia” (intesa – in questo caso –

tollera che vi possano essere degli “squilibri” nel regolamento negoziale unilateralmente predisposto, impedendo soltanto (nel concorso di tutti gli altri presupposti) che siano efficaci clausole in conseguenza delle quali detti squilibri risultino “significativi” (ossia superino – per così dire – una certa soglia di “tolleranza”).

Orbene, sarebbe ben strano che una normativa caratterizzata da un accentuato *favor* nei confronti di un particolare “contraente debole” (il *consumatore*) finisse per risultare sopravanzata, in ordine alla tutela che è idonea a fornire, da una clausola generale come la “buona fede” (applicabile, come tale, a tutti i rapporti contrattuali, indipendentemente dalla qualità soggettiva delle parti contraenti) che si ritenga idonea a dare rilevanza e protezione ad altre (magari “minori”) situazioni di “debolezza”.

⁵⁹ Utilizziamo qui un’accezione alquanto lata (e atecnica) di “rimedio”, ricomprendendo in tale nozione tutti i *mezzi di tutela* di situazioni giuridiche soggettive (e, dunque, anche – ad es. – le “garanzie” del credito).

⁶⁰ Il tema della “giustizia”/proporzionalità dei *rimedi* apre un capitolo vastissimo, se riferito ai rimedi *legali* (in argomento cfr., in luogo di molti, P. PERLINGIERI, *Il “giusto rimedio” nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, Napoli, 2011, 1 ss.). Basti pensare, per es., in materia di responsabilità extracontrattuale, alle discussioni circa l’ammissibilità e i limiti di un risarcimento “punitivo” (tema connesso a quello più generale circa le “funzioni” della responsabilità aquiliana). Risarcimento “punitivo” che – in materia questa volta di responsabilità contrattuale – il legislatore talora prevede, quanto vuole attribuire al rimedio uno specifico carattere “*deterrente*”: un esempio abbastanza significativo è costituito dagli “interessi legali di mora”, quali previsti dal d.lgs. 9 settembre 2002, n. 231 (attuativo della dir. 2000/35/CE relativa alla “lotta contro i ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali”), che li fissa in una misura alquanto elevata (pari al tasso di riferimento maggiorato di otto punti: v. art. 2 lett. e) d.lgs. cit.); e a questa medesima misura fa riferimento anche il comma 4 dell’art. 1284 c.c. (inserito dall’art. 17 del d.l. 12 settembre 2014 n. 132, conv. nella legge 10 novembre 2014 n. 162) nel fissare il saggio degli interessi “legali” dovuto (dal debitore) dal momento in cui è proposta una domanda giudiziale (anche qui la *ratio* è quella di disincentivare alcuni comportamenti, e in particolare di scoraggiare – anche per un obiettivo di decongestionamento del carico dei Tribunali – una resistenza in giudizio che abbia una finalità meramente dilatoria; e per rendersi conto del carattere fortemente “*deterrente*” di questa misura, basti dire che il saggio di interesse così determinato è spesso superiore allo stesso “tasso-soglia” calcolato ai sensi della legge n. 108/1996, tanto da aver indotto taluno a parlare di una sorta di “usura legale”).

Un’analisi specifica meriterebbe, poi, il tema del “rimedio *proporzionato*” nel diritto contrattuale europeo (specie alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia).

come “*proporzionalità*” del rimedio, sebbene questo criterio non sia il solo ad essere sotteso alla disciplina legislativa⁶¹), che si traduce sovente anche *in un criterio di valutazione dell'autonomia privata* (ossia in un criterio di valutazione del *rimedio convenzionale*).

Si può – in questo senso – ricordare la norma che vieta il c.d. patto commissorio (art. 2744 c.c.), per la quale sono state individuate diverse *rationes* (sovente alternative tra di loro), tra cui spicca (in quanto condivisa da un'opinione largamente diffusa) quella che ravvisa il fondamento del divieto nell'esigenza che il debitore non perda la proprietà di un bene (concesso in garanzia) *di valore eccedente* rispetto al debito garantito⁶².

Un altro dei possibili esempi è offerto dalla disciplina della “*clausola penale*” (art. 1384 c.c.). Qui – com'è noto – il legislatore lascia all'autonomia privata la libertà (in linea di massima) di determinare l'entità della “*penale*”; epperò, pone il *limite*, per cui l'ammontare della penale non può essere “*manifestamente eccessivo*”, e – ove questo sia il caso – attribuisce al giudice il potere (anche officioso) di *ridurre equamente* detto ammontare⁶³.

In altri casi, il legislatore non ritiene, invece, di limitare l'autonomia privata: e, così, nella disciplina della caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.), collocata immediatamente dopo quella della clausola penale, non si fa menzione di alcun limite alla determinazione della caparra, il che dovrebbe escludere una sindacabilità giudiziale che sia motivata da un'ipotetica “*eccessività*” della caparra convenuta tra le parti⁶⁴. Senonché anche qui, l'idea che il principio costituzionale di solidarietà sociale, attraverso la clausola generale di buona fede, attribuisca al giudice un generale potere di controllo della “*giustizia*” del contratto (e delle sue clausole) ha inopinatamente portato la Corte costituzionale ad affermare che la caparra confirmatoria eccessiva può essere dichiarata *nulla* (per contrasto, appunto, con la disposizione dell'art. 2

⁶¹ Si veda la nota precedente.

⁶² In considerazione di questa *ratio*, si ritiene invece che non sia vietato – in linea di principio – il c.d. patto marciano” (caratterizzato dal fatto che il creditore è tenuto a restituire l'eccedenza di valore del bene rispetto al credito garantito). Nella disciplina più recente sono state introdotte, e regolamentate, diverse ipotesi di “*patti marciano*” (si veda il volume di G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI-F. PIRAINO-T. RUMI, *I nuovi marciano*, Torino, 2017).

⁶³ Nella disciplina dei contratti dei consumatori l'intervento sul (contenuto della) clausola penale è ancora più incisivo, in quanto – ove l'importo della penale sia stato riconosciuto come “*vessatorio*”, in quanto “*manifestamente eccessivo*” (art. 33, comma 2, lett. *f*) del codice del consumo) – la clausola viene considerata come “*nulla*” (senza possibilità di riduzione).

⁶⁴ Discusso è se alla caparra confirmatoria possa applicarsi analogicamente la disciplina della clausola penale: lo affermano alcuni autori (v., in part., V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 202 e nt. 46), ma lo esclude altra parte della dottrina (cfr. SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto cit.*, 175, nonché G. DE NOVA, voce *Caparra*, in *Dig. it. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1988, II, 241) sulla base di vari argomenti (il carattere “*bilaterale*” della caparra, la circostanza che l'ammontare di essa è comunque limitato dalla entità della prestazione, etc.).

Cost.)⁶⁵. Si tratta – è bene ribadirlo – di un orientamento che non può essere condiviso, in quanto esso – attribuendo alla buona fede (e, anzi, direttamente al principio costituzionale di solidarietà) idoneità a legittimare un *generale sindacato sul contenuto degli atti di autonomia privata* – si pone in radicale contrapposizione con il sistema del diritto contrattuale (che ha nel riconoscimento dell'autonomia dei contraenti il suo principio *essenziale*), finendo oltre tutto per privare di qualsiasi significato la disciplina legale (peraltro, copiosissima) che interviene per porre *specifici limiti* all'esercizio di quell'autonomia (disciplina legale che diventerebbe del tutto superflua, una volta che si ammetta una possibilità di controllo e di sindacato *generale* sul regolamento negoziale, che come tale potrebbe esplicarsi anche fuori dai casi e dai limiti previsti dal legislatore)⁶⁶.

12. Conclusioni: la giustizia contrattuale tra legge e giudizio

Il tema della «giustizia contrattuale» è un tema antico, forse solo poco meno di quanto lo è l'*eterno* (e, dunque, *da sempre* dibattuto) problema dei rapporti tra *diritto* (*tout court*) e *giustizia*.

Naturalmente, in ogni epoca storica temi di questa natura (che individuano elementi “fondamentali” – nel senso etimologico del termine – dell'intero ordinamento o di una sua parte) vengono declinati secondo coordinate (anche di tipo “ideologico”) che mutano nel tempo, in quanto si collocano sullo sfondo di sistemi sociali economici e culturali in continua evoluzione: un'evoluzione, nel corso della quale, in genere, sopraggiunge periodicamente – quando il cambiamento non consenta più di procedere con semplici “adattamenti” degli schemi conoscitivi precedenti – , la necessità di operare un vero e pro-

⁶⁵ Cfr. Corte cost., ord., 21 ottobre 2013 n. 248, Contratti, 2014, 926 s., con nota critica di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*.

⁶⁶ Particolarmente critica nei confronti della prospettiva di legare “buona fede” e “giustizia contrattuale” è anche la NAVARRETTA (*Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale* cit., spec., 1274, dove si parla di «naufragio dei tentativi di fondare sulla mera buona fede la costruzione di un generale controllo sostanziale sulla giustizia del contratto»), la quale prende di mira soprattutto l'abbinamento alla violazione della buona fede del rimedio della nullità (così trasformando quella che è una tipica “regola di responsabilità” in una “regola di validità”).

Sotto quest'ultimo profilo, non merita però di essere accomunata del tutto alla concezione criticata dalla dottrina in questione la posizione di PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in questa *Rivista*, 2015, 233 s. (e, più di recente, ID., *La buona fede in senso oggettivo* cit., Cap. IV), il quale affida sì alla buona fede la funzione di strumento generale di inveroamento nel contratto del valore della «giustizia», ma ritiene che ciò avvenga non attraverso la tecnica della invalidità, quanto piuttosto attraverso rimedi diversi (*exceptio doli generalis*, risarcimento del danno, integrazione del contratto).

prio *mutamento del “paradigma”* o dei “paradigmi”, in base ai quali sino a quel momento il fenomeno oggetto di analisi era stato interpretato e/o concettualizzato e “sistematizzato”⁶⁷.

Naturalmente, un “paradigma” non è mai costituito da una singola “assunzione”, ma è la risultante di una serie molteplice di “premesse”, destinate a formare (nel loro insieme) lo “sfondo” nel quale collocare i fenomeni da analizzare (o i problemi da risolvere).

Orbene tra le varie “premesse” che definiscono il contesto nel quale si inserisce il “paradigma contrattuale” *in questo scorcio iniziale del nuovo secolo*⁶⁸ c’è sicuramente (e si tratta di un dato che non concerne soltanto il contratto) il nuovo rapporto che si è venuto ad instaurare tra “legislazione” e “giurisdizione”, e che induce sempre più spesso a parlare di una “giurisdizionalizzazione” del diritto, in particolare del diritto privato⁶⁹.

Questo dato non poteva non coinvolgere, anche (e – si direbbe – soprattutto), il tema specifico della “giustizia contrattuale”, sollecitando un atteggiamento di sempre maggiore attenzione da parte dei giudici a questo profilo (anche se va detto che quest’attenzione non era mancata neanche prima, se pure con esiti che, comunque, rifuggivano da visioni “estreme”⁷⁰).

⁶⁷ Nelle pagine precedenti, ad es., abbiamo indicato nel passaggio da una contrattazione “individuale” (tipica delle epoche precedenti) alla realtà della moderna “contrattazione di massa” il fenomeno (naturalmente collegato ad una serie di trasformazioni sociali ed economiche di grande rilievo) che ha determinato – a nostro avviso – un vero e proprio mutamento del “paradigma contrattuale”, coinvolgendo ovviamente anche il modo di impostare il problema della “giustizia contrattuale”.

⁶⁸ I “mutamenti” del contratto (almeno sul piano normativo) possono essere fatti risalire più indietro, in particolare all’ultimo decennio del secolo scorso, nel quale si è registrata una forte accelerazione dell’intervento dell’Unione europea nella regolamentazione del contratto (un autore – riferendosi a quel periodo – ha, significativamente, intitolato un suo scritto “*I dieci anni che sconvolsero il contratto*”).

⁶⁹ Il fenomeno si colloca – a propria volta – nell’ambito di processi evolutivi di varia natura, e si collega soprattutto alla c.d. “costituzionalizzazione” del diritto privato, e alla sempre più diffusa convinzione della *applicabilità diretta* (c.d. *Drittwirkung*) dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (per una descrizione di questo processo, e per riferimenti alla letteratura in argomento, sia consentito il rinvio a G. D’AMICO, *Problemi e limiti dell’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti interprivati, con particolare riferimento ai rapporti contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2016, 443 s.).

⁷⁰ Abbiamo accennato, ad es., alla grande cautela della giurisprudenza (ma anche della dottrina) rispetto all’ampliamento dell’area dei vizi del consenso idonei a determinare l’annullabilità del contratto (una prudente apertura si è avuta – al riguardo – solo sul piano “risarcitorio”, attraverso la recente giurisprudenza formatasi sulla figura del c.d. “contratto valido ma sveniente”).

Questa cautela la giurisprudenza ha confermato anche allorché ha respinto il tentativo di fare della buona fede *in contrahendo* una “regola di validità”, facendo conseguire alla sua violazione la “nullità” del contratto, anziché la sua annullabilità. Le c.d. “sentenze Rordorf” del 2007 (sentt. nn. 26724 e 26725), hanno avuto il merito di “frenare” anche quest’altro uso poco controllato della “buona fede”: il che non ha, peraltro, impedito la riproposizione della tesi della “invali-

Si è creata, però – da qualche tempo – una situazione che rischia di generare distorsioni ed eccessi (nel senso che chiariremo subito), in considerazione del fatto che negli ultimi anni (e soprattutto a partire dall'introduzione della importantissima disciplina delle clausole abusive nei contratti dei consumatori) si è fatta certamente più estesa ed incisiva la produzione legislativa a tutela dell'equilibrio (e, perciò, della giustizia) contrattuale, attraverso l'inserimento nell'ordinamento di normative di grande impatto, anche per la formulazione particolarmente ampia che talune di esse presentano⁷¹. Nonostante ciò, l'attività di "integrazione" del dato normativo da parte della giurisprudenza – sia teorica che pratica – è continuata, non solo (cosa assolutamente normale) attraverso gli ordinari procedimenti interpretativi (ivi compreso il ricorso – se pur, talora, non esente da "forzature" – all'analogia⁷²), ma soprattutto attraverso la ricerca di principi generali (o, comunque, tali supposti dall'interprete: la "buona fede", la "proporzionalità", la "ragionevolezza", la "meritevolezza", l'"effettività" della tutela, etc.) capaci di fondare un *generale* potere di controllo e di sindacato sul contenuto del contratto da parte del

dità" attraverso il ricorso ad altri strumenti (come, ad es., la "causa in concreto" o il "giudizio di meritevolezza"), il che potrebbe suscitare (probabilmente, non a torto) l'impressione di un ossequio solo formale della "giurisprudenza Rordorf", accompagnato da una sua sostanziale "elusione" (con esiti, peraltro, singolari: val la pena, ad es., di osservare come il recupero da parte dei nostri giudici della causa – sia pure nella forma della "causa in concreto" – *anche* come strumento di controllo degli squilibri contrattuali, si muova in "controtendenza" rispetto a quanto avvenuto ad es. in Francia, dove il legislatore della riforma ha, almeno formalmente, abbandonato il concetto di "causa", abbracciando l'idea che le varie funzioni da esso svolte, possano essere realizzate attraverso altri strumenti, e con rimedi diversi da quello della nullità).

⁷¹ Abbiamo brevemente esaminato, nelle pagine precedenti, alcune di queste normative, che qui ci limitiamo a richiamare (in ordine cronologico): legge n. 108/1996 (sull'usura), legge n. 192/1998 (sulla subfornitura e l'abuso di dipendenza economica), legge 24 marzo 2012 n. 27 (sulla *disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari*), legge n. 81/2017 (sulla tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale), etc.

Naturalmente, a questo elenco (che trascura interventi legislativi minori, e che comunque non ha alcuna pretesa di esaustività) si dovrebbero quanto meno aggiungere, per quanto non siano state oggetto di richiami specifici nella presente Relazione, le norme in materia contrattuale contenute nel Titolo VI del T.U.B. (d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385 e succ. m.i.) e le norme del T.U.F. (d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, e succ. m.i.).

Un altro ambito che meriterebbe di essere approfondito è quello del c.d. "diritto contrattuale antidiscriminatorio" (su cui v., ad es., D. MAFFEIS, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 401 s.). Si noti – peraltro – che, di per sé, il divieto di discriminazione (nei limiti in cui sussiste) non presidia la "giustizia" del contenuto contrattuale (salvo il caso in cui la discriminazione si attui pretendendo di praticare condizioni contrattuali diverse e più onerose ad alcune categorie di contraenti: cosa – va subito aggiunto – che non è vietata in assoluto, ma solo quando abbia a suo fondamento esclusivamente un "motivo" di discriminazione).

⁷² E si veda quanto osserva MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi* cit., 624, laddove parla (con espressione indubbiamente "forte") di un «accumulo di operazioni di *analogia legis* sorrette da un malriposto furore ideologico».

giudice⁷³. È come se quest'ultimo si sia posto *in concorrenza* con il legislatore, in una continua rincorsa per *sopravanzarlo* (individuando nuove “debolezze” da proteggere, e nuovi “rimedi” da congegnare per rendere “effettiva” la tutela di determinati soggetti). Non a caso si discorre sempre di più – in queste impostazioni – di “*oltrepasamento della fattispecie*”⁷⁴, e la ricerca di un “principio generale” (direttamente applicabile dal giudice) – che possa consentire di superare le “angustie” della singola previsione normativa (per quanto ampia essa sia), e gli stessi vincoli ai quali soggiace il procedimento “analogico” – è la riprova di questo tentativo di disancorarsi da limitazioni che possano in qualche modo emergere dal “sistema legislativo”⁷⁵.

Alla base di questo atteggiamento (che spesso teorizza il già ricordato “superamento della fattispecie” in nome di un affermato “primato del caso”⁷⁶) sta – probabilmente – l'insopprimibile anelito in direzione della *eguaglianza sostanziale* dei soggetti (e, quindi, anche dei contraenti)⁷⁷. Sennonché – e così

⁷³ In questa prospettiva si muovono, per es., scrittori autorevoli, come N. LIPARI (*Intorno alla “giustizia” del contratto*, Napoli, 2016, e, poi anche in ID., *Il diritto civile tra legge e giustizia*, Milano, 2017, 235 s.), G. VETTORI (*Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in questa *Rivista*, 2006, 53 s.; ID., *Il controllo del contratto da parte del giudice*, in *Manuale dir. priv. eur.*, II, a cura di C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, Milano, 2007, 596; ID., *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, NLCC, 2015, 151 s.; ID., *Il contratto europeo tra regole e principi*, Torino, 2015, 149 s.; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Persona e mercato*, 2015, 5 s.), A. DI MAJO (*Giustizia individuale o sociale? Forse una falsa alternativa*, in *Persona e mercato*, 2013, 130 s.; ID., *Giustizia e “materializzazione” nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in questa *Rivista*, 2013, 797 s.), V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. NAVARRETTA, Milano, 2007, ora ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 337 s.), P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 560 ss.; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, *ivi*, 2001, 347).

⁷⁴ “*Oltre la fattispecie*” è – ad es. – il titolo del paragrafo iniziale dell'articolo di VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi* cit., 5; e di rottura delle “catene costrittive della fattispecie” parla LIPARI, *Intorno alla “giustizia” del contratto*, cit., 265.

⁷⁵ Basti dire, per es., che – nella prospettiva che stiamo esaminando (e v. anche quanto diciamo subito *infra*, nel testo) – il concetto di “buona fede” tende ad essere utilizzato in modi che lo accostano sempre più chiaramente all'“equità”, che tuttavia – per l'art. 1374 c.c. può entrare in gioco solo in mancanza di una norma di legge (e subordinatamente agli usi, se esistono).

Per una riflessione attenta sui rapporti tra buona fede ed equità, si v. F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 556 s.

⁷⁶ Si veda, ad es., per un richiamo al concetto di “legalità del caso” (utilizzato proprio in un saggio sul tema della “giustizia contrattuale”) LIPARI, *Intorno alla “giustizia” del contratto* cit., 237.

⁷⁷ Questo anelito è ben leggibile nelle parole con cui di MAJO, *Giustizia individuale o sociale?*, cit., 130 ss., descrive (sulle orme di Canaris) l'approccio c.d. “materializzante” al tema della giustizia «(...) Siffatto indirizzo [quello di Canaris; nda] è il segno di un approccio la cui finalità non è tanto la osservanza di regole formali riguardanti ad es. la astratta formazione del volere, quanto la garanzia della reale ed effettiva libertà decisionale (*Entscheidungs-Freiheit*) del contraente e cioè di libertà del decidere nell'un senso o nell'altro e dove il rapporto tra gli elementi dello scambio per acquistare rilevanza negativa non ha bisogno di rompere con

torniamo a qualcuna delle riflessioni iniziali del nostro discorso – un contratto sul quale venga fatto gravare il peso delle “diseguaglianze *sostanziali*”, e a cui si attribuisca (in nome della “giustizia”) la funzione di superarle, è un istituto che viene caricato di un compito che esso non può assolvere, e nel corpo del quale viene innestato un principio capace di portare alla dissoluzione dell’organismo del quale è entrato a far parte.

Si può ammettere anche che l’eguaglianza (formale) non si esaurisca più nella (e non sia garantita più dalla) mera “generalità” del precetto legislativo, ma si sia andata trasformando sempre più nella “(in)giustificabilità della differenziazione” (concetto più “debole” e problematico, ma forse più idoneo a riflettere la complessità di un mondo nel quale si è certamente ridotto il numero dei valori condivisi, e sono diventate sempre più esili le identità sociali⁷⁸ e individuali, su cui un tempo il legislatore fondava le proprie norme). Ma il punto è che – a meno che l’ingiustificabilità non possa supportare un giudizio che conduca all’applicazione *analogica* di una disposizione già esistente⁷⁹ – è

regole procedurali, siano esse fissate dalla legge e/o dal mercato. – Siamo anni luce distanti dai concetti di libertà e giustizia contrattuali, così come tramandati dalle dottrine e dai codici del novecento. – Il concetto di *Materialisierung* ha riferimento alla libertà contrattuale ma vista sotto l’aspetto della reale ed effettiva libertà decisionale (*Entscheidungsfreiheit*) del contraente, e cioè della effettiva libertà di decidere nell’un senso o nell’altro, così come anche alla giustizia ma vista sotto la forma del rispetto, di “una etica materiale ispirata a responsabilità sociale”, così come insegnato da Wieacker, quale *Sozialmodell* dei classici codici di diritto privato (1952). – Siffatta *Materialisierung* si contrappone ai valori “formali” su cui sono invece tradizionalmente ispirati i concetti di libertà e di giustizia contrattuali nei codici (...)».

⁷⁸ Che definivano – fino a poco tempo – alcune distinzioni su cui il legislatore poteva basare la differenziazione normativa (si pensi per es. alla distinzione tra lavoro “subordinato” e lavoro “autonomo”).

⁷⁹ Il che presuppone il superamento di almeno due ostacoli: *a)* il primo costituito dalla dimostrazione che il caso (suppostamente) “non regolato” costituisca veramente una “lacuna” (in senso proprio), e non manifesti invece la volontà (sia pure implicita) del legislatore di regolarlo diversamente rispetto ad un’atra fattispecie solo apparentemente “analogica” (si consideri il caso, sopra richiamato, della mancata previsione di una sindacabilità “per eccessività” della caparra confirmatoria, a fronte di una disciplina che consente invece espressamente la riducibilità della penale “manifestamente sproporzionata”); *b)* il secondo costituito dalla dimostrazione che la “regola” che si vuole estendere analogicamente *non* costituisce una norma “eccezionale”.

È chiaro che questi due ostacoli scompaiono di colpo se si opta per una argomentazione per “principi”: ma, così concepita, una tale argomentazione finisce per diventare uno strumento idoneo a “scardinare” il sistema del diritto positivo, rendendone superflue la maggior parte delle disposizioni, e cancellando il lavoro di “bilanciamento” che è sotteso alla costruzione delle “fattispecie normative” da parte del legislatore.

L’inconveniente, poi – come ha sottolineato Irti, nei suoi recenti interventi sul tema – è quello di dar vita ad un “diritto incalcolabile”, con conseguenze sulle quali forse si è riflettuto sinora assai poco (e la circostanza che talora – e sempre più spesso negli ultimi tempi – la causa dell’incertezza sia riconducibile alla stessa legislazione [per il suo carattere disorganico, caotico, a volte contraddittorio] non legittima certo l’aggiunta di un ulteriore fattore di incertezza, considerata anche la debolezza attuale della “funzione nomofilattica” svolta dalla Corte di Cassazione). Cfr. N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 41 s.; ID., *Calcolabilità*

solo la Corte costituzionale che ha il potere di giudicare la *ragionevolezza* o meno della differenziazione⁸⁰, non certo il giudice comune⁸¹.

Ma – detto tutto ciò – è evidente che nei Tribunali si continuerà a perseguire (anche) la giustizia *sostanziale*, senza attendere che sia il legislatore (cui questo compito competerebbe) a introdurre deroghe, eccezioni, norme “speciali”, etc. che *modifichino* e *correggano* una disciplina che, in ipotesi, appaia (al giudice) censurabile perché non tiene conto di situazioni che meriterebbero un trattamento differenziato rispetto alla regola generale.

L'importante è – in tutto questo – che non si smarrisca del tutto la razionalità del “sistema” (pericolo che non è affatto eccessivo evidenziare), e non prevalgano soluzioni estemporanee e poco meditate, che rischiano oltre tutto, più che di eliminare le “ingiustizie” che si ritengono presenti nel contratto, di aggiungerne (o alimentarne) delle nuove, con un esito palesemente controfunzionale⁸².

weberiana e crisi dell'affattispecie, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 36 s.; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 s.; ID., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, 801 s.; ID., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 917 s.; ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016 (che raccoglie i precedenti saggi sul tema).

⁸⁰ Con l'avvertenza ulteriore che sancire l'irragionevolezza della discriminazione (o della differenziazione) significa pur sempre far valere l'eguaglianza *formale* (ossia il principio che casi eguali devono essere trattati in maniera eguale), non anche rimuovere un fattore di diseguaglianza *sostanziale* (= trattare in maniera *diversa* casi che si ritengono essere diversi).

Il che mostra – fra l'altro – che, quando invece, si invoca il valore dell'eguaglianza *sostanziale*, bisogna riconoscere che si stanno compiendo interventi in nome dell'*equità*, e quindi di una giustizia “particolare” (e, dunque, sulla base di un criterio che non è “generalizzabile”, o che non discende dalla estensione di una regola “generale”, alla quale invece apporta deroga).

⁸¹ Il cui intervento – oltre tutto –, valendo soltanto per le parti del concreto giudizio (a differenza della pronuncia della Corte, che è invece efficace *erga omnes*), rischia di aumentare anziché ridurre le diseguaglianze, perché ne introduce una nuova nell'ambito della stessa categoria dei soggetti che subiscono una (supposta) discriminazione (precisamente tra coloro che hanno visto riconosciuta la infondatezza della discriminazione, e coloro che non hanno ottenuto eguale esito, o non hanno neanche pensato di chiederlo).

⁸² Si intende far riferimento alla possibilità che orientamenti giurisprudenziali poco meditati abbiano l'effetto di *limitare* (anziché favorire) l'accesso (o la permanenza) nel mercato dei soggetti che si vorrebbero invece tutelare.

Questo rischio è presente financo quando è il legislatore a prevedere forme di tutela che – non importa se a torto o a ragione – vengano percepite come eccessive (gli esempi potrebbero essere numerosi: oltre a quelli già fatti *retro*, alle note 5 e 62 dove sono state richiamate la vicenda della legge sull'equo canone e quella della rescissione per lesione, si può pensare per es. alla recente normativa sul contratto di lavoro a tempo determinato, introdotta dal c.d. “Decreto dignità” – d.l. 12 luglio 18 n. 87, conv. nella legge 9 agosto 2018 n. 96 – che, secondo molti commentatori, determinerà una riduzione dei livelli occupazionali, o, nella migliore ipotesi, una più rapida “turnazione” tra i soggetti che verranno assunti con contratti a tempo determinato, e dunque sostanzialmente impedirà l'accesso a questo mercato di alcuni soggetti che altrimenti lo avrebbero avuto, oppure determinerà la precoce uscita dal mercato di soggetti che vi erano entrati); ma esso si accentua quando l'“eccesso” provenga da orientamenti giurisprudenziali, che – a parte la tutela fornita nel caso specificamente deciso, e a favore del soggetto in esso

Ci piace, perciò, concludere con una citazione di uno storico francese dell'Ottocento, premettendo che quanto egli scrive con riferimento al lavoro dello storico può e deve essere riferito a nostro avviso – a qualsiasi campo di indagine, e non solo quando quest'ultima sia compiuta per finalità scientifiche, ma anche (e forse soprattutto) quando – come accade per il diritto essa abbia finalità pure “pratiche”:

«(...) L'histoire n'est pas une science facile; l'objet qu'elle étudie est infiniment complexe; une société humaine est un corps dont on ne peut saisir l'harmonie et l'unité qu'à la condition d'avoir examiné successivement et de très-près chacun des organes qui le composent et qui en font la vie. *Une longue et scrupuleuse observation du détail est donc la seule voie qui puisse conduire à quelque vue d'ensemble. Pour un jour de synthèse il faut des années d'analyse ...*»⁸³.

coinvolto – spesso hanno il solo effetto di determinare reazioni di “chiusura” o di “restrizione” del mercato rispetto all'intera “categoria” cui appartiene il soggetto occasionalmente tutelato, oppure di determinare tentativi di “eludere” l'applicazione delle regole “indesiderate”.

Risiede anche in ciò la giustificazione profonda dell'esigenza che eventuali “carenze di tutela” siano soddisfatte dal legislatore (un legislatore – naturalmente – che sia all'altezza del compito che dovrebbe svolgere, anche con riferimento alla capacità di intervenire tempestivamente), anche perché solo il legislatore può – nella maggior parte dei casi – disporre di *tutti gli elementi di giudizio* necessari per effettuare una valutazione dei *diversi interessi* che vengono in considerazione (a volte con carattere di forte conflittualità tra di loro).

⁸³ F. DE COULANGES, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France, I. L'empire romain-Les Germains-La royauté mérovingienne*, 2e éd., Paris, 1877, 4 (corsivo finale aggiunto).

FRANCESCO MACARIO

DALLA RISOLUZIONE
ALL'ADEGUAMENTO DEL CONTRATTO.
APPUNTI SUL PROGETTO DI RIFORMA DEL CODICE CIVILE
IN TEMA DI SOPRAVVENIENZE

SOMMARIO: 1. Le sopravvenienze e il diritto dei contratti: breve premessa storico-comparativa. – 2. Il modello dominante nella tradizione civilistica del contratto come fattispecie (atto costitutivo o traslativo di diritti) e l'esigenza di valorizzare l'esecuzione (nel tempo) del rapporto, nel confronto tra la disciplina "generale" e le norme sui "singoli contratti". – 3. Tecniche e strumenti per l'adeguamento e la rinegoziazione, in funzione conservativa del rapporto in corso di esecuzione. – 4. Recenti esperienze di codificazione delle norme in tema di adeguamento e rinegoziazione del contratto "in generale": spunti per la riforma del codice civile.

1. *Le sopravvenienze e il diritto dei contratti: breve premessa storico-comparativa*

La recentissima "delega al Governo per la revisione del codice civile" (DDL Senato 1151), nonché per la sua "integrazione" (alla stregua della rubrica dell'art. 1), dispone (alla lett. I)), che il legislatore dell'ipotizzata riforma preveda e disciplini: *"il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti"*. Si dovrebbe, pertanto, intervenire sulla disciplina delle sopravvenienze, di cui agli artt. 1467-1469 c.c., applicabili come norme "generali" a tutti i contratti e agli atti unilaterali a contenuto patrimoniale, incidendo in modo sostanziale sulla normativa vigente.

Il tema delle sopravvenienze – con variante espressiva più moderna: "disfunzioni sopravvenute" del contratto -, al pari di altre problematiche attinenti alla parte generale del contratto, suscita molteplici interrogativi, tanto di tipo tecnico-applicativo per così dire, quanto, e anzi preliminarmente, di indole autenticamente metodologica.

La prima e ineludibile problematica in questo senso, nella prospettiva dell'i-

potizzata novella, si pone con riferimento al rapporto tra parte generale e parte speciale del diritto dei contratti¹, muovendo dall'assunto secondo il quale le vicende e i problemi dell'esecuzione del contratto trovano, del tutto comprensibilmente, nella seconda la loro prevalente disciplina (alludendosi tanto ai singoli contratti tipizzati e perciò presenti nel codice, quanto agli specifici settori, disciplinati al di fuori del codice civile, secondo logiche di contesto peraltro lontane dalla visione del legislatore del 1942)².

Al giurista che intenda ragionare sulla riformulazione delle norme della parte generale del contratto si presentano pertanto, in primo luogo, delicati interrogativi sulla relazione (di compatibilità e coerenza, se si vuole) tra i due ambiti normativi connotati dall'alternativa "generale-speciale", acuiti dal fatto che gli indici normativi da considerare non sono – anche in questo caso, ormai da tempo – soltanto nel tessuto (di per sé, del resto, non sempre così lineare e armonico) del codice civile, ma possono avere provenienza e matrice diverse. Oltre alle nuove disposizioni normative, andrebbe poi considerata l'evoluzione della cultura giuridica civilistica, oggi più che mai non isolabile dal contesto transnazionale (in primo luogo, quello europeo).

Qualsiasi riflessione non potrebbe, peraltro, non muovere dalla disciplina delle sopravvenienze contenuta nella parte dedicata dal codice civile al contratto "in generale" e caratterizzata dall'opzione del legislatore del 1942 – si ricorda, all'epoca decisamente originale e comunque innovativa, rispetto non soltanto alle altre grandi codificazioni europee, ma anche alla civilistica più tradizionale e fedele all'apparentemente solida e affidabile impostazione dog-

¹ In argomento, non si può prescindere dalle riflessioni compiute, ancorché oltre un ventennio addietro, da G. DE NOVA, *I singoli contratti: dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, in *I cinquant'anni del codice civile*, I, Milano, 1993, 218 (si veda già, dello stesso A., *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, 333 e in AA.VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Venezia, 1989, 321) e P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, *ibid.*, 445.

² L'elementare e quasi ovvia constatazione può aiutare, peraltro, a comprendere la duplice circostanza del sostanziale disinteresse degli studiosi – se non altro, ove si consideri la lunga tradizione dogmatica maturata nella civilistica degli ultimi due secoli, cui non è affatto estranea, evidentemente, la costruzione della *Voraussetzung* di Bernhard Windscheid (su cui vi sarà modo di ritornare) – per il tema delle sopravvenienze, dal punto di vista (della teoria generale) del contratto, quale fattispecie giuridica di cui l'ordinamento deve farsi carico, in primo luogo per disciplinarne validità ed efficacia, così come della – è la seconda constatazione, perfettamente comprensibile, in quanto conseguente, si direbbe, a tale indifferenza dottrinale – assenza di disposizioni normative nella disciplina del contratto "in generale" all'interno delle codificazioni che maggiormente hanno segnato la storia del diritto civile ottocentesco in Europa (alludendosi a quella napoleonica e a quella tedesca). In tal senso, l'opzione del legislatore italiano del 1942, che nel 'nuovo codice' aggiungeva una terza (ed eterodossa, rispetto alla detta tradizione civilistica) forma di risoluzione del contratto "per eccessiva onerosità", non può non suscitare oggi, in sede di riforma della parte generale del contratto, problemi diversi rispetto a quelli affrontati dai giuristi e dai legislatori di altri ordinamenti (a cominciare dai nostri 'vicini di casa' francesi e tedeschi).

matica³ – di distinguere con sufficiente nettezza le norme sulle ‘disfunzioni’ determinanti (ovvero qualificabili in termini di) impossibilità (sopravvenuta), dalle disposizioni relative agli eventi pregiudizievoli (rispetto all’equilibrio tra le prestazioni) comportanti (non già l’impossibilità, ma) l’eccessiva onerosità (sempre sopravvenuta) delle prestazioni a carico di una parte, nel senso della loro ‘inesigibilità’ in ragione di un incremento (eccessivo) dei costi⁴. Il comune denominatore tra le due discipline era inevitabilmente costituito dall’istituto (sempre di carattere “generale”) all’interno del quale esse compaiono – articolandosi lo stesso, s’è detto, nelle due varianti dell’impossibilità sopravvenuta e dell’eccessiva onerosità – ossia la “risoluzione” del contratto.

L’elementare constatazione induce allora a considerare che, quando si ragiona sul rapporto tra le sopravvenienze e l’ordinamento giuridico, con particolare riferimento al diritto dei contratti, la rilevanza giuridica delle prime, ossia la loro incidenza sul rapporto (obbligatorio/contrattuale) è legata alle tendenze e alle scelte dell’ordinamento in un determinato contesto, storicamente definito. Tendenze e opzioni determinate, seppure in modo diverso (se non talvolta divergente), dai diversi formanti, fatalmente destinati a intrecciarsi nella loro concreta operatività. Si comprende, pertanto, come, anche per quest’ultima circostanza – ossia il gioco dei formanti – la materia si sia rivelata particolarmente fertile per il comparatista, concentratosi soprattutto sul confronto con gli ordinamenti francese, tedesco, senza tuttavia dimenticare di dar conto anche delle esperienze in ambito di *common law*⁵.

In estrema sintesi, si potrebbe indicare innanzitutto la posizione più rigida, per così dire, espressa dalla ferma, apparentemente incrollabile, resistenza del legislatore francese, con il convinto avallo della dottrina tradizionale, a dare

³ Risultano particolarmente interessanti, in questo senso, le considerazioni dello studioso incaricato dal governo tedesco, negli anni Ottanta del secolo appena trascorso, di esaminare il tema della “durata del contratto” e di esprimere un parere sull’opportunità di modificare/integrare il codice civile con una disciplina di carattere “generale, funzionale a dare una risposta ai “problemi specifici” dei rapporti di durata e dei contratti a lungo termine: cfr. N. HORN, *Vertragsdauer. Die Vertragsdauer als Schuldrechtliches Regelungsproblem. Empfiehlt sich eine zusammenfassende Regelung der Sonderprobleme von Dauerschuldverhältnissen und langfristigen Verträgen?*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, Köln, 1981, 551.

⁴ Ci si permette di rinviare, per una sintetica trattazione della materia nella prospettiva indicata, al lavoro del sottoscritto, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, diretto da E. ROPPO, V, 2, *Rimedi*, Milano, 2006, 590 ss.

⁵ È sufficiente ricordare l’interesse per il tema da parte di uno dei grandi maestri della comparazione del Novecento, R. DAVID, *L’imprévision dans les droits européens*, in *Études offertes à A. Jauffret*, 1974, Faculté de droit d’Aix-Marseille, 211 ss.; per i necessari riferimenti, ci si permette di rinviare alla monografia di chi scrive, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti e lungo termine*, Napoli, 1996; successivamente, sempre in chiave comparativa, F.P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil law e di common law*, Napoli, 2003; con particolare riferimento al diritto nordamericano, E.C. ZACCARIA, *L’adattamento dei contratti a lungo termine nell’esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziale*, in *Contr. impr.*, 2006, 478 ss.

un qualsivoglia rilievo all'*imprévision*, se non altro nel diritto contrattuale dei rapporti fra privati⁶. È stata tuttavia la dottrina dell'ultimo ventennio o poco più – convinta, evidentemente, dell'opportunità di superare la rigidità della posizione di matrice ottocentesca, conseguenza necessitata dell'idea (ovvero dal dogma, se si preferisce) dell'intangibilità del contratto – a schiudere prospettive nuove, intese a dar voce all'esigenza di revisione del regolamento contrattuale, con l'avallo, graduale ma ugualmente convinto, di una parte non insignificante della giurisprudenza, anche di legittimità⁷. Non ci si può pertanto meravigliare se il legislatore si sia alla fine deciso a “codificare” persino l'obbligo di rinegoziare, in presenza di determinati presupposti (con maggiore puntualità, si veda *infra* n. 4). In tal modo, l'ordinamento francese potrebbe apparire oggi, quasi paradossalmente – stando all'immagine che avrebbe dato di sé, in chiave comparativa, anche soltanto un paio di decenni addietro –, il più moderno, o almeno il più coraggioso⁸.

Molto diversa la vicenda che ha caratterizzato il diritto tedesco, decisamente condizionato – anch'esso privo di disposizioni normative sulle sopravvenienze all'interno del BGB, frutto maturo e sofisticato, si direbbe, della complessa e profonda elaborazione teorica e dogmatica ottocentesca – dalla teoria della presupposizione, coniata dalla più autorevole dottrina del tempo, in persona dell'esponente di maggiore spicco della scuola pandettistica, ossia Bernhard Windscheid, e poi sviluppata dalla civilistica novecentesca, senza soluzione di continuità, attraverso la più sofisticata dottrina del fondamento negoziale e le numerose elaborazioni teoriche della “*Lehre der Geschäftsgrundlage*, in particolare del suo venir meno (“*Wegfall der Geschäftsgrundlage*”), come evento destabilizzante del vincolo obbligatorio e contrattuale⁹.

⁶ Mentre un'apertura verso la rilevanza della modificazione delle circostanze era ammessa nei contratti pubblici (in considerazione, va da sé, dell'interesse economico che avrebbe potuto avere l'amministrazione, eccezionalmente idoneo perciò a consentire la deroga al principio cardine del diritto privato *pacta sunt servanda*). La celebre decisione, nota come “Gaz de Bordeaux”, è di Cons. Etat, 30 marzo 1916, in *Sirey*, 1916, 3, 17.

⁷ Il percorso sembra iniziare già con Cass. civ., 16 marzo 2004, in *Petites affiches. La Loi*, 28 giugno 2004, n. 128, 18, con osservazioni di C. GAVOTY-O. EDWARDS, *Vers une extension de l'obligation de renégociation en matière contractuelle?*; in *Rev. Lamy Droit Civil*, 2004, n. 6, 5, con nota di D. HOUTCIEFF, *L'obligation de renégocier en cas de modification imprévue des circonstances. Quand la première Chambre civile manie l'art de la litote...*; nonché in *Rec. Dalloz*, 2004, n. 25, 1754, con nota di D. MAZEAUD, *Du nouveau sur l'obligation de renégocier*, favorevole all'apertura giurisprudenziale, soprattutto in considerazione dell'effetto correttivo sullo squilibrio strutturale del contratto fra imprese di diversa capacità organizzativa ed economica, quindi esposto al rischio di comportamenti abusivi.

⁸ Sui risultati raggiunti in sede legislativa occorre ritornare, ragionando sulle possibili formulazioni legislative in sede di riforma (*infra*, n. 4).

⁹ Tra i contributi di sintesi più significativi: H. KÖLER, *Die Lehre der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung*, in *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, vol. I, *Bürgerliches Recht*, a cura di e C.W. CANARIS-A. HELDRICH, München, 2000, 295; nonché G.H. ROTH, *Vom Wegfall der Geschäftsgrundlage zur richterlichen Vertragsanpassung*, in *Fest-*

La storia del diritto tedesco, che non è possibile in questa sede anche soltanto tentare di riassumere, si segnala per la quantità di spunti di riflessione che l'intreccio, decisamente virtuoso, tra il formante dottrinale e quello giudiziale può suscitare. Si manifesta con convinzione e continuità, infatti, l'avallo della giurisprudenza del BGH alla dottrina, grazie all'originale e ben radicata valorizzazione del precetto generale di buona fede nell'esecuzione del rapporto obbligatorio e contrattuale di cui al § 242 BGB: un unico dato normativo a disposizione del giurista tedesco, capace tuttavia di sprigionare in quell'ordinamento un'effettività così marcata, al punto da permettere al precipitato dell'orientamento giurisprudenziale inteso a riconoscere la modificabilità del contratto attraverso il suo adeguamento (c.d. *Vertragsanapssung*) di diventare, a sua volta, disposizione normativa codicistica, in sede di 'modernizzazione' del diritto delle obbligazioni (avvenuta con la ben nota riforma del 2002 recante la significativa *Modernisierung des Schuldrechts*, grazie al nuovo § 313 BGB)¹⁰.

2. *Il modello dominante nella tradizione civilistica del contratto come fattispecie (atto costitutivo o traslativo di diritti) e l'esigenza di valorizzare l'esecuzione (nel tempo) del rapporto, nel confronto tra la disciplina "generale" e le norme sui "singoli contratti"*

Nel confronto con le due esperienze appena ricordate, il diritto italiano si presenta con una veste decisamente originale, vantando una normativa *ad hoc*

schrift für Krejci, München, 2001, 1251; dopo la riforma del codice, nota come *Modernisierung*, P. FELDHAM, *Die Störung der Geschäftsgrundlage, im System des reformierten Schuldrechts*, in *NJW*, 2005, 3381; in chiave comparativa, proprio con il diritto italiano, C. REITER, *Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht*, Tübingen, 2002.

¹⁰ Il § 313 BGB, intitolato «*Störung der Geschäftsgrundlage*» e inserito nel nuovo *Untertitel 3* (sottotitolo o sezione), «*Anpassung und Beendigung von Verträgen*» (Adeguamento e cessazione dei contratti), prevede, nel testo tradotto che si legge nel contributo di P. RESCIGNO, *La codificazione tedesca della Störung der Geschäftsgrundlage*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?* (Atti del Convegno di Padova, 7-8 marzo 2003) a cura di G. CIAN, Padova, 2004, 10: «(1) Se le circostanze divenute fondamento del contratto si sono con grave incidenza (*schwerwiegend*) modificate dopo la conclusione del contratto e le parti non avrebbero concluso il contratto o l'avrebbero concluso con un diverso contenuto se avesse previsto tali mutamenti, può richiedersi l'adeguamento del contratto qualora non possa pretendersi (*unzumutbar*) che la parte resti vincolata al contratto immutato, avuto riguardo a tutte le circostanze del singolo caso, ed in particolare alla distribuzione contrattuale o legale del rischio. (2) Ad una modifica delle circostanze è da parificare il caso in cui rappresentazioni sostanziali, divenute fondamento del contratto, si rivelino false. (3) Se un adeguamento del contratto non è possibile o non può più pretendersi da una parte, la parte svantaggiata può recedere dal contratto. In luogo del diritto di recesso, per il rapporto di durata spetta il diritto di disdetta (*Kündigung*)». Sulla *ratio* della novella, *Regierungsbegründung BT-Drucks*, 14/6040, 175.

tra le novità introdotte con la codificazione del 1942, all'interno (e in chiusura) della disciplina del contratto in generale, ove si dà spazio alle esigenze del contraente onerato dagli effetti economici degli eventi sopravvenuti¹¹.

S'è appena visto come la comparazione possa essere d'ausilio per comprendere la diversità e l'alternatività delle soluzioni. La sintesi è d'obbligo. Da un lato, si può negare per principio la rilevanza dell'imprevisione/imprevedibilità nei rapporti obbligatori tra privati, in quanto questi ultimi devono essere "certi" e sicuri, se non altro in funzione del fatto che "il contratto ha forza di legge tra le parti" (alla stregua dell'enfatica espressione ereditata dal legislatore francese del *Code Napoléon*), sicché non possono intervenire – *rectius*, rilevare nella disciplina dell'esecuzione del contratto e dell'adempimento delle obbligazioni – elementi perturbativi dell'assetto d'interessi consacrato nell'autoregolamento. Da un diverso punto di vista, tuttavia, si può – con maggiore realismo e consapevolezza dell'esigenza concreta di una risposta dell'ordinamento alle "perturbazioni" dell'equilibrio negoziale – riconoscere l'esigenza di gestione dello squilibrio sopravvenuto a tutela (non già del contratto in se stesso considerato, nella sua intangibilità e immodificabilità di principio, bensì) dei contraenti. Sulla base di tale assunto, può essere ragionevole demandare – invero, occorre superare preconcetti e remore di principio, incomprensibilmente ancora presenti in una parte della cultura civilistica, sul modo di svolgersi della funzione giurisdizionale in ambito di autonomia contrattuale – per un verso alla giurisprudenza delle corti, per altro verso (recuperando la valenza del referente normativo in senso formale) all'effettività della clausola generale di buona fede il compito di determinare, di volta in volta, la 'correzione' del regolamento contrattuale, una volta che lo stesso dovesse risultare inidoneo a rappresentare gli interessi originari delle parti¹².

Può darsi, infine, l'ipotesi in cui – il confronto è volutamente limitato agli ordinamenti maggiormente frequentati dalla civilistica italiana – una dose forse ancora più consistente di sano realismo e, soprattutto, attenzione rispetto

¹¹ Per una sintetica ricostruzione delle vicende che hanno preceduto (e determinato) la codificazione della disciplina delle sopravvenienze nel codice del 1942, ci si permette di rinviare a *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, diretto da E. ROPPO, cit., 493 ss., ricordando soltanto che l'ipotesi dell'adeguamento del contratto a fronte delle sopravvenienze non era certo ignota alla dottrina (si vedano, ad esempio, gli autorevoli contributi di M. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulle sopravvenienze contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 309 ss.; precedentemente già G. OSTI, *La così detta clausola "rebus sic stantibus" nel suo sviluppo storico*, id., 1912, 1 ss.; ID., *Appunti per una teoria della "sopraevenienza"*. *La così detta clausola "rebus sic stantibus" nel diritto contrattuale odierno*, id., 1913, 471 ss.

¹² L'analisi dottrinale in questa direzione si è sviluppata sulla scia di importanti contributi risalenti agli anni Sessanta, fra i quali emblematicamente si segnalavano i lavori di Stefano Rodotà sull'effettività dei richiami normativi alla correttezza e alla buona fede, anche nella prospettiva delle "fonti di integrazione del contratto", ed è appena il caso di ricordare che, sulla stessa linea di pensiero, si colloca il più significativo contributo di quel periodo sul tema in esame, ascrivibile a M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1970.

ai risvolti prettamente economici dell'impegno contrattuale concretamente assunto – attribuendo rilevanza allo scarto temporale tra la conclusione e l'esecuzione, sia pure con talune varianti in ordine alla rilevanza del fattore tempo, come si evince anche dall'*incipit* dell'art. 1467 c.c. -, finisce per indurre il legislatore a intaccare la purezza delle linee dogmatiche tradizionali, per codificare, in termini generali (e in modo, s'è detto, senza dubbio originale per il tempo), l'inesigibilità della prestazione in ragione dell'aumento dei relativi costi, mediante una normativa *ad hoc*, che recepisce l'esigenza di tutela del contraente eccessivamente onerato. La gestione del rischio contrattuale, dunque, rimane affidata, nel nostro ordinamento, a un ventaglio di soluzioni che, secondo i principi cardine dell'autonomia privata, sono destinate a convivere e incontrarsi, aventi natura rispettivamente: (a) convenzionale, (b) legislativa (nel nostro ordinamento, in primo luogo mediante le ricordate disposizioni generali in tema di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità), e infine (c) giudiziale, anche per risolvere il conflitto e, in ogni caso, il concorso tra la disciplina pattizia – consegnata spesso a clausole di gestione del rischio, più o meno sofisticate, formulate dalle parti nel tentativo di neutralizzare i rischi prevedibili – e quella legale¹³.

Appare, per altro verso, intuitivo che il legislatore del codice civile, ancorché mosso da spirito innovatore e così dall'esigenza di disciplinare "in generale" le sopravvenienze – anche in considerazione delle novità introdotte nel Titolo terzo, dedicato ai "singoli contratti", che finivano per mettere in discussione l'onnicomprendività, per così dire, del modello generale di contratto, di cui al Titolo II – non potesse andare oltre un tentativo di 'sistemare' la teorica del rischio contrattuale nel solco dell'idea, di matrice pandettistica, della "volontà presunta" dei contraenti, nel senso di una ricostruzione *ex post* di quanto, pur presupposto ed assunto a fondamento della negoziazione (quindi, effettivamente 'voluto'), non aveva poi ottenuto adeguata esplicitazione nelle condizioni o clausole contrattuali: la *Voraussetzung*, introdotta (*rectius*, importata dalla menzionata pandettistica tedesca) nel nostro ordinamento con la traduzione letterale di "presupposizione"¹⁴. Tale raffinata costruzione concettuale si svolgeva pur sempre, va da sé, all'interno del modello di contratto tradizionale – quella stessa che aveva permesso l'edificazione della "parte generale" nelle grandi codificazioni -, rivelandosi in tal modo insufficiente a governare le problematiche poste dai contratti a esecuzione continuata o differita, ove il rapporto è destinato a realizzarsi in un (più o meno lungo) periodo di tempo,

¹³ Cfr. Cass. 29 giugno 1981, n. 4249, in *Foro it.*, 1981, I, 2132, con nota adesiva di R. PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*.

¹⁴ Una costruzione giuridica, quest'ultima, che avrebbe avuto riscontro (anzi, notevole successo) nella giurisprudenza pratica, chiamata a conferirle effettività, mentre in dottrina si svolgeva una sapiente elaborazione, graduale ma incessante (nonché ben nota), con diverse sfumature nelle diverse culture giuridiche europee, della questione generale facente capo alla gestione del rischio contrattuale.

in vista della realizzazione di un risultato, che soltanto l'esecuzione protratta nel tempo può di fatto consentire.

In questo senso, per venire al punto cruciale della riflessione, s'impone l'ampliamento della prospettiva, che dovrà abbracciare anche la disciplina dei "singoli contratti" (tipizzati e non), ove è possibile individuare una molteplicità di disposizioni che, nei più vari contesti contrattuali, paiono evidenziare una sorta di comune denominatore – come se le stesse fossero accomunate da quella che è stata definita in termini di "macro-ratio"¹⁵ – rispondente alla (ovvero espressivo della) esigenza dell'ordinamento di propiziare l'adeguamento del regolamento contrattuale alle mutate circostanze (ritenute rilevanti a tal fine), quale mezzo tecnico per fare in modo che possano concretamente realizzarsi gli effetti dell'atto di autonomia privata all'origine del regolamento (da modificare)¹⁶. Le norme dei "singoli contratti", cui potrebbero aggiungersi ulteriori riferimenti anche al di fuori del codice civile, sembrano offrire argomenti sufficienti per ravvisare, nel diritto privato italiano, l'esistenza di un principio di adeguamento operante nella disciplina dei contratti e giustificativo della "revisione" in corso di esecuzione¹⁷. Un principio, quest'ultimo, che, secondo alcune ricostruzioni dottrinali¹⁸, opererebbe anche oltre questo specifico settore dell'ordinamento, esprimendo una tendenza più generale del sistema.

È evidente che, se si accettano alcune premesse di indole *lato sensu* meto-

¹⁵ L'espressione è di E. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1044.

¹⁶ Esse potrebbero collocarsi idealmente in due gruppi: (a) quelle espresse nelle disposizioni che predispongono un'alternativa giuridica alla vanificazione degli effetti del contratto, vuoi incidendo positivamente sull'aspetto che potrebbe definirsi strutturale (artt. 1474 e 1657, nonché art. 1560), vuoi operando in una prospettiva funzionale (art. 1492); (b) quelle che fissano, invece, presupposti e modalità della modificazione delle condizioni contrattuali prestabilite al fine di consentire una corretta (prosecuzione della) esecuzione del rapporto contrattuale, talvolta con indicazioni di natura quantitativa (art. 1661, nonché art. 1664), altre volte con l'inevitabile rinvio a criteri generali di giustizia sostanziale, quali la proporzionalità e/o l'equità della determinazione, quest'ultima affidata evidentemente al giudice in mancanza di accordo fra le parti: ad esempio, artt. 1660 e 1664, comma 2 in materia di appalto, ma anche art. 1623 in materia di affitto, l'art. 1710, comma 2 in materia di mandato, nonché l'art. 3, comma 5, legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di subfornitura). Un tentativo di collegare varie fattispecie in un contesto omogeneo, che successivamente si è arricchito ulteriormente, si trova nel già menzionato contributo di chi scrive *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., secondo capitolo (dedicato alla ricostruzione sistematica del principio di adeguamento).

¹⁷ Il discorso, già sviluppato nel ricordato lavoro *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., sintetizzato anche nella successiva voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, dell'*Enc. dir., Annali*, II, t. II, Milano, 2008, 1026, è stato ripreso, in vario modo, negli studi successivi: tra i più recenti, si veda E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018.

¹⁸ Oltre al lavoro monografico di A. DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, cit., si veda, in materia di regime patrimoniale della famiglia, il contributo di A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 213.

dologica, che conducono all'appena evidenziata esigenza di considerare *in primis* le norme in tema di esecuzione dei singoli contratti (nei casi in cui il regolamento d'interessi richieda l'esecuzione protratta nel tempo, in vista del conseguimento del risultato avuto di mira dalle parti, cui il contratto appare dunque funzionale), la disciplina generale delle sopravvenienze nei termini in cui è stata consegnata agli art. 1467 ss. c.c. sembrerebbe destinata a rimanere in un certo senso sullo sfondo del discorso. Essa troverà, di fatto, applicazione in casi residuali, svelando in tal modo la nettezza della frattura tra le appena ricordate disposizioni codicistiche, dichiaratamente "generali", e la realtà normativa della contrattazione commerciale ovvero d'impresa¹⁹, riconducibile al sistema con riferimento ad altri (e non pochi) indici legislativi, dai quali è dato desumere l'esistenza di un principio di adeguamento del contratto, in considerazione dello svolgersi del rapporto nel tempo, che trova espressione in regole specifiche, alcune delle quali appena ricordate, caratterizzanti i numerosi tipi contrattuali disciplinati dal codice²⁰.

Non ci si può sottrarre così a un interrogativo che appare oggi cruciale, sulla stessa natura del contratto assunto a modello della disciplina generale contenuta nel codice civile; una natura tutt'altro che monolitica, rispetto alla molteplicità delle vicende commerciali, che finiscono per ridefinire le tipologie negoziali (muovendo dalla considerazione prioritaria, come è stato correttamente da tempo evidenziato in dottrina, della "operazione economica"²¹), come emblematicamente dimostra la stessa normativa in tema di sopravvenienze e gestione del rischio contrattuale, allorché delimita l'ambito di applicazione della norma ai contratti di durata²².

¹⁹ È noto che la dottrina italiana più autorevole ha avvertito l'espressione contratti d'impresa come una "categoria, o almeno come nozione meritevole di distinta valutazione" (così G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 629, dove si scorge, fra l'altro, il nesso con i contributi resi in epoca ben più risalente dall'A., nello studio di rapporti contrattuali caratterizzati da uno strettissimo collegamento con l'organizzazione dell'attività economica imprenditoriale: G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 146 e 277, nonché ID., 1944, I, 17 e, dopo l'unificazione dei codici, il tema veniva rielaborato da A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, 3^a ed., Padova, 1962, 94 ss.).

²⁰ Ci si permette di rinviare, per l'articolazione del ragionamento, ancora al richiamato contributo monografico, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., spec. 71-168; la riflessione è successivamente ripresa, condividendone l'impostazione di fondo, da E. ROPPO, *Il contratto*, cit., 1041 ss.; sempre nella trattatistica sul contratto, per analoghe considerazioni, in relazione alla questione della "revisione" del contratto, cfr. R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato Sacco*, II, Torino, 2004, 722 s.

²¹ E. GABRIELLI, *"Operazione economica" e teoria del contratto*, Milano, 2013.

²² Da un altro punto di vista, inteso a superare la tendenza all'isolamento e all'autoreferenzialità del discorso giuridico, valorizzandone al contrario le inevitabili (e per altro verso, assai proficue) interferenze con le scienze sociali ed economiche, si comprende come la dottrina più recente, sia andata alla ricerca di una sorta di saldatura fra il principio appena enunciato e alcune teorie di origine, rispettivamente, sociologica (in particolare, quella dei c.d. *relational contracts*, maturata in area nordamericana negli anni Sessanta) ed economica. La prima prospet-

Il contratto come vicenda economica proiettata nel tempo della sua realizzazione rende inevitabile l'incontro e il confronto con la realtà dell'impresa – se si preferisce, più in generale dell'attività economica – rispetto alla quale il contratto prende concretamente forma (non a caso, la dottrina ha elaborato la menzionata formula della “operazione economica”). Nella variegata tipologia dei contratti di durata, ovvero caratterizzati dall'esecuzione prolungata nel tempo e, in ogni caso, dall'obiettivo (*rectius*, interesse) dei contraenti di realizzare un determinato programma, si realizza infatti, solitamente, l'attività d'impresa – prima ancora, essa viene ‘programmata’ –, confidando che la ‘programmazione’ contrattuale sia sufficiente ad assicurare (anche) la gestione delle problematiche determinate dalle modifiche delle circostanze rilevanti (e incidenti sull'equilibrio economico tra le prestazioni), attraverso pattuizioni, che prevedano idonei meccanismi di soluzione delle controversie.

Per un verso, appare difficile negare, considerando la sistematica del diritto dei contratti presente nel codice, lo scollamento di tale tipologia negoziale, in cui il contratto rivela la sua natura di strumento dell'attività d'impresa rispetto al modello codicistico del contratto come modo di acquisto della proprietà o, comunque, quale mezzo tecnico per il trasferimento volontario dei diritti. Per altro verso, sembra incontrovertibile la constatazione, secondo la quale la disciplina generale si rivela costruita interamente su quest'ultimo modello, mentre la realtà dell'impresa e, di conseguenza, del contratto quale strumento per l'esercizio dell'attività economica aziendale, rimarrebbe nelle pieghe della normativa dettata con riferimento ai “singoli contratti”. Non si può del resto negare che, nella prospettiva intesa a valorizzare l'attività d'impresa, il ‘programma’ finisca per incrociare i requisiti tradizionali e generali della causa e dell'oggetto, connotando il contratto in chiave funzionale (si direbbe, dal punto di vista della sua causa in concreto), ma anche in termini di oggetto, nel senso del risultato avuto di mira dai contraenti e dunque, ancora una volta, del loro concreto interesse.

tiva era indicata già, oltre un ventennio addietro, nella già menzionata ricerca, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., spec. 1-69, ed è stata sviluppata, in chiave anche comparatistica, da M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, spec. Cap. II, 89-140; da ultimo, si veda l'approfondito studio monografico sul tema di A.F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017, con particolare riferimento alla tutela della “relazione” alla luce delle regole dell'adeguamento (Cap. III, 141 ss.), così come alla “gestione relazionale del contratto” (Cap. IV, 267 ss.). Nella diversa prospettiva, più marcatamente di *Economic Analysis of Law*, con riferimento alla ricostruzione proposta da alcuni studiosi in termini di “incompletezza” dei contratti, cfr. G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti fra economia e diritto*, Padova, 2000, 140 ss.; nonché A. FICI, *Il contratto “incompleto”*, Torino, 2005.

3. *Tecniche e strumenti per l'adeguamento e la rinegoziazione, in funzione conservativa del rapporto in corso di esecuzione*

Alla luce delle considerazioni appena svolte, il legislatore della riforma dovrebbe così interrogarsi, in primo luogo, sulla possibilità e opportunità di novellare la disciplina generale del contratto, facendo tesoro degli spunti ricostruttivi forniti dalla normativa in tema di singoli contratti interna al tessuto del codice civile, nonché dalla legislazione 'settoriale', che ha contribuito a innovare in modo decisivo il sistema negli ultimi decenni.

Nella materia delle sopravvenienze e dei relativi 'rimedi', ossia delle (diverse) tecniche idonee a gestire il rischio contrattuale, la risposta positiva al quesito appena evocato e, di conseguenza, la tendenza a favorire le soluzioni 'conservative' del contratto (rispetto a quelle estintive) sembrerebbero oggi quasi scontate, anche in considerazione degli approfondimenti dottrinali che, da diversi punti di vista, hanno contribuito a far luce sul tema, offrendo la necessaria conferma, sul piano della razionalità sistematica, alla proposta modificativa e/o integrativa prevista dal disegno di legge delega, incentrata sulla figura dell'adeguamento, anche mediante la "rinegoziazione" del contratto.

Prima di formulare una proposta modificativa della disposizione di cui all'art. 1467 c.c., sulla base del disposto di cui al detto disegno di legge delega (*infra*, n. 4), si cercherà perciò di evidenziare, in forma necessariamente sintetica, il fondamento sistematico della rinegoziazione e dell'obbligo di rinegoziare, attraverso il quale si potrebbe (o dovrebbe) rendere più moderna la normativa. Il ragionamento può oggi arricchirsi con gli spunti derivanti da alcune recenti esperienze di 'ri-codificazione' del diritto generale dei contratti, dalle quali risulta confermata la sensazione che i tempi sono maturi per rivedere, anche in modo profondo, alcune tra le più consolidate costruzioni teoriche e sistematiche del diritto civile.

Se, nonostante la collocazione apparentemente subordinata del rimedio perequativo della *reductio ad aequitatem* nell'art. 1467, comma 3 c.c. – rispetto all'opzione obbligata, per così dire, della domanda di risoluzione del contratto da parte del contraente onerato, di cui al primo comma -, può dirsi sufficientemente fondata l'idea della propensione dell'ordinamento verso l'adeguamento del contratto in corso di esecuzione, non deve meravigliare che abbia incontrato il favore di buona parte della dottrina – se non altro, quella che ha effettivamente approfondito lo studio del tema²³ – anche l'i-

²³ Ai lavori già menzionati possono aggiungersi: V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; C. D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale* a cura di R. TOMMASINI, Torino, 2003, 491; T. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 1095 ss.; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006; più di

potesi di un obbligo di rinegoziare di fonte legale²⁴.

Tale obbligo non si porrebbe, almeno in linea di principio, in contrasto con la normativa della risoluzione per eccessiva onerosità di cui all'art. 1467 c.c., evidentemente pensata per disciplinare fattispecie e tipologie negoziali consone al contratto che la tradizione civilistica ha assunto come modello per la costruzione della disciplina generale (di cui s'è detto, *supra* n. 2), ma opererebbe in autonomia, o se si preferisce in parallelo, a tale disciplina – ci si è riferiti, non a torto, a “sopravvenienze atipiche”²⁵ – in forza di disposizioni normative intese a propiziare l'adeguamento del contratto (indipendentemente dall'implicazione necessaria del passaggio attraverso l'obbligo di rinegoziare) ovvero delle regole generali che ruotano intorno ai criteri valutativi della buona fede (in particolare, in materia di interpretazione e di esecuzione del contratto, rispettivamente artt. 1366, 1375) e dell'equità (in tema di integrazione del contratto, art. 1374)²⁶. È del resto difficilmente contestabile la

recente, C. CREA, *Connessioni tra contratti e obblighi di rinegoziare*, Napoli, 2013; S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2016, 179; in senso esplicitamente critico: A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, 710; G. SICCHIERO, voce *Rinegoziazione*, in *Dig., civ.*, Aggiornamento, II, 2003, 1200; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; ID., voce *Rinegoziazione* (dir. civ.), in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento, XV, Roma 2007, 1; ID., *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 347; da ultimo, ID., *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, di prossima pubblicazione.

²⁴ L'interesse per il tema maturato negli ultimi anni e la vivacità del dibattito che i temi della revisione, della rinegoziazione e dell'obbligo di rinegoziare hanno suscitato fra giuristi di diversa formazione ed estrazione – tanto culturale e metodologica, quanto generazionale, nel nostro come del resto in altri ordinamenti – potrebbero essere già di per sé sufficienti a dimostrare che il discorso merita comunque una seria riflessione. Soltanto per completezza informativa, si ricorda la diversa opinione di chi ha scritto che l'inconsistenza giuridica di detto obbligo, ma anche la sua prevedibile sempre maggiore fortuna nei sistemi giuridici contemporanei, si risolverebbero in un consolante effetto terapeutico per lo spirito (per di più gratuito), nel senso che «fa sentire più buoni e non costa nulla» (così M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 487, spec. 501. Il punto viene ripreso e sviluppato dallo stesso a. in *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, Cap. III, 201-255).

²⁵ R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 722 s., il quale specifica che “se il codice civile italiano non menziona espressamente la sopravvenienza generica, il sistema preso nel suo insieme non lascia l'interprete completamente senza aiuto” (p. 723).

²⁶ Al di là del dato testuale normativo, occorrerebbe convincersi che l'attivazione del rimedio “può rientrare nello spirito – anche se non sempre nella lettera – dell'art. 1467. La riduzione ad equità – si è detto, pertanto – assumerà un valore qualitativo piuttosto che quantitativo. Ma l'equità esige che si faccia un passo avanti. L'equità esige che nei contratti a durata particolarmente lunga, conformati a scelte operative condizionate dalla situazione dei luoghi, della tecnologia e del mercato, si sottintenda una clausola di rinegoziazione, in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato o opportuno”. Sono ancora le espressioni di R. SACCO, *Il contratto*, cit., 723.

considerazione, espressa lapidariamente secondo lo stile dello studioso, che “[l]a risoluzione uccide il rapporto contrattuale. La rinegoziazione dovrebbe servire a curarlo”²⁷. Se si volesse perseguire tale obiettivo, si aggiunge, “gli italiani partono favoriti in virtù degli artt. 1366, 1375, e, soprattutto, in virtù dell’art. 1374”²⁸.

A fondamento dell’apertura nei confronti delle potenzialità applicative (ed espansive) dell’art. 1374 c.c. vi è la convinzione – invero pienamente condivisibile, se non altro in quanto avvalorata da una vicenda culturale maturata essenzialmente a cavallo degli anni Sessanta/Settanta del secolo appena trascorso e caratterizzata dal recupero in chiave costituzionale delle norme relative a buona fede ed equità²⁹, da considerare peraltro un’acquisizione che ha raggiunto un sufficiente radicamento nel diritto vivente³⁰ – che l’aver il legislatore fatto uso del criterio dell’equità, tipizzando la relativa forma di tutela nella disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità (artt. 1467, comma 3 e 1468 c.c.), non obbliga “a ritenere che l’art. 1374 non possa generare rimedi equitativi ulteriori, rispetto alla risoluzione e alla riduzione”³¹.

La riflessione sull’obbligo di rinegoziare, quale tecnica normativa operante in funzione dell’adeguamento del contratto, conferma indirettamente che l’idea della rilevanza giuridica eccezionale delle sopravvenienze, chiave di lettura tradizionale dell’art. 1467, varrà soltanto allora – e a tutto concedere – per quel che concerne la “risoluzione” del contratto, nel senso che lo scioglimento del contratto per la sopravvenienza di eventi impreveduti (e nella fattispecie normativa anche “imprevedibili” oltre che “straordinari”) costituisce la risposta dell’ordinamento in presenza di presupposti eccezionali, mentre quelle definite,

²⁷ R. SACCO, *op. loc. cit.*

²⁸ R. SACCO, *op. loc. cit.*

²⁹ Emblematicamente, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969 (ristampato, con una significativa prefazione nel 2004).

³⁰ Com’è a tutti noto, la giurisprudenza della Cassazione ha dato, nell’ultimo decennio, un significativo contributo all’affermazione delle idee proposte dai civilisti più lungimiranti negli anni Sessanta e Settanta, in termini di effettività, ossia di “diritto vivente”: fra i più noti *leading cases* in materia, figura il celebre “caso Fiuggi”, deciso da Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, 1296.

³¹ R. SACCO, *Il contratto*, cit., 722. L’autorevole fonte dottrinale richiamata, che aveva condiviso l’impostazione metodologica e i risultati del già ricordato lavoro monografico di chi scrive, è stata seguita da altri studiosi del contratto, valorizzando l’obbligo di buona fede (nell’esecuzione, ma anche nell’interpretazione del contratto) per i casi in cui la rinegoziazione non sia stata espressamente pattuita. Si vedano, ad esempio, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, 638, spec. nt. 19 e 639), riprendendo il tema della rinegoziazione nel successivo volume, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, 2005, 70, 76; nonché E. ROPPO, *Il contratto*, cit., 1046; G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell’equità*, in *Vita not.*, 2002, 611 (nonché in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, e in *Studi in onore di U. Majello* a cura di M. COMPARTI-S. MONTECELLI, I, Napoli, 2005, 11); ID., *Appunti sulla buona fede integrativa*, in *I Contratti*, 2001, 723.

con la già ricordata suggestiva formulazione³², sopravvenienze “atipiche” (in quanto non integranti gli estremi dell’art. 1467 c.c.) costituirebbero, volta per volta, i presupposti per la produzione di una regola preferibilmente rivolta alla modificazione correttiva del contratto. Un’ipotesi, quest’ultima, che il modello (assunto come espressivo del contratto “in generale”) dell’art. 1467 c.c. sembra invece confinare in un angolo, in virtù della stessa costruzione della disposizione normativa (che lascia alla sola parte favorita la scelta di optare per la *reductio ad aequitatem*, soltanto dopo che la parte onerata abbia deciso imboccato la via estintiva, domandando la risoluzione, con l’onere di provare l’esistenza di tutti i requisiti per giungere allo scioglimento del contratto).

Va da sé che correzione o manutenzione del contratto – quali soluzioni s’è detto preferibili e, di fatto, preferite dall’ordinamento, ove si condivida il ragionamento sin qui svolto – impongono una particolare considerazione dell’intervento giudiziale che, lungi da ‘rifare’ il contratto al posto delle parti³³, è chiamato a dirimere controversie facendo uso di criteri elastici che, pur sempre fissati dal legislatore *ex ante* – talvolta con le formulazioni più ampie che possono far capo, emblematicamente, alla buona fede e all’equità, mentre altre volte gli stessi concetti vengono maggiormente circostanziati, con riferimento alle vicende del mercato in cui il contratto si colloca -, potrebbero dare l’impressione di trovarci al cospetto di un contratto ‘assistito’ (non soltanto dal legislatore, ma anche) dall’autorità giudiziaria, apertamente criticato da chi ritiene che la disciplina del rischio contrattuale non debba in alcun modo condurre a ‘deresponsabilizzare’ i contraenti³⁴.

³² R. SACCO, *Il contratto*, cit., 722.

³³ Un’espressione, quest’ultima, che di tanto in tanto si legge, ma che, a ben vedere, si risolve in un inutile e riduttivo slogan, che preclude qualsiasi serio dibattito scientifico su un tema centrale della cultura giuridica attuale, messo perfettamente a fuoco nel recente contributo di N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, ove, nel modo più esemplare e autorevole, si affrontano le questioni nodali del dibattito attuale, ben avvertito anche dalla più significativa cultura giurisprudenziale delle corti (si vedano gli articoli pubblicati nel numero monografico della rivista *Questione giustizia*, dedicato al tema “Il giudice e la legge”, 2016, n. 4).

³⁴ L’impossibilità di fondare l’obbligo di rinegoziazione sulla clausola generale della buona fede è stata esplicitamente affermata, fra le voci più autorevoli, da A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., 710, secondo il quale “se non è trasferito da clausole apposte al patto [...] il rischio deve restare a carico della parte su cui incide, come espressione dell’originario calcolo di convenienza”, mentre per altro verso l’obbligo non sarebbe giustificato neanche da ragioni di efficienza, poiché “[f]ar sapere agli imprevidenti e agli sfortunati che la legge li trarrà dai guai scaricando sulle controparti i sovracosti, incentiva i loro azzardi e disincentiva i loro interlocutori”; in senso contrario, è stato già ricordato anche il contributo di F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., 83 ss.

4. *Recenti esperienze di codificazione delle norme in tema di adeguamento e rinegoziazione del contratto "in generale": spunti per la riforma del codice civile*

Nelle battute conclusive delle considerazioni svolte, in modo sin troppo sommario rispetto all'ampiezza con cui il tema è stato affrontato dagli studiosi nell'ultimo ventennio o poco più, vale la pena ricordare due esperienze recenti di 'ri-codificazione', che hanno dato rilievo anche alla problematica in esame, mostrando una qualche convergenza – ancorché le modalità tecniche siano inevitabilmente diverse, a beneficio peraltro dell'arricchimento dello scenario del quale può oggi disporre il nostro legislatore, ove davvero intenda procedere all'ipotizzata riforma -, alle più redenti tendenze culturali (da ultimo evidenziate con riferimento alle esperienze di *soft law*, consegnate ai *Principles*, elaborati dalla più avanzata dottrina europea nell'ultimo ventennio o poco più) e alle indagini degli studiosi maggiormente sensibili alle esigenze di "modernizzazione" della disciplina generale in materia di sopravvenienze e gestione del rischio contrattuale.

In primo luogo va ricordato il legislatore francese, cui si faceva menzione già in apertura, che ha inserito nella "sezione" dedicata a "*Les effets du contrat entre les parties*", sotto-sezione intitolata a "*Force obligatoire*" – dopo le disposizioni, dalla lunghissima tradizione civilistica di cui agli artt. 1193 (*Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise*) e 1194 (*Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi*) – la nuova, o se si preferisce 'nuovissima' disposizione dell'art. 1195: [comma 1] *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.* [comma 2] *En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe*".

Si è detto, nei primi commenti dottrinali, che il legislatore avrebbe determinato una sorta di "*consécration de l'imprévision*" – per lungo tempo, s'è detto, considerata assolutamente irrilevante e dunque estranea alla disciplina generale del contratto tra privati (v. *supra*, n. 1), lasciando da parte la lungimiranza di voci isolate, che hanno segnato la storia della cultura giuridica in Francia nell'ultimo secolo e che, già negli anni Sessanta, avevano indicato le diverse alternative che si sarebbero potute adottare per dare ingresso anche

in Francia alla *revision* del contratto ad esecuzione differita³⁵ – ma il dato più interessante attiene al modo con cui il legislatore francese abbia coraggiosamente deciso di voltare pagina, in termini davvero radicali (rispetto alla ricordata tradizionale irrilevanza delle sopravvenienze), muovendosi nella direzione dei rimedi “manutentivi” del contratto e affidandosi, all’esito infausto dell’attività negoziale dei contraenti, alla valutazione del giudice, al quale è dato il compito di “revisionare” o, con espressione forse tecnicamente migliorabile, “mettere fine” al contratto³⁶.

La seconda esperienza significativa per la comparazione, sostanzialmente contemporanea alla riforma francese, è quella del rifacimento – si noti, integrale e non limitato al diritto dei contratti, con la scelta politica di fondere codice civile e di commercio in un’unica codificazione, secondo il modello italiano del 1942 – del codice argentino, nel quale compare una norma davvero innovativa, rispetto alla tradizione codicistica, che il legislatore argentino ha voluto esplicitamente dedicare ai contratti di lunga durata – la rubrica è *Contratos de larga duración* -, ponendola all’interno (più precisamente, in chiusura) del “Capítulo 5”, relativo alla materia dell’ “Objeto” (del contratto, in generale)³⁷.

³⁵ J. CARBONNIER, *Théorie des obligations*, Paris, 1963, 253 ss., spec. 262, il quale espone, come sempre con estrema chiarezza e linearità, un ragionamento fondato su: «un esprit d’association entre les deux parties au contrat successif – e sempre riportando le parole dell’a. – il n’est pas absurd de soutenir que toutes deux doivent coopérer, pour surmonter la crise survenue dans l’exécution du contrat. Cette formule de *collaboration* – prosegue l’A. – qui paraît rendre le mieux raison du système suivi en droit administratif. Elle implique des conséquences pratiques particulières: 1° Il n’y a pas lieu immédiatement à une revision autoritaire par le juge; il faut d’abord inviter les parties à rechercher entre elles un accord amiable; 2° A défaut d’un tel accord, le juge doit procéder non pas à un rééquilibrage mathématique du contrat, mais à un règlement équitabile, transactionnel, où les deux intéressés seront appelés à contribuer aux pertes».

³⁶ Per una prima riflessione sulla riforma, cfr. *sub art.* 1195, nel commentario *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, a cura di O. DESHAYES-T. GENICON-Y.M. LAITHIER, 2° ed., Paris, 2019; prima dell’entrata in vigore della riforma, P. STOFFEL-MUNCK, *L’imprévision et la réforme des effets du contrat*, in *Revue des contrats*, 2106, hors-série, 30; M. MEKKI, *De l’imprévisible changement de circonstances à l’imprévisible immixtion du juge? Analyse du nouvel article 1195 du Code civil*, in *BRDA* oct. 2016; T. REVET, *Le juge et la révision du contrat*, in *Revue des contrats*, 2016, 373; nella nostra dottrina, si può rinviare alle riflessioni di V. DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell’introduzione dell’imprévision nel code civil francese*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, 392; nonché E. TUCCARI, *Prime considerazioni sulla “révision pour imprévision”*, in *Persona e mercato*, 2018, 1130; in termini più generali, AA.VV., *La riforma del code civil: una prospettiva italo-francese*, a cura di D. VALENTINO, Napoli, 2018, 171.

³⁷ Segnala il carattere decisamente innovativo della norma, nella dottrina argentina più autorevole, R.L. LORENZETTI, *Nuovo codice civile e commerciale della Repubblica Argentina*, cit., 402, al quale si deve l’approfondimento sul tema in *Tratado de los contratos. Parte general*, Buenos Aires, 2004, 74, ove si confronta il modello del “*contrato instantáneo y de larga duración*”, evidenziando la diversa “*reciprocidad estática y dinámica*”, nel senso che nei contratti in esame “*el objeto es una envoltura, un cálculo probabilístico, un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior con finalidades adaptativas*”, determinandosi quella dinamicità nel rapporto, secondo l’A., “*típicamente relational*” (p. 76); cfr. altresì, sempre dell’A. citato,

La nuova disposizione recita: “*En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos*”³⁸. In un altro luogo del codice, si rinviene invece la disciplina della “*frustración de la finalidad*”³⁹ e della “*imprevisión*”⁴⁰.

Nel confronto con le nuove norme che i legislatori francese e argentino hanno avuto il coraggio di inserire nel codice civile⁴¹, si comprendono ancora meglio i limiti del meccanismo conservativo previsto dalla norma italiana – il già ricordato art. 1467 c.c., con specifico riferimento al terzo comma –, affidato

Tratado de los contratos, Tomo I, 2ª ed., Buenos Aires, 2004, 113 ss., ove si esaminano più diffusamente i diversi aspetti della tipologia contrattuale in esame, prima che approdasse, con la riforma, alla regola ora codificata.

³⁸ Con particolare riferimento alla soluzione argentina, una considerazione potrebbe attenerne, nella prospettiva dello studioso del diritto privato consapevole e rispettoso della tradizione civilistica italiana, alla scelta sulla collocazione sistematica, avendo il legislatore optato per un luogo – quello delle norme generali sull’oggetto del contratto, di cui agli artt. 1003-1011 – che fa comprendere come la categoria classica (del diritto civile) interessata più da vicino dalle vicende dei “*contratos de larga duración*” si identifichi con uno degli elementi essenziali della fattispecie contrattuale, ossia l’oggetto: elemento fondamentale del contratto, che si atteggia in modo particolare, in considerazione della durata del rapporto, dal momento che – riportando testualmente l’espressione utilizzata – “*el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto*”. A completamento della premessa normativa, il legislatore ritiene opportuno esplicitare, in modo che potrebbe apparire *prima facie* ultroneo, il significato della realizzazione dell’oggetto nel contesto della lunga durata, ossia “*de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar*”.

³⁹ Si tratta dell’art. 1090: *La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.*

⁴⁰ La norma è nell’art. 1091: *Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.*

⁴¹ Si noti peraltro che, in area sudamericana, il diritto colombiano conosce da oltre quarant’anni la revisione del contratto a seguito delle sopravvenienze imprevedibili (per una trattazione di sintesi, F. MANTILLA-ESPINOSA, *L’introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport Colombien*, in *Revue droit civil*, 2010, 1047).

all'iniziativa della parte avvantaggiata, ossia quella contro la quale è richiesta la risoluzione, che ha la possibilità di evitare la risoluzione mediante l'offerta di un'equa modificazione delle condizioni del contratto – soluzione, si noti, ripresa pressoché alla lettera da altre recenti operazioni di ri-codificazione, come nel caso del codice brasiliano del 2002, all'art. 479 – e che, s'è detto, non appare sufficiente a dare una risposta efficace, se non altro in linea con le esigenze e le dinamiche della contrattazione commerciale finalizzata a dar vita a rapporti di durata (che il legislatore argentino ha voluto ulteriormente qualificare come *de larga duración*).

Il rapido riferimento alle due esperienze riformatrici più recenti dovrebbe aiutare a ritenere che l'esplicitazione dell'obbligo di rinegoziare, quale scelta coraggiosa del legislatore riformatore⁴², meriti piena condivisione, in quanto impone all'interprete di collocarsi all'interno della dinamica del contratto di durata, caratterizzata dal diritto di "*demandar une renégotiation du contrat à son cocontractant*" – per riportare l'espressione del legislatore francese – e dalla facoltà delle parti, "*en cas de refus ou d'échec de la renégotiation*" di "*demandar d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat*".

Si diceva che decisivo diventa il ruolo del giudice, chiamato a un compito – specialmente quando è in gioco l'adeguamento (*adaptation* o *adecuación*) e non soltanto la valutazione delle condotte dei contraenti ai fini della decisione sullo scioglimento del contratto – cui non è abituato (se non altro considerando la tradizione franco-italiana, che ha certamente inciso anche sulla cultura giuridica argentina e sudamericana in genere), in materia contrattuale.

Strettamente connesso alla funzione giurisdizionale, in un certo senso arricchita di compiti per garantire effettività alla tutela della parte interessata alla conservazione del vincolo contrattuale, è inoltre il rilievo, che può dirsi risultato oramai definitivamente acquisito nell'ordinamento, delle clausole generali, *in primis* la buona fede e la correttezza⁴³, senza dimenticare la rilevanza del richiamo all'equità, rispetto alla quale, pur non potendosi discorrere di clausola generale in senso proprio, si pone comunque un problema di valutazione del risultato di una decisione ad alto grado di discrezionalità, così come accade del resto nella valutazione della correttezza, ai fini della necessaria 'concretizzazione' della norma espressa dalla clausola generale).

È sin troppo evidente, a questo punto, che il potere/dovere del giudice di 'intervenire' nella dinamica esecutiva del contratto, per consentirne la prosecu-

⁴² Si noti, giusto per una maggiore ampiezza dello sguardo comparativo, che la "modernizzazione" tedesca del BGB, avvenuta nel 2002, non era giunta a esprimere la sussistenza dell'obbligo, suscitando tuttavia un acceso dibattito sul punto (ci si permette di rinviare ai riferimenti in F. MACARIO, voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, cit.).

⁴³ Va ricordato, in tal senso, il duplice riferimento, nella disposizione del codice argentino, a "*la oportunidad razonable de renegociar de buena fe*", che si completa con la (insolita) menzione del rischio di incorrere nell' "*ejercicio abusivo de los derechos*".

zione grazie alla modificazione delle sue condizioni (non più attuabili secondo le previsioni originarie delle parti), non potrà più essere negato sulla base di pregiudiziali e generiche affermazioni, che fanno capo alla c.d. “intangibilità del contratto” e/o al ruolo giudiziale (esclusivamente) “esterno” al regolamento d’interessi concordato tra le parti, invero sempre meno espressive della più accreditata dottrina civilistica, così come della migliore giurisprudenza delle corti⁴⁴.

Da ultimo, con riferimento alla “delega al Governo per la revisione del codice civile” (DDL Senato 1151) e alla prevista disciplina del “*diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l’adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti*”, si può notare che dovrebbe trattarsi – ove mai la riforma vedrà la luce – di un’integrazione (piuttosto che di una mera revisione) della disciplina dell’eccessiva onerosità sopravvenuta, che tuttavia imporrebbe una modifica dell’intitolazione del relativo “capo” (il XIV del Titolo II), nel senso di esplicitare la rinegoziazione, l’adeguamento e, da ultimo, la risoluzione del contratto a seguito di eventi straordinari (quale sinonimo dell’espressione “eccezionali” ora utilizzata dal DDL) e imprevedibili.

Il diritto di chiedere alla controparte la rinegoziazione, secondo buona fede, deve essere esercitato in via preliminare – in un certo senso, in termini di onere per la parte interessata all’adeguamento – rispetto al ricorso al giudice, che rimane subordinato al mancato accordo. L’aggiunta, invero piuttosto pleonastica, della “buona fede” (nel rinegoziare preteso dalla controparte), induce a ritenere che la “pretesa” della rinegoziazione debba essere ben circostanziata, nella richiesta rivolta all’altro contraente, con riferimento alle pattuizioni effettivamente incise dalle “cause eccezionali e imprevedibili”, ma che si debba, in primo luogo, consentire alla controparte un lasso di tempo ragionevole, in relazione alla natura dell’affare, per organizzarsi e condurre una rinegoziazione effettiva e, dunque, potenzialmente produttiva dell’accordo modificativo.

Delle modalità con le quali, in concreto, è stato esercitato il diritto e alla facoltà del richiedente è stato dato seguito, dovrebbe tenere conto il giudice, qualora allo stesso ci si dovesse rivolgere come *ultima ratio* (ossia “in caso di mancato accordo”, secondo la disposizione in esame). Ciò significa, tuttavia, porsi anche il problema della valutazione delle condotte da parte del giudice, in funzione dell’eventuale condanna al risarcimento del danno per inadempimento all’obbligo di rinegoziare (secondo buona fede). L’adeguamento giudiziale, in effetti, finisce per realizzare la ‘tutela in forma specifica’ della parte

⁴⁴ In argomento, tra i contributi più recenti cfr. C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in www.iuscivile.it, 2018, 396 ss.

avente diritto, ma il pregiudizio sofferto per la condotta scorretta tenuta dalla controparte non dovrebbe rimanere assorbito dall'adeguamento giudiziale, che pertanto potrà essere affiancato dalla condanna alla riparazione del danno, se richiesta, evidentemente da liquidare in via equitativa⁴⁵.

⁴⁵ Se, all'esito delle considerazioni sin qui svolte, si dovesse tentare di abbozzare la riforma della disciplina delle sopravvenienze nel contratto in generale, le nuove disposizioni potrebbero avere il seguente tenore.

CAPO XIV – DELLA RISOLUZIONE E DELL'ADEGUAMENTO DEL CONTRATTO
– Sezione III – Dell'eccessiva onerosità

Art. 1467 – Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare all'altra parte di rinegoziare le condizioni del contratto, al fine di ripristinare la proporzione fra le prestazioni originariamente convenute tra le parti.

2. In caso di rifiuto della richiesta o inerzia della parte non onerata ovvero di mancata conclusione dell'accordo modificativo in un tempo ragionevole in relazione alla natura dell'affare, la parte onerata può chiedere al giudice di accertare la sussistenza dei presupposti di cui al comma precedente e, in caso positivo, modificare equamente le condizioni originarie, considerata anche l'alea normale del contratto e salvo il diritto al risarcimento del danno per inadempimento all'obbligo di rinegoziare in buona fede, di cui al comma precedente.

3. La richiesta della parte onerata non legittima la sospensione dell'esecuzione del contratto, salvo che il giudice, valutate le circostanze e gli interessi dei contraenti alla modificazione delle condizioni del contratto, non disponga in tal senso, su domanda della parte richiedente anche in via cautelare e urgente.

4. Qualora una delle parti non adempia agli obblighi relativi alle condizioni del contratto modificate, per effetto della rinegoziazione ovvero della decisione del giudice, l'altra parte può domandare la risoluzione del contratto, salvo il risarcimento del danno da inadempimento.

PIETRO SIRENA

PROSPETTIVE DI RIFORMA CODICISTICA DELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1. La tradizione romanistica e le sue contraddizioni. – 2. La riforma del *Code civil* francese e del BGB tedesco. – 3. L'impatto della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci e delle direttive europee sulla garanzia del venditore. – 4. Il rapporto tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale.

1. *La tradizione romanistica e le sue contraddizioni*

Nell'ambito di una discussione sulle prospettive di riforma del codice civile, il tema della responsabilità contrattuale non può non assumere uno specifico rilievo, in quanto esso risulta tutt'altro che chiarito non solo dal punto di vista concettuale, ma anche da quello normativo.

In tal senso, è sufficiente richiamare le notevoli controversie dottrinali che si sono sviluppate in ordine alla natura e al fondamento della responsabilità contrattuale, ad es. quanto al ruolo che la colpa del debitore inadempiente e la sopravvenuta impossibilità della prestazione svolgono ai fini del risarcimento del danno e della risoluzione del contratto. Le diverse tesi sostenute a tale proposito da alcuni dei maestri del diritto italiano sono oggi meno frequentate e discusse nella letteratura civilistica, senza che quest'ultima si sia tuttavia fatta carico di chiarire il loro contrasto in modo soddisfacente¹. Si è così manifestato non tanto il disinteresse della dottrina più recente nei confronti di questa problematica, quanto la sua arrendevolezza rispetto a soluzioni compromissorie ed eclettiche, le quali sono spesso elaborate in base al senso pratico e a un'istintiva ragionevolezza, ma non sempre trovano un riscontro univoco e convincente nei dati del diritto positivo. Per fare un esempio che risulterà forse ovvio, si pensi al coordinamento tra l'art. 1218 c.c. e l'art. 1176 c.c., sul quale anche soltanto gli insegnamenti attestati nei manuali istituzionali offrono un quadro estremamente problematico e oscillante².

¹ Per un quadro d'insieme, v. la classica trattazione di L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, ora in ID., *Scritti*, a cura di C. CASTRONOVO-A. ALBANESE-A. NICOLUSSI, II, *Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011, 299 ss.

² A tale proposito, v. soprattutto C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*³, Milano, 2021, 11 ss.

In realtà, si tratta di questioni che non sono risolvibili dal punto di vista interpretativo, perché riflettono la mutevolezza della tradizione romanistica e la complessità della sua evoluzione storica, la quale è insuscettibile di comporsi in un sistema normativo che sia logicamente e sistematicamente coerente³. Non molti altri istituti del diritto positivo hanno dato luogo a un assemblaggio così eterogeneo di soluzioni pratiche e tesi dottrinali, appartenenti a stadi evolutivi della tradizione romanistica che, in realtà, sono lontani secoli l'uno dall'altro. È appena il caso di ricordare che la responsabilità contrattuale del diritto romano classico è estremamente diversa da quella del diritto giustiniano e soprattutto che alcuni dei nodi cruciali di questa materia si sono storicamente definiti ben prima che il contratto in quanto tale fosse “scoperto” dai giuristi occidentali. Le grandi codificazioni civili si sono sforzate di racchiudere tale sviluppo diacronico della tradizione romanistica in un quadro sincronico di diritto positivo⁴; così facendo, esse sono inevitabilmente incorse in fallimenti e contraddizioni, i quali pullulavano nella *sedes materiae* del *Code civil* francese e del BGB tedesco⁵.

2. La riforma del Code civil francese e del BGB tedesco

Si spiega quindi che l'ambizione del legislatore francese e di quello tedesco di modernizzare il proprio codice civile si sia anzitutto manifestata a proposito della disciplina della responsabilità contrattuale, mostrando così la consapevolezza che si trattava di uno dei punti storicamente più deboli di quei grandi testi legislativi, i quali richiedevano alla dottrina e alla giurisprudenza uno sforzo enorme non solo di razionalizzazione, ma anche di supplenza del diritto scritto.

Proprio l'istituto della responsabilità contrattuale, insieme a quello della prescrizione, hanno infatti costituito oggetto di un radicale rifacimento del BGB in occasione della sua *Modernisierung* di inizio millennio. Anche il *Projet de réforme de la responsabilité civile*, che è stato pubblicato dal Ministero francese della giustizia nel marzo del 2017⁶, ha prospettato un non meno significativo

³ La base romanistica della materia è costituita anzitutto dalla dottrina dell'impossibilità della prestazione obbligatoria, in particolare secondo la ricostruzione che ne diede F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, I, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, 1853. A tale proposito, v. J. GORDLEY, *Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 52, 2004, 513 ss.

⁴ J. KLEINSCHMIDT, *Non-Performance and Remedies in General*, in *Commentaries on European Contract Law*, ed. by N. Jansen and R. Zimmermann, Oxford, 2018, 1075 ss.

⁵ A tale proposito, v. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Oxford, 1996, 783 ss.

⁶ http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf

rinnovamento degli articoli del *Code civil* nella materia che qui interessa, così come è più recentemente accaduto a seguito dell'*Avant-projet* belga⁷.

In tali riforme codicistiche, si avverte inequivocabilmente non solo il peso e la pressione della giurisprudenza e della dottrina che hanno sopperito ai vuoti e alle incoerenze del diritto scritto in materia di responsabilità contrattuale, ma anche l'impatto che ha avuto l'evoluzione del diritto uniforme e di quello europeo. È evidente, ad es., che la Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci ha determinato una svolta irreversibile nella disciplina della responsabilità contrattuale, la quale è stata poi recepita e portata avanti dalle direttive europee sulla garanzia del venditore di beni di consumo⁸.

3. *L'impatto della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci e delle direttive europee sulla garanzia del venditore*

Il codice civile italiano è rimasto finora immune dagli ultimi cinquant'anni di evoluzione storica della disciplina della responsabilità contrattuale ed esso risulta quindi non solo attardato e insufficiente, ma anche isolato rispetto al quadro complessivo del diritto europeo. Pertanto, una futura riforma legislativa di tale codice non solo non potrà trascurare il tema che qui interessa, ma lo dovrà anzi affrontare come uno dei suoi punti qualificanti e più impegnativi⁹.

A tale proposito, si deve anzitutto rilevare che l'evoluzione della responsabilità contrattuale degli ultimi cinquant'anni si è sempre più incentrata sulla disciplina delle azioni, o dei rimedi, esperibili dalla parte danneggiata. Tale fenomeno è almeno in parte dovuto alla crescente internazionalizzazione del diritto del contratto e al ruolo trainante che è stato di conseguenza svolto dalla comparazione giuridica. Infatti, nella misura in cui si stacca dalla fattispecie sottostante e dagli effetti giuridici che essa produce sul piano del diritto sostanziale, la disciplina dei rimedi tende a circolare più facilmente tra gli ordinamenti giuridici¹⁰, ad es.

⁷ https://justice.belgium.be/sites/default/files/avant-projet_de_loi_-_voorontwerp_van_wet_-_livre_boek_5.pdf. Per un raffronto tra i due progetti legislativi, v. *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique*, a cura di B. DUBUISSON, Bruxelles-Louvain, 2020.

⁸ Si tratta della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo. A decorrere dal 1° gennaio 2022, essa sarà sostituita dalla direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE.

⁹ In generale, v. i saggi raccolti in *Dal 'Fitness Check' alla riforma del codice civile: profili metodologici della ricodificazione*, a cura di P. SIRENA, Napoli, 2019.

¹⁰ Per un quadro generale, v. S. MAZZAMUTO-A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012; P. SIRENA-Y. ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv.*

prescindendo dai diversi sistemi di trasferimento della proprietà tra vivi.

In particolare, si è assistito a una progressiva unificazione e semplificazione delle azioni (o rimedi) contrattuali, la quale ha rimosso molte incrostazioni storiche che si erano accumulate nei vari passaggi evolutivi della tradizione romanistica. Un fenomeno simmetrico si è del resto verificato nell'ambito del *common law*, il quale tende sempre più chiaramente ad affrancarsi dalla mentalità casistica che l'aveva originariamente caratterizzato e a muoversi verso una razionalizzazione e una consolidazione degli istituti giuridici che non è dissimile da quella propria del diritto europeo continentale.

Rispetto a tali tendenze evolutive il codice civile italiano è chiaramente in ritardo, già in quanto, a rigore, esso non disciplina la responsabilità contrattuale, ma l'inadempimento dell'obbligazione. Questa scelta di fondo crea infatti una serie di problemi teorici e pratici di una certa rilevanza.

In particolare, posto che tanto il risarcimento del danno disciplinato dall'art. 1218 c.c., quanto la risoluzione del contratto disciplinata dall'art. 1453 c.c. si riferiscono all'inadempimento dell'obbligazione, si pone il problema del rapporto di tali rimedi con quelli che la disciplina della vendita prevede per i vizi della cosa venduta ovvero per la mancanza delle sue qualità essenziali o promesse¹¹.

Com'è noto, le azioni che, secondo il linguaggio del diritto romano, si definiscono come edilizie non sono infatti basate sull'inadempimento di un'obbligazione del venditore, bensì sulla garanzia che egli deve prestare per l'integrità materiale e giuridica della cosa venduta¹². Movendo infatti dal concetto di prestazione obbligatoria come comportamento che il debitore è tenuto a eseguire affinché l'interesse del creditore sia soddisfatto, si è tradizionalmente escluso che la mancanza di vizi della cosa venduta possa costituire una prestazione dovuta dal venditore¹³, poiché non si tratta di un comportamento suscettibile

dir. civ., 2012, 359 ss.; L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, 583 ss. Pionieristica al riguardo è stata l'opera di A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*⁴, Milano, 2003.

¹¹ A tale proposito, v. G. D'AMICO, *Contratto di compravendita, effetto traslativo e problemi di armonizzazione*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. NAVARRETTA, Milano, 2007, 517 ss.

¹² Per tutti, v. L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, ora in *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, a cura del medesimo, Torino, 2005.

¹³ V. il classico contributo di L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, ora in *Id.*, *Scritti II*, cit., 385 ss. Il tema è stato nuovamente oggetto di ripetute prese di posizione da parte del giudice di legittimità, segnatamente dal punto di vista delle sue ricadute sulla ripartizione dell'onere della prova nei giudizi di responsabilità contrattuale e sulla natura dei termini stabiliti dall'art. 1495 c.c.; da ultimo, v. Cass., sez. un., 3 maggio 2019 n. 11748 (in *I contratti*, 2019, 373 ss., con nota di T. DALLA MASSARA, *L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 1055 ss., con nota di L. REGAZZONI, *Le Sezioni Unite confermano l'onere probatorio in materia di garanzia per vizi e la distinzione*

di essere tenuto o meno da parte sua, ma di uno stato di fatto che è indipendente dalle sue azioni od omissioni¹⁴. Questo spiega perché una disciplina per certi aspetti analoga sia dettata a proposito della responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata (art. 1578 c.c.) e, soprattutto, per quella dell'appaltatore (art. 1667 c.c.)¹⁵.

Peraltro, prendendo rigorosamente sul serio il concetto di contratto a effetti reali che è utilizzato dall'art. 1376 c.c., si aggiunge che, in virtù del principio consensualistico, la proprietà si trasferisce al compratore per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato, cosicché non nasce neppure un'obbligazione di dare del venditore che sia suscettibile di inadempimento da parte di quest'ultimo¹⁶.

Com'è noto, una parte della dottrina civilistica ha ritenuto che la categoria dei contratti a effetti reali sia stata radicalmente messa in discussione dalla disciplina europea della vendita dei beni di consumo, dato che essa introduce l'obbligazione del venditore di consegnare al compratore beni conformi al contratto di vendita (art. 129, comma 1, cod. cons.), suscitando così l'impressione che sia stata reintrodotta proprio l'antica obbligazione di dare traslativo¹⁷. Al

tra garanzia e obbligazione; in Giur. it., 2019, 1527 ss., con nota di R. CALVO, *Luci e ombre nella cornice del congedo dalla garanzia edilizia*; in *Corr. giur.*, 2019, 744 ss., con nota di G. VILLA, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova rimediazione sulla prova dell'inadempimento*) e Cass., sez. un., 11 luglio 2019, n. 18672 (in *Giur. it.*, 2020, 1343 ss., con nota di A. CIATTI CÀIMI, *L'interruzione della prescrizione per i rimedi edilizi nella vendita*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 56 ss., con nota di G. VERÌ, *Lavori in corso sulla garanzia per i vizi nella vendita*; in *I contratti*, 2019, p. 501 ss., con nota di M. D'ONOFRIO, *Le Sezioni Unite sull'interruzione della prescrizione in ipotesi di "vizi" della cosa venduta: è sufficiente l'intimazione stragiudiziale* e di T. DALLA MASSARA, *Per il ripristino di alcune linee di coerenza sistematica dopo la coppia di pronunce a Sezioni Unite in tema di vendita*; in *Corriere giur.*, 2019, 1025 ss., con nota di R. CALVO, *Difformità, inadempimento del venditore e denuncia del vizio occulto*). Per uno studio d'insieme, v. recentemente F. PIRAINO, *La garanzia nella vendita: durata e fatti costitutivi delle azioni edilizie*, in *Riv. trim. dir. prov. civ.*, 2020, 1116 ss.

¹⁴ L. MENGONI-F. REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 190. Cfr. tuttavia C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*², II, Milano, 1993, 698 ss.

¹⁵ Per una discussione di tali discipline sulla base del diritto romano, v. B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empti e della res locata: inadempimento e rispondenza ex fide bona*, Roma, 2020.

¹⁶ Sulla questione, v. F. AZZARRI, *Il principio consensualistico e le regole della circolazione patrimoniale*, in *L'atto pubblico notarile come strumento di tutela nella società dell'informazione*, a cura di P. SIRENA, ne *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, s.l., 2012, 33 ss. Più in generale, cfr. P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999 e ancor prima C.M. BIANCA, *Riflessioni sul principio consensualistico*, ora in ID., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, II, 1, Milano, 2002, 209 ss., e *Il principio del consenso traslativo*, ora in *op. ult. cit.*, II, 2, 601 ss.

¹⁷ Per un riassunto del dibattito, mi permetto di rinviare a P. SIRENA, *La nozione della vendita: causa e oggetto*, in *Tratt. dei contratti*, I, *Vendita e vendite*, Milano, 2014, 7 ss., spec. nota 9. V. inoltre E.M. LOMBARDI, *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, Milano, 2010.

di là dei dubbi che si possono avere su tale ricostruzione concettuale dei dati del diritto positivo e fermo restando che essa non può comunque valere al di fuori della vendita prevista dal codice del consumo, resta il fatto che la disciplina europea di cui si tratta non è finalizzata a modificare il sistema di trasferimento tra vivi della proprietà, ma ad attribuire al consumatore alcuni rimedi contrattuali che non erano generalmente previsti negli ordinamenti giuridici nazionali (anzitutto, il diritto di riparazione e quello di sostituzione del bene non conforme al contratto).

Come già aveva fatto la Convenzione di Vienna del 1980, alla quale peraltro le direttive europee in questione si ispirano in modo evidente, il punto centrale di tale innovazione legislativa è che la responsabilità contrattuale non è più incentrata sull'inadempimento dell'obbligazione, ma sulla violazione del contratto in quanto tale, la quale prescinde dal tipo di effetti giuridici che esso produce. In ciò si avverte dunque il declino del ruolo svolto dal concetto romanistico di obbligazione e l'indebolirsi dell'egemonia che, grazie alla pandettistica tedesca, il diritto delle obbligazioni aveva conseguito nel diritto privato europeo. È piuttosto il contratto in quanto tale a venire in primo piano e, di conseguenza, è la sua violazione a rilevare direttamente, e non già l'inadempimento di un'obbligazione che esso abbia prodotto¹⁸.

Tale acquisizione si è chiaramente affermata nel BGB modernizzato, divenendo così parte integrante del nuovo diritto tedesco del contratto in generale. Viceversa, il diritto italiano ha sterilizzato la portata innovativa del diritto europeo, relegandolo nel codice del consumo e così indirettamente perpetuando la frammentazione e il particolarismo dei rimedi contrattuali.

Non ci si può quindi non chiedere se il processo più generale di europeizzazione degli ordinamenti giuridici non renda necessario, o comunque consigliabile, seguire in tutto o in parte il modello tedesco, o quanto meno, ove anche non si voglia generalizzare l'ambito applicativo della disciplina europea, risistemare la disciplina codicistica della responsabilità contrattuale in modo da includere nel suo ambito applicativo la consegna di una cosa viziata da parte del venditore, del locatore, dell'appaltatore, ecc., per le quali è dettata oggi una disciplina settoriale e parcellizzata.

4. *Il rapporto tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale*

In una discussione a tutto tondo sulla possibile riforma del codice civile italiano non può non essere affrontato anche il tema del rapporto tra la

¹⁸ A tale proposito, cfr. T. DALLA MASSARA, *Vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale: modelli a confronto*, ora in ID., *Fondamenti e modelli nel diritto della vendita*, Napoli, 2020, 27 ss.

responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale¹⁹.

A tale proposito è senz'altro significativo che sia il *Projet* francese, che l'*Avant-projet* belga di cui si è detto concepiscano la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale come due *species* dello stesso *genus*. Pertanto, tali proposte di legge prevedono una disciplina generale della responsabilità civile, all'interno della quale si collocano poi una disciplina speciale della responsabilità contrattuale, da un lato, e un'altra disciplina speciale della responsabilità extracontrattuale, dall'altro. Pur non pervenendo dunque a un'assimilazione dei due istituti, essi sono così ricondotti in modo evidente a una matrice comune.

Si tratta di una scelta che è condivisibile.

Nel suo originario intendimento romanistico, infatti, la disciplina di ciò che è oggi chiamato responsabilità contrattuale costituiva in realtà uno stato allotropico dell'azione di adempimento. In altri termini, quando il creditore non poteva ottenere la prestazione che gli spettava dal debitore, l'ordinamento giuridico gli consentiva quanto meno di ottenere l'equivalente monetario di tale prestazione (*quanti ea res est*). Il risarcimento del danno contrattuale fungeva dunque da surrogato reale della prestazione dovuta al creditore. In altri termini, il risarcimento del danno contrattuale serviva all'esecuzione in forma specifica delle obbligazioni contrattuali ed era quindi diverso dal risarcimento del danno extracontrattuale.

Tale concezione si riflette, ad es., nell'art. 2058 c.c., il quale prevede e disciplina il risarcimento in forma specifica del danno extracontrattuale, ma non anche di quello contrattuale. Così statuendo, il legislatore italiano ha implicitamente presupposto che, per quanto riguarda il danno contrattuale, si ponga soltanto il problema del suo risarcimento per equivalente, dato che l'obbligazione di per sé legittima il creditore a pretendere l'esecuzione della prestazione che gli è dovuta²⁰.

Fermo restando che tale soluzione è da sempre controversa nel diritto italiano e che una parte della dottrina ha comunque ammesso che anche il danno contrattuale sia suscettibile di essere risarcito in forma specifica²¹, si deve prendere atto che un notevole passo normativo in tale direzione è stato compiuto dal legislatore europeo, il quale ha attribuito al compratore di un bene di consumo che non sia conforme al contratto il diritto alla sua riparazione da parte del venditore.

Poiché la riparazione del bene non conforme al contratto non costituisce chiaramente oggetto dell'impegno traslativo del venditore, essa dà appunto luogo a un

¹⁹ A tale proposito, v. C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale*, 81 ss.; ID., *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 863 ss.

²⁰ S. MAZZAMUTO, *L'inattuazione dell'obbligazione e l'adempimento in natura*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 521 ss.; ID., *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 140 ss. Cfr. tuttavia C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 917 ss.

²¹ Per gli opportuni riferimenti, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, cit., 215 ss.

risarcimento in forma specifica del danno contrattuale subito dal compratore²².

Anche da questo punto di vista, si pone pertanto l'esigenza di ripensare con una certa radicalità il rapporto tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale, tanto più qualora si ipotizzi una riforma organica del codice civile.

²² Cfr. tuttavia A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, 573 ss.; G. AMADIO, *Azione di adempimento e risarcimento in forma specifica*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, I, Milano, 2015, p. 98 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 120 ss.

ANDREA ZOPPINI

LE NORME GENERALI DEL CODICE CIVILE E I CONTRATTI DEI MERCATI REGOLAMENTATI

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Teoria delle fonti, codice civile e regolazione del mercato. – 3. Principi generali e mercati regolamentati. – 4. Categorie del codice civile e interpretazione dei contratti nei mercati regolamentati. – 5. Interpretazione contrattuale e regole comunitarie. – 6. Fattispecie settoriali e interpretazione estensiva – 7. Regolazione del mercato e dialettica pubblico-privato. – 8. Conclusione.

1. *Considerazioni introduttive*

Il tema del rapporto tra le norme generali del codice civile e i contratti dei mercati regolamentati impone un mutamento rispetto alla prospettiva tradizionale, atteso che ci chiede di guardare al diritto privato generale dalla prospettiva, senz'altro esterna, della regolazione del mercato.

Il quesito su cui impernare la riflessione è allora se, in che misura e con quali limiti, le norme del codice civile – a iniziare da quello vigente, poi eventualmente quelle di un futuro codice riformato – possano esprimere principi interpretativi generali anche per la disciplina dei mercati regolamentati. Segnatamente, quale rapporto sussista tra le norme generali del codice civile e la disciplina propria dei contratti dei mercati regolamentati.

Mi proverò a formulare una duplice premessa di ordine metodologico alla mia analisi e, poi, svolgerò quattro punti:

- (i) un punto d'avvio giusrealisticamente significativo del discorso: quanto effettivamente soccorre il codice civile quando si tratta di disciplinare i contratti dei mercati regolamentati (e ciò sarà rilevante anche nella prospettiva del legislatore di una futura riforma);
- (ii) un problema di teoria dell'interpretazione, e cioè se all'interpretazione dei contratti nei mercati regolamentati si applichino le medesime regole di cui ci avvaliamo nell'interpretare le norme del codice;
- (iii) ancóra, se i due comparti facciano appello e siano governati dagli stessi principi generali e dalle medesime norme generali;
- (iv) infine, proverò a formulare una qualche conclusione.

2. Teoria delle fonti, codice civile e regolazione del mercato

La prima delle premesse. Con riferimento all'inquadramento del tema nella cornice d'una prospettica riforma del codice civile mi sia consentita un'osservazione che non intende essere critica ma, semmai, *autocritica*.

Quando ci occupiamo della ricodificazione del codice civile non possiamo non constatare un ritardo veramente significativo – sia qualitativo sia anche quantitativo – nella riflessione della dottrina civilistica italiana, rispetto ai dibattiti proposti dalla dottrina francese o tedesca.

La minore attenzione al tema della riforma del codice non credo possa ascrivere (solo) ai limiti individuali degli interpreti italiani, mentre una spiegazione può cogliersi nella nostra formazione collettiva.

Ricordo che quando proposi al mio Maestro di scrivere un saggio *de iure condendo*, lui non mi scoraggiò in senso assoluto – come era nel suo costume –, ma prese a ricordare il monito dei suoi maestri, primo fra tutti Francesco Santoro-Passarelli, i quali insegnavano che il civilista consegue i propri risultati sul terreno del diritto positivo; perché – dicevano allora, come rammentava il Professor Rescigno – troppo facile sarebbe argomentare soluzioni *de iure condendo*, ove non sussistono gli argini imposti dalle regole vigenti e dalla tradizione consolidata dell'interpretazione del codice¹.

Si tratta d'una opzione culturale, di cui qui non c'è tempo per indagare le ragioni, che non trova parimenti riscontro nella cultura giuridica tedesca. Basti pensare alle giornate dei giuristi tedeschi che regolarmente sono dedicate alla riforma di un singolo settore, e s'intitolano con una formula ricorrente che recita *Deutscher Juristentag – Recht mitgestalten*.

V'è anche un'altra ragione del ritardo culturale. A me sembra che la matrice normativista che ha caratterizzato la scienza giuridica dominante italiana, cioè l'attitudine ad essere interprete ed esegeta di norme descrittive di fattispecie, ha fatto sì che la dottrina – pur con qualche rilevante eccezione – abbia avuto un'oggettiva minor propensione sia a maneggiare i principi sia a governare e ordinare il diritto giurisprudenziale².

¹ V. N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, 81 ss., 123 ss. Sul ruolo del diritto positivo, M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in AA.VV., *Scritti in onore di Angelo Falzea*, I, *Teoria generale e filosofia del diritto*, Milano, 1991, 349 ss.; V. CARIELLO, *Osservazioni preliminari sull'argomentazione e sull'interpretazione "orientate alle conseguenze" e il "vincolo del diritto positivo per il giurista"*, in V. DI CATALDO-V. MELI-R. PENNISI (a cura di), *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, III, *Crisi dell'impresa. Scritti vari*, Milano, 2015, 1713 ss.

² Sul valore dei principi, L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in AA.VV., *I principi generali del diritto* (Atti dei Convegni Lincei, 27-29 maggio 1991), Roma (Accademia Nazionale dei Lincei), 1992, 317 ss. Più di recente, cfr. le considerazioni di N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 36 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*,

Questi aspetti incrociano un duplice momento della tecnica normativa di regolazione del mercato e della teoria dell'interpretazione: da un lato, la dialettica tra *rules* e *principles*, ove vengono preferiti i secondi sulla base di una loro maggiore attitudine a governare con plasticità e adeguatezza la situazione concreta (si pensi, su un piano più generale, alla formazione dei principi di diritto comune europeo che ha largamente soppiantato il progetto di una codificazione continentale di diritto privato³); dall'altro, la capacità di ordinare e sistematizzare il portato della concretizzazione giurisprudenziale – come attesta esemplarmente ancora l'esperienza tedesca –, che impone uno sforzo di analisi critica, che tipicamente si concretizza nella elaborazione delle *Fallgruppen*⁴.

Si tratta di due punti che porto alla riflessione sulle prospettive di riforma del codice civile, ma che mi paiono pure necessari per la comprensione del sistema del diritto dei mercati regolamentati, che si affida principalmente a principi di regolazione e alla concretizzazione del precedente.

3. *Principi generali e mercati regolamentati*

Una seconda premessa.

Lo studioso del diritto privato aspira a governare con la regola generale gli specialismi settoriali. Quest'attitudine, come ben ha mostrato Mario Libertini, spesso confina il *soi disant* teorico generale, ma incapace di governare e approfondire la regola speciale, in un generalismo astratto e sterile, talora a dirittura frustrante⁵.

Non che la teoria generale e i principi generali non abbiano molto da esprimere nel settore dei mercati regolamentati, ma questo impone sempre un approfondimento delle regole speciali che lì valgono. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al radicale rinnovamento che la sentenza *Franzo Grande* della Corte europea dei diritti dell'uomo ha prodotto sull'accertamento dei principi sanzionatori nei mercati regolamentati, segnatamente in quello finanziario

ivi, 2015, 11 ss.; e la diversa prospettiva di A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, *ivi*, 2015, 245 ss. V., altresì, G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1103 ss.

³ P. SIRENA, *La scelta dei Principles of European Contract Law (PECL) come legge applicabile al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 608 ss.

⁴ V. in particolare R. WEBER, *Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1992, 516 ss., la replica di A. BEATER, *Generalklauseln und Fallgruppen*, *ivi*, 1994, 82 ss., e poi ancora lo stesso R. WEBER, *Erwiderung*, che si legge di seguito a 90 ss.

⁵ M. LIBERTINI, *Alla ricerca del "diritto privato generale" (appunti per una discussione)*, in A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, 265 ss.

e poi in quello bancario⁶. Fino a tale pronuncia, un consolidato orientamento giurisprudenziale interno aveva affermato la legittimità costituzionale (anche rispetto alle norme interposte di recepimento della normativa sovranazionale) di un sistema sanzionatorio che per la stessa violazione finanziaria prevedesse una duplice sanzione (e quindi un duplice procedimento), penale e amministrativa⁷. Alla base dell'assunto si sosteneva che il principio del *ne bis in idem* previsto dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della Cedu si riferisse ai meri procedimenti penali, non potendo dunque riguardare le ipotesi di applicazione congiunta di sanzione penale e sanzione amministrativa⁸. Ad avviso dei giudici europei, viceversa, dopo la comminazione di sanzioni da parte del regolatore (nel caso di specie, la Consob), l'attivazione di un giudizio penale sui medesimi fatti violerebbe il principio del *ne bis in idem*⁹. Pur avendo il procedimento innanzi all'*Authority* natura amministrativa, in caso di sanzioni particolarmente afflittive, queste ultime possono essere considerate, sulla scorta dei criteri *Engel*, come misure sostanzialmente penali¹⁰.

⁶ Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014. Per un approfondimento, v. M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. soc.*, 2014, 528 ss.; P. MONTALENTI, *Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la Sentenza CEDU*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 478 ss. Tra le decisioni della giurisprudenza convenzionale che sono risultate in linea con quanto deciso nella controversia *Grande Stevens e altri c. Italia*, v. i casi, *Nykanen c. Finlandia*, 20 maggio 2014; *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, 16 aprile 2019. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia successiva alla decisione della Corte EDU in rassegna, v. Corte giust., C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e altri c. Consob*, 20 marzo 2018.

⁷ Cfr. Corte cost., ord. n. 409/1991 nella parte in cui afferma che “il principio del cumulo delle pene pecuniarie e delle sanzioni penali – quale posto dalla norma censurata – rappresenta, sì, una disciplina differenziata rispetto all'opposto principio della specialità operante in generale per le sanzioni amministrative irrogabili per fatti che integrerebbero anche gli estremi di un reato, ma è nient'affatto irragionevole, né lesivo del principio di eguaglianza, attesa l'assoluta diversità degli illeciti ai quali le due disposizioni si riferiscono e la peculiarità delle violazioni finanziarie, per le quali legittimamente il legislatore – nell'esercizio della sua discrezionalità – può modulare la reazione dell'ordinamento giuridico al comportamento illecito del contribuente con una duplice sanzione, pecuniaria e penale”.

⁸ Corte giust. UE, C-617/10, *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, 26 febbraio 2013; Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37424.

⁹ Sulla mancata violazione del *ne bis in idem* in caso di reazione ordinamentale coordinata e di sufficiente connessione tra procedimenti penali e amministrativi, v. Corte EDU, *A e B c. Norvegia*, 15 novembre 2016; nonché, Corte giust. UE, C-524/15, *Menci*, 20 marzo 2018. In tema, C. DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all'applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, in *federalismi.it*, 2019, 23, 1 ss.

¹⁰ Cfr. Corte EDU, *Engel ed altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976. I criteri che devono guidare l'interprete nell'attribuzione della corretta natura alla sanzione sono, alternativamente, rappresentati: *i*) dalla qualificazione giuridica della sanzione secondo il diritto interno; *ii*) dalla natura dell'illecito; *iii*) dal grado di severità della sanzione. In tema, v. E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti a doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2018, spec. 52 ss., 157 ss.

L'esempio appena prospettato mi pare prodromico a comprendere che la dialettica concettuale costruita sul rapporto generale *vs* speciale e poi sul tema della decodificazione – che, come noto, lega il lemma al nome autorevole di Natalino Irti – presenta caratteristiche molto distanti rispetto ai temi propri dei mercati regolamentati¹¹.

A iniziare da un interrogativo: se sia metodologicamente corretto indagare il diritto dei mercati regolamentati come se si trattasse di discipline suscettibili di unificazione. E allora, se abbia senso un discorso generalissimo, come quello che si può fare sugli istituti del codice civile¹².

Con il sintagma 'mercati regolamentati' facciamo, per solito, riferimento a quell'insieme di regole che coincide e ha accompagnato i processi di liberalizzazione di mercati che erano prima gestiti in regime di privativa da pubblici poteri o eventualmente da loro concessionari; e che oggi sono stati privatizzati e affidati al controllo delle autorità di regolazione. I processi di privatizzazione hanno generato un rilevante fenomeno normativo e le autorità del mercato sono esse stesse fonte di produzione di regole¹³.

Quando si prova a costruire una teoria del diritto privato regolatorio si fa riferimento a un regime di regole perimetrabile dall'intersezione tra le regole di diritto privato e il diritto della regolazione pubblica, e che presenta caratteristiche suscettibili di unificazione concettuale¹⁴.

Al contempo, tuttavia, occorre essere consapevoli che quando si discute di mercati regolamentati un discorso generale non sempre è metodologicamente coerente o fruttuoso. Lo dimostra, per esempio, il tema della possibilità di utilizzare analogicamente le regole elaborate per i settori che sono stati liberalizzati per primi, tipicamente le telecomunicazioni, ai settori liberalizzati successivamente, quali per esempio quelli dell'energia e dei trasporti¹⁵.

¹¹ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; ID., *Codici di settore: compimento della "decodificazione"*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, 17 ss.

¹² V. F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2008, 565 ss.

¹³ Cfr. S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni* in ID., C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, 217 ss.; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Roma-Bari, 2007. In tema, F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di) *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006, 57 ss.; nonché, G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, *ivi*, 125 ss.

¹⁴ Sia consentito rinviare al mio *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. MAUGERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, 9 ss.

¹⁵ G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2009; G. PITRUZZELLA, *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, in *federalismi.it*, 2014, 6, 1 ss. Con particolare riferimento al mercato energetico, cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale*

Non solo, dunque, è problematica un'operazione di unificazione oggettiva della disciplina, ma anche il tema della tutela del consumatore presenta evidenti indizi che suggeriscono di analizzare separatamente i singoli mercati e di mettere in esponente l'esigenza d'una interpretazione orientata alle conseguenze (tanto più se si accolla una prospettiva di analisi *behavioural*¹⁶). Si prenda il caso della interpretazione delle norme in materia di pratiche commerciali scorrette, che autorizzano l'interprete a guardare ai *Realtypen*, e segnatamente al consumatore *medio*, nonostante il medesimo consumatore adotti comportamenti rilevantemente diversi in relazione ai vari mercati di riferimento¹⁷. Ad esempio, è un dato sostanzialmente acquisito che il consumatore in materia di telecomunicazioni sia – almeno tendenzialmente – un consumatore avvertito, informato e sensibile alle modificazioni del prezzo, al contrario lo stesso consumatore nel mercato dell'energia è molto meno informato e reattivo¹⁸.

Se quindi la stessa persona si comporta in maniera assai differente a seconda dei mercati di riferimento, le conseguenze delle proposte interpretative delle medesime norme possono essere molto diverse. In concreto, innalzare la soglia di tutela del consumatore in un mercato, come quello del gas, nel quale il consumatore è meno reattivo e propenso a riallocare in maniera efficiente la propria domanda può avere quale effetto quello di tutelare maggiormente l'impresa *incumbent*¹⁹.

dei servizi pubblici a rete: il caso dell'energia elettrica e del gas naturale, Milano, 2006; G. BELLANTUONO, *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, Bologna, 2009. Per un quadro riepilogativo, C. DE VINCENZI-A. VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, 2006; E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni: riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina*, Torino, 2008.

¹⁶ V. G. ROJAS ELGUETA-N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014.

¹⁷ Art. 20, comma 2, art. 21, commi 1 e 2, art. 22, commi 1 e 2, c. cons. In tema, cfr. A. GENOVESE, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*, in *AIDA*, 2008, I, 297 ss.; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, 73 ss.; nonché L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 685 ss.

¹⁸ C. STAZI, *I contratti della telefonia e la tutela dei consumatori*, in E. TOSI (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico. Contratti, responsabilità, rimedi*, Milano, 2012, 695 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. reg. merc.*, 2014, 92-95. Con particolare riferimento al mercato energetico, F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017; e i contributi di S. DELLE MONACHE, *La correzione informativa delle asimmetrie di mercato: obblighi a carico degli operatori, funzione pubblica, self o co-regulation* e di G. ROJAS ELGUETA, *Fallimenti cognitivi e regolazione del mercato energetico*, ambedue in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2015. La tutela dei consumatori nei mercati energetici*, Bologna, 2015, rispettivamente a 157 ss. e 173 ss.

¹⁹ In tema, v. G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI, (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2014*.

4. *Categorie del codice civile e interpretazione dei contratti nei mercati regolamentati*

Provo a questo punto a dare risposta ai quesiti che ho formulato, e, per offrire schiarimenti, mi avvarrò di talune semplificazioni.

Il primo quesito: quanto è utile il codice civile quando analizziamo la disciplina dei mercati regolamentati? Che si tratti di un contributo complessivamente modesto è una risposta può essere relativamente agevole formulare e riterrei che, almeno su questo punto, si possa raggiungere un consenso in chi legge. Su questo piano, un primo elemento problematico attiene alle condizioni alle quali possa riconoscersi una lacuna e se essa possa essere colmata attingendo alle norme del codice. La diagnosi della lacuna e la scelta di ricorrere alla norma generale, in ipotesi alla norma generale proposta dal codice civile, sottende una valutazione dell'interprete che assume l'omogeneità sostanziale della materia regolata, operazione evidentemente non agevole quando le fonti e le norme parlino linguaggi molto diversi, assumano interessi e assetti di mercato eterogenei, abbiano una legittimazione formale molto differente.

Se limitiamo qui l'analisi alla disciplina generale del contratto – e così pure quella dei contratti speciali – non possiamo non considerare che la disciplina del codice costituisce un sistema di regole fondato sulla centralità del soggetto di diritto, assume un modello di agire tipo individualista, presuppone lo Stato nazionale e muove da una netta separazione del diritto pubblico e del diritto privato²⁰. Soprattutto, il codice civile, anche se non è esplicito in nessuna regola, presuppone il mercato perfetto e considera quale unica deviazione da esso il monopolio legale, secondo quanto messo opportunamente in luce da uno storico francese²¹.

Al contrario, la teoria della regolazione – e tutta la disciplina dei mercati regolamentati – presuppongono il fallimento del mercato e muovono dall'esigenza di correggere gli effetti e di emendare le asimmetrie dei rapporti contrattuali²².

Com'è sovente ripetuto, il contratto presuppone la libertà del *se* e del contenuto del contratto: il codice civile vede il contratto come una (manifestazione

Quali regole per il mercato del gas?, Bologna, 2014; nonché, PH. FABBIO, *La disciplina comunitaria della concorrenza in funzione di protezione del consumatore energetico* e A. GENOVESE, *Diritto ed energia. La scelta dei consumatori «a condizioni di mercato»*, ambedue in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2015. La tutela dei consumatori nei mercati energetici*, cit., rispettivamente a 97 ss. e 117 ss.

²⁰ A. ZOPPINI, *Il diritto dei privati e i confini dello Stato nazionale, un itinerario*, in ID., *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 17 ss.

²¹ B. OPPETT, *La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence*, in *Rev. sciences morales et politiques*, 1995, 241 ss.

²² A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI, ID. (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari 2008, 3 ss.

di) libertà dell'individuo, dell'*io* kantiano²³; al contrario, tutta la prospettiva regolatoria guarda al contratto come una necessità, serialmente ripetuta nei rapporti di consumo, e si pone semmai il problema dell'accesso al mercato²⁴.

Anche la fattispecie del contratto, inteso come accordo vincolante, non sempre orienta la qualificazione degli accordi che si realizzano nei mercati regolamentati.

Perché questo in concreto significa che quando dobbiamo diagnosticare l'esistenza di un accordo, ci dobbiamo interrogare se debbano sussistere *tutti* gli elementi che il codice ritiene costitutivi d'un contratto, ossia lo scambio di volontà, l'oggetto, la causa, la forma. Rispetto alle regole proprie della disciplina generale del contratto, nel diritto consumeristico si assiste: *i*) allo slittamento sistematico dall'area del consenso all'oggettività del rapporto, che si centra sulla materialità della prestazione e sulla destinazione funzionale a soddisfare un bisogno (ciò che ha fatto parlare di «quasi contratto», di «rapporti contrattuali di fatto», e ancora – sempre in questa linea teorica – di «scambi senza accordo»²⁵); *ii*) allo scarto logico tra determinazione all'acquisto e regolamento contrattuale²⁶; *iii*) all'eteronomia pensata per agevolare il raffronto tra le offerte nel mercato e la selezione tra le proposte presenti, concentrando la scelta su pochi elementi rilevanti, ed essenzialmente sul prezzo; *iv*) allo spostamento del centro gravitazionale della disciplina: dalla coerenza tra proposta e accettazione, che impone una cesura tra le trattative e il regolamento contrattuale, all'assenza di soluzioni di continuità tra l'informazione precontrattuale e la disciplina oggettiva del rapporto e, poi, della prestazione²⁷.

Lo stesso può dirsi per i mercati regolamentati, ove lo stesso concetto di *accordo* quale elemento essenziale del contratto ha una valenza oggettivamente diversa.

Si pensi alla qualificazione della collusione ovvero delle intese illecite. Ove si ritenesse di adottare lo schema proprio del codice civile, fondato sull'incon-

²³ J. GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, in *Arch. philosophie du droit*, 1981, 35 ss.

²⁴ G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 1 ss.

²⁵ Sugli scambi senza accordo il riferimento è naturalmente alla dottrina di N. IRTI (in particolare, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss. e al dibattito che ha generato: ID., «È vero, ma...» (Replica a Giorgio Oppo), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 273 ss.; ID., *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 601 ss.). Sul tema, tuttavia, merita di essere (ri)letto il classico scritto di J. KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag. Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, Tübingen 1981; quanto alla dottrina dei rapporti contrattuali di fatto e al quasi contratto cfr. C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. Rescigno, Obbligazioni e Contratti*, IX, Torino 1984, 23 ss.; ID., voce *Quasi-contratti e quasi-delitti (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano 1987, 25 ss.

²⁶ Per una diversa impostazione rispetto a quella della teoria del contratto inteso quale scelta e incontro di libere volontà, di R. BROWNSWORD-G. HOWELLS-T. WILHELMSSON (a cura di), *Welfarism in Contract Law*, Dartmouth-Aldershot-Brookfield (USA)-Singapore-Sidney 1994.

²⁷ G. D'AMICO, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La riforma del codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, Padova 2015, 7 ss.

tro di volontà, sull'esistenza di un accordo, sull'esistenza di una causa, molti di questi fenomeni sarebbero di difficile diagnosi²⁸. Si pensi per esempio al tema dell'accertamento del patto occulto, ove l'autorità di regolazione del mercato tende a riconoscere la collusione anche nella mera coincidenza di comportamenti attuati a prescindere da qualsiasi accordo²⁹.

Ancor di più, una opzione selettiva fondata sulla fattispecie contrattuale non ha spazio quando si faccia riferimento all'accordo anticoncorrenziale e a tutte quelle discipline che generalizzano lo schema concettuale della disciplina anticoncorrenziale, rispetto alla quale l'accordo si risolve sostanzialmente in un dato che viene accettato *ex post* sulla base degli effetti che si producono nel mercato e della convergenza materiale dei comportamenti³⁰.

Quindi su questo punto potremmo dire – ed è il punto su cui dovrebbe essere, tutto sommato, di più agevole raccogliere il consenso – che le categorie del codice civile e i suoi principi ordinanti offrono strumenti poco efficaci quando si tratta di orientare il processo interpretativo nei mercati regolamentati³¹.

5. Interpretazione contrattuale e regole comunitarie

Passiamo al secondo punto che è insieme più problematico e forse più stimolante in termini anche teorici: quando interpretiamo le norme che disciplinano i mercati regolamentati utilizziamo le stesse regole con cui interpretiamo il codice civile³²?

²⁸ Cfr. M. LIBERTINI, *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, in G. OLIVIERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, cit., 89 ss.; G. GUIZZI, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, in ID., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, Milano, 2018, 55 ss.

²⁹ V. la Delibera 19360 del 17 settembre 2015 della Consob, con la quale veniva irrogata una sanzione pecuniaria in violazione dell'art. 149, comma 1, lett. a), TUF da parte dei componenti del consiglio di sorveglianza di Ubi Banca, per omessa vigilanza circa l'assenza di informazioni rilevanti ai sensi dell'art. 123-bis, comma 1, lett. l) e comma 2, lett. d), TUF. La misura sanzionatoria è stata ritenuta illegittima da Cass., Sez. II, 25 febbraio 2020, n. 4962, non configurandosi, a monte, una responsabilità legale per i membri del consiglio di sorveglianza (il provvedimento è risultato, quindi, in contrasto con i principi di legalità, tassatività e determinatezza). Per una sintesi, in precedenza, v. F. VENTURINI, *I patti parasociali e la Consob: il caso Unipol – BNL*, in *Soc.*, 2010, 595 ss.

³⁰ A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 533 ss.

³¹ S. GRUNDMANN, *Europa – und wirtschaftsrechtliche Grundlagen der Privatrechtsgesellschaft*, in K. RIESENHUBER (a cura di), *Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Tübingen 2007, 105 ss. In termini di rapporto tra teoria generale del contratto e teoria ordoliberal, U. RUNGE, *Antinomien des Freiheitsbegriffs im Rechtsbild des Ordoliberalismus*, Tübingen, 1971.

³² A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai «codici di settore»*

La mia risposta sotto questo profilo è negativa per una serie concorrente di ragioni.

La prima è giusrealista: in materia di mercati regolamentati, molti dei quesiti che noi poniamo al giudice non sono rivolti al giudice civile, ma sono risolti dal giudice amministrativo. Questo è tutt'altro che insignificante ai fini poi del risultato che ne scaturisce.

Vi sono difatti temi rilevanti del diritto dei consumatori e del rapporto tra esso e il diritto dei contratti che sono stati decisi dal Tar del Lazio e poi dai giudici di Palazzo Spada. Penso ad esempio al tema dello *ius variandi*, ovvero al tema della trasparenza del contratto (che sottende l'applicabilità estensiva delle norme a tutela del consumatore)³³.

Fatta questa premessa, provo a illustrare il tema della divergente teoria dell'interpretazione con due esempi.

(i) Vige nel nostro ordinamento una norma che vieta il cosiddetto *gold plating* – è una norma che s'indirizza al legislatore, ma che ritengo pacificamente viga anche per le autorità indipendenti che attuano il diritto di derivazione unionista, e a maggior ragione per l'interprete³⁴. A mente di tale norma «gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse», specificando altresì che «costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie: a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi

(lo *ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche*), in *Riv. dir. civ.*, 2016, 136 ss.

³³ Cons. Stato, Sez. VI, 27 febbraio 2020, n. 1424. I giudici amministrativi, intervenendo in tema di *ius variandi* nei contratti delle comunicazioni elettroniche, hanno ritenuto legittimo il regolamento dell'AGCOM – “Recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche” (adottato con delibera n. 519/2015) – nella parte in cui dispone che gli operatori di telefonia mobile possono esercitare lo *ius variandi* solo nelle ipotesi e nei limiti previsti dalla legge o dal contratto medesimo. Ciò in quanto “la norma regolamentare recepisce una regola posta da disposizioni primarie che pongono limiti all'esercizio dello *ius variandi* ulteriori rispetto alla sola previsione del diritto di recesso”. L'affermazione tradisce un'interpretazione estensiva delle norme a tutela del consumatore, basata, nello specifico, sulla lettura coordinata degli artt. 70, c. com. el. e 33, comma 2, lett. m), c. cons. Tale ultima disposizione è stata ritenuta applicabile al caso di specie dal giudice amministrativo, in quanto, pur essendo norma generale, individua una maggior tutela per il consumatore. Sul rapporto tra teoria generale del contratto e *ius variandi* si v. P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Tratt. del contratto*, diretto da V. ROPPO, *Effetti*, III, Milano 2006, 141 ss.

³⁴ Il riferimento è all'art. 15, comma 2, lett. b), legge 12 novembre 2011, n. 183, attraverso il quale sono stati aggiunti i commi 24-bis, 24-ter e 24-quater all'art. 14 legge 28 novembre 2005, n. 246.

o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive».

Quindi, cosa significa per il legislatore e per il regolatore il divieto di *gold plating* e quali implicazioni ha in termini interpretativi?

In sostanza, nell'ascrivere un significato alla norma, l'interprete non dovrà accrescere o arricchire la soglia dell'armonizzazione minima prevista a livello comunitario.

Questo ha, a mio parere, rilevanti conseguenze ermeneutiche, atteso che, di volta in volta, l'interpretazione dovrà esser ponderata, al fine di evitare che la disposizione violi il *level playing field* sotteso all'armonizzazione comunitaria.

Questa prospettiva presenta non banali ricadute anche con riguardo, ad esempio, alla revisione concettuale della tesi di coloro i quali ritengono che nel nostro ordinamento viga il principio di massima tutela del consumatore (ossia il principio in ordine al quale debba sempre applicarsi la regola di massima tutela del consumatore)³⁵.

Provo però a esemplificare quanto affermo mediante il richiamo di una novità legislativa: vale a dire le misure per il contrasto alla ludopatia, previste da parte d.l. 12 luglio 2018, n. 87 (c.d. Decreto dignità)³⁶, mediante le quali si intende vietare la pubblicità e la sponsorizzazione di giochi e scommesse e intendendo, così, rafforzare la tutela del consumatore³⁷.

A livello comunitario, allo stato attuale, difetta una regolamentazione vincolante ed uniforme per il mercato dei giochi e delle scommesse³⁸: tale lacuna normativa non può, tuttavia, legittimare una regolamentazione settoriale di matrice nazionale che si ponga in contrasto con i principi e le regole del diritto europeo, tra cui rientrano le libertà di stabilimento e circolazione dei servizi. Il problema principale è quello del giusto bilanciamento tra il mercato inter-

³⁵ S. PAGLIANTINI, voce *Modificazione unilaterale del contratto (dir. civ.)*, in *Enc. dir. Annali*, VI, Milano, 2013, 487 ss.; T. DALLA MASSARA, *La "maggior tutela" del consumatore: ovvero del coordinamento tra codice civile e codice del consumo dopo l'attuazione della direttiva 2011/83/UE*, in *Contr. impr.*, 2016, 743 ss. V., anche, G. DE CRISTOFARO, *Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo e A.M. Benedetti, *Mercati regolati*, V, Milano 2014, 5 ss. e A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, 159 ss.

³⁶ Si tratta degli artt. 9 e 9 *quinquies* del d.l. 12 luglio 2018, n. 87, così come convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2018, n. 96.

³⁷ Uniche eccezioni sono i loghi sul gioco sicuro dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, le manifestazioni di carattere puramente locale o ricreativo/culturale e le lotterie nazionali a estrazione differita

³⁸ L'art. 2, par. 2, lett. b), direttiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, esclude dal campo di applicazione attività di azzardo che implicano una posta di valore pecuniario in giochi di fortuna, comprese le lotterie, i giochi d'azzardo nei casinò e le scommesse; l'art. 1, par. 5, lett. d), Direttiva 2000/31/CE, Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, esclude dal perimetro della propria applicazione i giochi d'azzardo, le lotterie e le scommesse.

no e la salvaguardia di interessi nazionali extra-economici, di carattere generale e di natura pubblicistica, riconducibili alla tutela dei consumatori e alla protezione della salute. Le autorità nazionali devono dimostrare che le misure adottate per esigenze imperative di interesse generale siano idonee, necessarie e proporzionate al raggiungimento dello scopo prefissato nella normativa di riferimento, non integrando alcuna forma di discriminazione: diversamente, i provvedimenti statali genererebbero effetti restrittivi sulla concorrenza.

Giova intanto premettere che il legislatore italiano ha trascurato – come pure avrebbe dovuto – di notificare queste regole tecniche, in base a quanto previsto dall'art. 8 della direttiva 98/34/CE³⁹ e che il caso italiano risulta essere un *unicum* sul piano europeo per l'ampiezza del divieto sancito nell'art. 9 d.l. n. 87/2018. Infatti, seppure forme di regolamentazione stringente della pubblicità e sponsorizzazione dei giochi e delle scommesse siano previste in diversi Paesi, la pervasività del divieto italiano non ha equivalenti in altri ordinamenti nazionali, anche laddove la regolamentazione del settore risulta essere guidata da regole mirate a riservare un trattamento speciale ad attività collegate a servizi potenzialmente dannosi per l'individuo, pure attraverso la costituzione di monopoli pubblici o privati⁴⁰.

Nelle materie non armonizzate, ove permanga in capo all'ordinamento nazionale la potestà normativa, l'armonizzazione minima si attua attraverso le libertà fondamentali del Trattato sul funzionamento dell'unione europea: il divieto valevole in Italia, sicuramente non vincolerebbe, infatti, tutti gli operatori esteri che operano all'interno del mercato comunitario (così, ad esempio, è possibile che il Barcellona disputi le gare di Champions League in Italia pubblicizzando attività di *gaming*). In questo quadro ordinamentale, l'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali del Trattato permette che la forza imperativa di queste ultime s'indirizzi, variamente adattandosi nel portato precettivo, sia all'ordinamento europeo, sia ai singoli Stati membri, sia ai cittadini appartenenti agli ordinamenti nazionali. Da qui può ricavarsi, inoltre, come il principio che vieta il *gold plating* possa o debba indurre una interpretazione restrittiva delle regole domestiche. Naturalmente, a fronte di questa lettura, un'obiezione potrebbe consistere nel valorizzare gli interessi generali e le finalità sottese alla normazione statale proibitiva, in quanto volta a tutelare la persona⁴¹.

(ii) Un secondo esempio può dimostrare lo strabismo ermeneutico che provo

³⁹ Direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche.

⁴⁰ A.M. GAMBINO, F. CORRADO, *Il divieto di pubblicità di gioco e scommesse. Il modello italiano*, in *giustiziacivile.com*, 24 agosto 2018.

⁴¹ Per più ampi riferimenti, sia consentito un rinvio al mio *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea. (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, 9 ss. In tema, v. E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e Drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, Torino, 2017.

ad illustrae: l'interpretazione della norma di derivazione unionista è comunque governata dalla fonte comunitaria, con la pratica conseguenza che al lemma di derivazione europea si dovrà assegnare un significato coerente a quello della fonte originaria. E il presidio della sua corretta interpretazione è costituito dalla Corte di giustizia dell'unione europea del Lussemburgo.

Provo a fare un esempio. La direttiva in materia di offerte pubbliche d'acquisto prevede che il legislatore nazionale possa arricchire di nuove fattispecie la regolamentazione della materia, purché ciò avvenga in modo preciso e con regole chiare e definite: come previsto dall'art. 3, par. 2, della direttiva 2004/25/CE, «gli Stati membri possono fissare ulteriori condizioni e disposizioni più rigorose di quelle prescritte dalla presente direttiva per regolamentare le offerte» per dare concreta applicazione ai principi generali previsti dall'art. 3, par. 1⁴².

Alla Corte europea è stato domandato se la richiesta di una norma di precisa ed esatta individuazione precluda al legislatore nazionale l'utilizzo di concetti indeterminati ovvero di norme generali: nel caso specifico si trattava d'interpretare, alla luce dell'art. 5, par. 4, comma 2, lett. d)⁴³, della direttiva, una normativa nazionale, come quella dell'art. 106, comma 3, lettera d), n. 2), TUF e dell'articolo 47-*octies* del Regolamento emittenti, nella parte in cui le citate disposizioni autorizzano la Consob ad aumentare l'offerta pubblica di acquisto, di cui all'art. 106 TUF, qualora ricorra la circostanza che «vi sia stata collusione tra l'offerente o le persone che agiscono di concerto con il medesimo e uno o più venditori», senza individuare le specifiche condotte che integrano tale fattispecie, e dunque senza determinare chiaramente le circostanze e i criteri in presenza dei quali la Consob è autorizzata a rettificare in aumento il prezzo dell'offerta pubblica di acquisto⁴⁴.

⁴² Direttiva 2004/25/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, concernente le offerte pubbliche di acquisto. La direttiva è stata recepita attraverso il d.lgs. 19 novembre 2007, n. 229, cui successivamente ha fatto seguito il d.lgs. 25 settembre 2009, n. 146, volto ad integrare e correggere il precedente decreto attuativo. La disciplina di riferimento è contenuta nel TUF all'interno della Parte IV, Titolo II, Capo II, Artt. 101-*bis* – 112.

⁴³ «Nel rispetto dei principi generali contenuti nell'articolo 3, paragrafo 1, gli Stati membri possono autorizzare le autorità di vigilanza a modificare il prezzo di cui al comma precedente in circostanze e secondo criteri chiaramente determinati. A tale scopo, possono redigere un elenco di circostanze nelle quali il prezzo massimo può essere modificato, verso l'alto o verso il basso, come ad esempio se il prezzo massimo è stato concordato tra l'acquirente ed un venditore, se i prezzi di mercato dei titoli in oggetto sono stati manipolati, se i prezzi di mercato in generale o in particolare sono stati influenzati da eventi eccezionali, o per permettere il salvataggio di un'impresa in difficoltà. Possono altresì definire i criteri da utilizzare in questi casi, come ad esempio il valore medio di mercato su un certo periodo, il valore di liquidazione della società o altri criteri oggettivi di valutazione generalmente utilizzati nell'analisi finanziari».

⁴⁴ Corte giust. UE, C-206/16, *Marco Tronchetti Provera SpA e altri c. Consob*, 20 luglio 2017. L'indirizzo interpretativo trova conferma in Corte giust. UE, cause riunite C-655/16 e C-656/16, *Hitachi Rail Italy Investments Srl e Finmeccanica SpA c. Consob*; Corte giust. UE, cause riunite C-654/16, C-657/16 e C-658/16, *Amber Capital Italia Sgr SpA e altri c. Consob*, 11 gennaio 2018.

La risposta dei giudici lussemburghesi è particolarmente interessante, proprio nella traiettoria di una riflessione sulla teoria dell'interpretazione: secondo la Corte europea, non è precluso l'utilizzo di concetti indeterminati o astratti, però a una sola condizione: che essi siano in grado di descrivere con certezza le circostanze applicative – sulla base del processo interpretativo condiviso – e, pertanto, individuabili *ex ante*. A condizione quindi che la loro concretizzazione non sia rimessa ad un processo interpretativo *ex post*, perché evidentemente nella materia dei mercati finanziari la conoscibilità *ex ante* è una regola fondamentale dell'efficienza, della legittimità, della legalità, del funzionamento del mercato⁴⁵.

Con questo ho provato a dare una risposta al secondo punto: credo che ci siano molti argomenti per sostenere che il processo interpretativo che riguarda il codice civile consegna all'interprete una discrezionalità obiettivamente differente, oltre a essere diversamente governata, rispetto all'interpretazione dei mercati regolati, ove l'attività ermeneutica è vagliata dalla Corte di Lussemburgo con riguardo all'interpretazione delle norme di derivazione europea.

6. *Fattispecie settoriali e interpretazione estensiva*

Terzo punto: ci si riferisce alle medesime regole generali quando si discute della disciplina del codice civile e della disciplina dei mercati regolamentati?

Una risposta a siffatto interrogativo è contenuta in un contributo di Thomas Ackermann, che attiene alla tensione sistematica che si determina per l'intersezione del diritto privato generale e del diritto europeo⁴⁶. L'autore di quelle pagine innanzitutto esordisce citando Niklas Luhmann, ricordando che il sistema è *insieme* e lo strumento e l'oggetto dello studio del giurista, quindi, in un certo senso, il pensiero sistematico è al contempo sia il metodo sia ciò su cui insiste l'analisi. Dunque, posto che gli obiettivi del sistema sono la coerenza e la prevedibilità, occorre domandarsi se, quando si guarda ai settori

⁴⁵ Corte giust. UE, C-206/16, cit., par. 48: “[...] l'articolo 5, paragrafo 4, secondo comma, della direttiva 2004/25 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che consente all'autorità nazionale di vigilanza di aumentare il prezzo di un'OPA in caso di «collusione» senza precisare le condotte specifiche che caratterizzano tale nozione, a condizione che l'interpretazione della suddetta nozione possa essere desunta da tale normativa in modo sufficientemente chiaro, preciso e prevedibile, mediante metodi interpretativi riconosciuti dal diritto interno”. Sui “metodi interpretativi riconosciuti dal diritto interno”, v. Cons. Stato, Sez. VI, 9 novembre 2018, n. 6330, con nota di S. DEL GATTO, *Il potere di rideterminazione del prezzo da parte della Consob in caso di collusione e il problema della certezza del diritto in caso di provvedimenti delle autorità indipendenti*, in *Riv. reg. merc.*, 2018, 295 ss.

⁴⁶ T. ACKERMANN, *Sektorielles EU-Recht und allgemeine Privatrechtssystematik*, in *ZEuP*, 2018, 741 ss.

regolati dalla disciplina unionista nel rispetto degli obiettivi politici del Trattato, si debba utilizzare la prospettiva del diritto europeo ovvero il punto di vista degli ordinamenti domestici⁴⁷. Si tratta evidentemente di punti di osservazione molto diversi. Quando si discorre delle norme generali con riguardo ai mercati regolamentati, sovengono principi quali la parità di trattamento e la non discriminazione, nonché regole correlate all'accesso al mercato e all'individuazione di obblighi di prestazione o di *standard* qualitativi. Si tratta di elementi che, mi preme ripetermi, sono estranei alla *ratio* e ai presupposti delle norme del codice civile.

Qui, raccogliendo uno spunto di Mario Libertini, può emergere un interrogativo che ritengo sia necessario formulare, ovvero se e in che misura sia possibile un'interpretazione analogica o generalizzante delle regole di settore, in ragione del fatto che esse realizzano il precetto dell'utilità sociale previsto dall'art. 41 comma 2 della Costituzione⁴⁸.

Provo a fare un'esemplificazione per dare concretezza al discorso.

Come è noto, uno degli illeciti tipici dei mercati finanziari è la manipolazione del mercato, configurabile in caso di diffusione di notizie false, di realizzazione di operazioni fittizie, ovvero di altre condotte in grado di alterare il prezzo di strumenti finanziari⁴⁹.

Una fattispecie analoga è tuttavia oggi prevista anche nel mercato dell'energia elettrica all'ingrosso, secondo quanto indicato dall'art. 5 del Reg. Ue, 25 ottobre 2011, n. 1227 (c.d. "REMIT", cui è stata data attuazione in Italia con la legge 30 ottobre 2014, n. 161), che sanziona l'adozione di pratiche abusive capaci di influenzare gli scambi di energia e il corso dei valori nei mercati all'ingrosso, e dall'art. 2, comma 2, n. 2 del medesimo Regolamento, che offre profili definitori dell'illecito⁵⁰. Secondo tale ultima disposizione per "manipolazione del mercato" s'intende la conclusione di contratti o altre operazioni i) che forniscano, o siano in grado di fornire, indicazioni false in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo dei prodotti energetici all'ingrosso; ii) che fissino, ovvero consentano di fissare, il prezzo di mercato di uno o più prodotti ener-

⁴⁷ Sul tema si vedano i saggi contenuti in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit. e in A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, cit.

⁴⁸ M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. GITTI-M. MAUGERI-M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, Bologna, 2012, 50 ss.

⁴⁹ L'illecito è stato introdotto dall'art. 187-ter TUF, così come riformato dal d.lgs. n. 107/2018, in conformità con l'art. 15 del Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato. V. S. VINCENZI, *Abusi di mercato*, in ID., M. ZANCHETTI-A. ZOPPINI, *Market Abuse Regulation. Le nuove regole sugli abusi di mercato*, Roma, 2016, 45 ss.

⁵⁰ A. ZOPPINI, *La regolazione dei contratti di vendita all'ingrosso e dei contratti "finanziari"*, in M. DE FOCATIIS-A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia*, vol. II, *Contratti dell'energia e regolazione*, Torino, 2015, 65 ss.

getici all'ingrosso a un livello fittizio, senza adeguata giustificazione; iii) che siano idonee, mediante artifici o raggiri, ad inviare segnali falsi o tendenziosi riguardanti l'offerta, la domanda o il prezzo di prodotti energetici all'ingrosso.

Inoltre, il 'ponte' concettuale tra la disciplina dei mercati finanziari e dei mercati elettrici all'ingrosso emerge già dall'art. 1 del Reg. Ue, 25 ottobre 2011, n. 1227 (c.d. "REMIT"), il quale, al primo comma stabilisce l'obiettivo della coerenza dei divieti di pratiche abusive capaci di influenzare i mercati dell'energia all'ingrosso con le regole di applicazione dei mercati finanziari, seppur in considerazione delle specificità del mercato dell'energia all'ingrosso. In sostanza, salva la differente cornice giuridico-economica, le due fattispecie paiono effettivamente sovrapponibili ed orientate al medesimo fine della tutela dell'efficienza e dell'integrità del mercato⁵¹.

Occorre allora verificare se dal coordinamento di queste disposizioni possa emergere una regola generale che condanna la manipolazione a prescindere dal mercato specifico di riferimento e dalle fattispecie che espressamente lo prevedono. Se così fosse potremmo ipotizzare un illecito di carattere generale che consiste nella manipolazione del mercato e che ha come presupposto la tutela della *integrità* del mercato (e che si affianca alle tutele di tipo individualista dei vizi della volontà, e ai rimedi della causa, qual è la rescissione, ove essa non si ritenga del tutto assorbita dall'usura reale).

A sostegno della possibilità di costruire un illecito consistente nella manipolazione del mercato può innanzitutto evidenziarsi l'irragionevolezza di una soluzione contraria, che ne limiti l'applicabilità alle sole contrattazioni nei mercati dell'energia elettrica e del gas o degli strumenti finanziari. Alla soluzione affermativa si giunge altresì se si analizza il problema dalla prospettiva del diritto privato regolatorio, che autorizza l'analogia tutte le volte in cui la regola è coerente nel dare risposta a un simile problema di fallimento del mercato⁵².

Vi è poi da considerare che costituisce un principio di ordine pubblico la tutela dell'integrità del mercato, conestato da plurime disposizioni normative che colpiscono gli abusi di autonomia negoziale⁵³. In sintesi, la *ratio* del divieto e la sua sussumibilità nell'alveo delle condotte *antitrust* consentono di estendere la disciplina della manipolazione del mercato ad altri settori di mercato, a prescindere dalla qualifica soggettiva delle parti.

⁵¹ Si v. altresì l'art. 6 del "REMIT" che attribuisce alla Commissione europea la possibilità di adottare atti delegati al fine di adeguare le nozioni di "manipolazione del mercato" e di "tentata manipolazione del mercato" al mercato finanziario e al mercato energetico all'ingrosso.

⁵² A. ZOPPINI, *Diritto privato vs Diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e Mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 515 ss.

⁵³ D. MAFFEIS, *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 67 ss.; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?* in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 663 ss.; ID., *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Giust. civ.*, 2016, 539 ss.

Dunque, pur trovandoci dinanzi a regole e traiettorie interpretative molto diverse, non può escludersi che, valorizzando il precetto dell'utilità sociale contenuto nell'art. 41 della Costituzione, ad alcune fattispecie settoriali si possa attribuire una valenza generale e una capacità espansiva al di là dell'ambito specifico nel quale sono state disciplinate (allora riscrivendo o sovrascrivendo le norme del codice civile).

7. *Regolazione del mercato e dialettica pubblico-privato*

Vengo al quarto punto e provo a trarre delle conclusioni e a svolgere qualche considerazione di natura sistematica, senza sperare che possano andare a beneficio di un futuro legislatore impegnato nella riforma del Codice.

La primissima considerazione riguarda il fatto che, come di tutta evidenza, il diritto privato sorge sulla netta divisione tra Stato e società civile, mentre molto di quanto ho sinora evidenziato dimostra che diritto privato e diritto pubblico, come dice un libro molto noto di Schmidt-Assmann, sono ormai sistemi di regole interscambiabili⁵⁴. Gli obiettivi conseguibili con una regolazione privatistica spesso sono conseguibili anche attraverso regole di diritto pubblico⁵⁵.

Un esempio di quanto sto dicendo è quello che si è verificato nel settore dell'energia elettrica con riguardo ai cosiddetti sbilanciamenti⁵⁶. All'interno del mercato dell'energia elettrica, ad un singolo operatore è attribuita la competenza esclusiva in merito all'organizzazione del servizio dispacciamento. In tale sede, l'impresa di dispacciamento riceve le offerte dei privati in grado di sostenere fisicamente la richiesta del mercato (c.d. "unità abilitate"), stipulando con questi ultimi un apposito contratto ove viene stabilita la quantità precisa di energia che gli operatori devono immettere o prelevare dalla rete, di cui Terna è gestore⁵⁷. Nessuno aveva in origine pensato, né il regolatore

⁵⁴ E. SCHMIDT-ASSMANN, *Öffentliches Recht und Privatrecht: ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen*. Einleitende Problemskizze in W. HOFFMAN-RIEM, ID. (a cura di), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden, 1996, 41 ss.

⁵⁵ Ad es. v. in tema di sostenibilità le condivisibili osservazioni di G. STRAMPELLI, *Can BlackRock Save the Planet? The Institutional Investors' Role in Stakeholders Capitalism*, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 3718255, disponibile al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=3718255>.

⁵⁶ R. ALESSI, *Distribuzione di energia elettrica e oneri di sbilanciamento: un caso emblematico di difficile compatibilità tra diritti dei consumatori e regole di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 701 ss.

⁵⁷ Il mercato elettrico è stato istituito in Italia con il d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, nell'ambito del processo di recepimento della direttiva comunitaria sulla creazione di un mercato interno dell'energia (Dir. 96/92/CE, successivamente abrogata dalla Dir. 2003/54/CE). Il settore è stato oggetto di numerosi interventi da parte del legislatore unionista, con gli obiettivi dichiarati di attrarre investimenti, fornire incentivi ai consumatori e favorire la produzione di energie

né chi ha redatto i contratti quadro attuativi, che ci potessero essere comportamenti opportunistici da parte di operatori che intenzionalmente realizzano sbilanciamenti rispetto al contratto di dispacciamento stipulato con Terna, prelevando maggiori quantità di energia ovvero immettendone minori, al fine di trarne un lucro come se si trattasse di un contratto derivato speculativo⁵⁸. È un caso che invoca un'interpretazione integrativa del contratto e sistematica della disciplina di riferimento: all'interno dei regolamenti contrattuali del settore, di regola non sono previste limitazioni, sicché, in assenza della regola, il comportamento opportunistico potrebbe essere permesso. Tale possibilità, tuttavia, appare contraria al modello di assicurazione di un sistema energetico – dicono le norme – efficiente e bilanciato.

Allora quali sono le prospettive teoriche all'interno delle quali inscrivere questa vicenda?

Abbiamo due sistemi di riferimento: di questi temi se ne occupano, infatti, sia pubblicisti sia privatisti, ciascuno con le proprie sensibilità. Per il pubblicista l'accordo di dispacciamento è un contratto di diritto pubblico e dunque, se c'è una violazione della regolazione eteronoma, bisogna ricostruire la regola violata e sanzionare il comportamento abusivo. Ne consegue che il contratto resta il contratto che conosciamo, mentre ciò che cambia è soltanto la cornice pubblicistica di riferimento⁵⁹.

Vi è però anche una lettura privatistica, secondo cui il contratto di dispacciamento costituirebbe un tipico esempio delle problematiche rivenienti dal diritto privato regolatorio, perché in questo caso il modello della regolazione modifica la disciplina offerta dal diritto privato generale, che viene adeguata e funzionalmente orientata a soddisfare non solo interessi individuali, ma anche interessi generali, legati al corretto ed efficiente funzionamento del mercato⁶⁰.

rinnovabili. Da ultimo, nel giugno 2019 è stato adottato il c.d. “quarto pacchetto energia”, composto dalla Dir. 2019/944/UE, dal Reg. 2019/943/EU, dal Reg. 2019/941/EU e dal Reg. 2019/942/UE sull'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER). Per una più ampia analisi circa la struttura e il funzionamento di tale mercato si rinvia ad A. COLAVECCHIO, voce *Energia elettrica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. II, Torino, 2005, 233 ss., e ai saggi contenuti in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di) *Annuario di diritto dell'energia 2013. Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Bologna, 2013.

⁵⁸ Le condotte opportunistiche degli operatori che non rispettano l'accordo stipulato con Terna comportano difatti un incremento del corrispettivo di approvvigionamento delle risorse nel servizio di dispacciamento (c.d. corrispettivo *uplift*), con evidenti conseguenze negative sull'utente finale, su cui ricadono i costi del servizio. Di qui, l'intervento dell'Autorità di settore, che, per un verso ha operato una riforma generale della disciplina degli sbilanciamenti (con le delibere AEEGSI 368/2013/R/eel, 163/2015/R/eel, 316/2016/R/eel e 444/2016/R/eel); per l'altro, ha adottato provvedimenti prescrittivi e sanzionatori nei confronti dei soggetti responsabili delle condotte abusive.

⁵⁹ Tale ricostruzione è prospettata da A. FERRARI ZUMBINI, *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Torino, 2016, 161 ss.

⁶⁰ Sul punto, D. SIMEOLI, voce *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, in *Dig. disc.*

Non vi sorprenderà che, avendo allo stato questa alternativa, il Tar della Lombardia, che è competente funzionale in materia di energia, abbia scelto evidentemente la prima strada. Ciò sul presupposto che il mercato del dispacciamento non è liberamente creato dai contraenti, ma dall'azione dell'Autorità dell'energia (ARERA), al fine di tutelare la concorrenza e l'utente finale. Pertanto, l'esecuzione del contratto, nella ricostruzione del Giudice amministrativo, assume rilievo sia dal punto di vista negoziale sia con riguardo all'erogazione del servizio, e "tale duplicazione della funzione svolta della medesima prestazione si giustifica per la necessità di riequilibrare le posizioni delle parti"⁶¹.

Occorre dunque sottolineare che entrambe le ricostruzioni, legittimando il ruolo dell'Autorità di settore e le istanze di correzione dei fallimenti prodotti dagli sbilanciamenti, fanno registrare una coincidenza finalistica verso gli obiettivi di tutela del mercato. Con una significativa differenza perché nell'uno la regola pubblicistica sovrascrive il diritto dei privati; nell'altra, è il diritto privato che va tipologicamente ripensato e adattato in relazione alla funzione regolatoria assoluta dal contratto.

8. Conclusione

Cosa ci avrebbe detto Lina Bigliuzzi con riguardo agli argomenti sin qui delineati? Io avrei ancora una volta confidato nella sua bontà e nel suo affetto, che però si accompagnava talora a critiche molto pungenti e stimolanti. Il dialogo e la critica ci aiutano ad assolvere e ad aspirare a un'idea alta del nostro ruolo di dottori del diritto, che è quello di garantire e preservare la coerenza e la prevedibilità del sistema.

priv., sez. civ., Agg. IX, Torino, 2015, 94 ss. Il rapporto tra contratto e autorità indipendenti è diffusamente trattato anche da C. FERRARI, I contratti dei mercati regolati, Torino, 2018 e C. SOLINAS, Il contratto "amministrato". La conformazione dell'operazione economica privata agli interessi generali, Napoli, 2018.

⁶¹ T.A.R. Milano-Lombardia, n. 2101/2018, con nota di T. SICA, *Il ruolo del contratto di dispacciamento di energia elettrica nel mercato regolato*, in *Giur. it.*, 2019, 810 ss. Tale orientamento è piuttosto consolidato. In senso conforme, T.A.R. Milano-Lombardia, nn. 895, 897, 898, 918/2018.

VINCENZO ROPPO

CONCLUSIONI DELLA SECONDA SESSIONE

1. I quindici minuti che ci separano dall'una sono un tempo ben superiore a quello che mi servirà per le due parole che vorrei dire a conclusione di questa bellissima sessione, degnamente compiutasi con l'ultima relazione di Andrea Orestano.

Provo a fare un indice sommario *a posteriori* degli argomenti di cui si è parlato questa mattina. Mi sembra che si possano identificare tre aree di problemi in cui sono confluiti e si sono ordinati i diversi discorsi che le relazioni hanno sviluppato. E aggiungo che vedo come possibile e interessante un asse concettuale comune intorno al quale, all'interno di ciascuna di queste tre aree, si possono dipanare le varie elaborazioni e riflessioni che sono state svolte qui: l'asse rappresentato dai confini e dalla dialettica fra autonomia privata e legge.

2. Area numero uno: è quella che riguarda la perimetrazione della “fatti-specie contratto” e quindi la definizione dell'area di applicabilità delle norme sul contratto.

È chiaro che qui confluiscono i discorsi sulla definizione di contratto recata dall'articolo 1321 del codice. Anche tenendo conto di quanto abbiamo ascoltato in una relazione di ieri, un tema che può emergere al riguardo – nella prospettiva della dialettica autonomia privata / legge – è: in che modo e in che limiti l'autonomia privata può deviare dal paradigma disegnato dalla definizione dell'articolo 1321? In che misura, per esempio, le parti sono libere di assoggettare alla disciplina del contratto un loro atto che non sia un atto patrimoniale?

In quest'area problematica ricadono anche i discorsi sui requisiti del contratto – quindi sull'articolo 1325 – che secondo me faremmo bene a considerare non in modo indifferenziato. Infatti il “requisito” accordo s'identifica totalmente con la definizione (alla lettera: tracciamento dei confini), di cui non per caso costituisce l'*incipit*: l'accordo serve a perimetrare lo spazio di applicazione delle norme sul contratto, le quali (in prima battuta almeno, e fatta salva la prospettiva di estensione aperta dall'articolo 1324) non coprono gli atti che non siano atti bilaterali, cioè appunto fondati sull'accordo. Invece gli altri due significativi “requisiti” – oggetto e causa – mi sembra che abbiano tutt'altra funzione, e cioè quella di aprire finestre all'applicazione di rimedi contrattuali. Di oggetto e di causa ha senso parlare non tanto in positivo quanto in negativo:

quando in questi elementi c'è qualcosa che non va, qualcosa che non funziona – una situazione da cui tipicamente consegue l'attivazione di rimedi contrattuali. E anche qui si pone un problema di confini fra legge e autonomia privata: in che misura le parti sono libere di disporre dei rimedi che la legge offre in relazione a vizi dell'oggetto o della causa?

3. Seconda area coperta da quanto abbiamo ascoltato stamattina: la formazione del contratto. E non per caso la relazione dedicata a questo tema si è molto concentrata sugli spazi dell'autonomia privata in questo campo.

Al riguardo una domanda centrale è: se ammettiamo la possibilità di un "negozio di configurazione", diretto a incidere sulle modalità procedurali che portano alla formazione del vincolo contrattuale, che limiti possiamo assegnare alla libertà della parti di "costruire" in termini diversi dai modelli legali il procedimento che genererà il vincolo legale a carico delle parti stesse? Un'esemplificazione: la categoria dei contratti reali – quelli che si formano con un atto, un "gesto" di consegna della cosa che forma oggetto del contratto – è categoria che attiene alla materia della formazione del contratto, perché la consegna è un elemento del procedimento di formazione, per come definito dallo schema legale. La legge identifica certe tipologie contrattuali come reali: per formare il contratto ci vuole la consegna; ne identifica altre come consensuali: non occorre la consegna, basta l'accordo.

Domanda: in che misura le parti possono considerarsi libere di rovesciare il paradigma della legge? In che misura sono autorizzate a prendere un contratto che, per tipicità legale, è definito in termini di realtà, e trasformarlo in un contratto consensuale, mettendo da parte quel requisito procedimentale che invece la legge richiede? Su questo c'è un'ampia elaborazione, anche favorita da norme del codice, ad esempio in materia di promessa di mutuo. Più interessante forse è il problema simmetrico: in che misura le parti sono libere di introdurre nel procedimento di formazione di un contratto, che la legge identifica come consensuale, un necessario elemento di realtà, subordinando la formazione del vincolo a un passaggio come la consegna della cosa, o qualche altro elemento in qualche modo affine, facendone dipendere la formazione del vincolo? Su questo non c'è grande elaborazione: a parte qualche brandello di motivazione in alcune sentenze che secondo me sarebbe meritorio riprendere, organizzare, sviluppare.

4. Terza area: quella dell'efficacia, al cui interno ugualmente può aprirsi la dialettica fra legge e autonomia privata. Una domanda che si può porre è: fino a che punto le regole legali sulla produzione degli effetti, quindi sull'efficacia, sono derogabili dall'autonomia privata? Fino a che punto le parti sono libere di organizzare la produzione degli effetti contrattuali secondo schemi diversi da quelli di legge?

L'art. 1376 del codice è pacificamente derogabile, sicché le parti ben posso-

no stabilire che in un contratto pur costruito dalla legge come dotato di effetti traslativi immediati, gli effetti non si producano in conseguenza del loro “consenso ... legittimamente manifestato”, ma in ragione di qualche altro fattore. Questo ci dice una cosa interessante dal punto di vista del tema generale del convegno: norme generali sul contratto (e l’art. 1376 è sicuramente tale) non significa necessariamente norme imperative sul contratto. E questo dato prendiamolo e mettiamolo da parte, perché può venir bene nelle riflessioni ulteriori.

Dall’altro lato abbiamo meccanismi di autonomia privata chiamati a governare la produzione degli effetti – in particolare condizioni e termini – di cui abbiamo sentito parlare in una bella relazione. Anche qui si pone come centrale un problema di derogabilità delle regole che la legge dedica alle manifestazioni di autonomia privata capaci di incidere sull’efficacia del contratto, quindi di validità degli atti che introducano le deroghe. Il problema non si pone rispetto ai terzi, perché rispetto ai terzi tutto si risolve in termini appunto di efficacia, o inopponibilità: quello che pregiudica i terzi è, per loro, *tamquam non esset*; non c’è bisogno di spazzarlo via con un giudizio di invalidità, superfluo rispetto un atto che indebitamente va a incidere su sfere altrui non potendolo fare, e che per ciò stesso non è funzionalmente in grado di incidere nelle loro sfere.

È tra le parti che si può porre invece un problema di limiti dell’autonomia privata, capaci di produrre conseguenze in termini di invalidità degli atti. Ad esempio: è valida la pattuizione con cui, nello stesso contratto che contiene una condizione, le parti rinunciano (o, più realisticamente, una delle parti rinuncia) ad avvalersi degli articoli 1358 e 1359? Anche se l’altra parte si comporta non secondo buona fede, anche se l’altra parte maliziosamente incide in modo arbitrario sull’avveramento/non avveramento della condizione, questo sarà irrilevante: la vittima non potrà attivare i rimedi previsti da quelle norme. È giusto o non è giusto consentire questo? Ancora una volta la dialettica fra autonomia privata e legge assume centralità nei nostri discorsi.

5. Concludo segnalando una sentenza, anzi un’ordinanza, molto recente della Cassazione che mi sembra abbia al suo centro proprio l’idea di norme generali sul contratto.

È un’ordinanza della prima sezione che si deve alla penna di un nostro collega, occasionalmente prestato alla giurisdizione, e cioè Aldo Dolmetta. In mezzo minuto la fattispecie, o meglio la questione. Buoni postali fruttiferi, soggetti a una disciplina scritta nel codice postale, dove una norma dice che, con decreto del Ministro, l’interesse riconosciuto al sottoscrittore potrà essere variato. Ed è quanto in molte situazioni è accaduto, penalizzando il sottoscrittore che vede il proprio titolo (cioè il proprio investimento) reso molto meno redditizio di quanto sottoscrivendolo aveva calcolato.

La questione che l’ordinanza si pone è: la fattispecie contrattuale (perché ovviamente stiamo parlando di un contratto fra il risparmiatore e l’ente incaricato della distribuzione del titolo) va disciplinata alla luce della norma che

sembra dare al Ministro il potere di variare il tasso a detrimento del risparmiatore, e quindi secondo, diciamo, il paradigma dell'autorità, del comando unilaterale? Oppure va regolata secondo un paradigma opposto, cioè il paradigma dell'accordo, dell'autonomia privata, che è quello che appartiene (e qui leggo testualmente le righe dell'ordinanza Dolmetta) al "*sistema generale dei contratti*, nel quale l'eventualità che un contraente possa modificare unilateralmente patti e obblighi convenzionalmente assunti ha natura eccezionale (articolo 1372) e, laddove consentito, viene presidiato da tutele *ad hoc* per l'altro contraente, a cominciare da una specifica informativa in sede di formazione del rapporto"? Ecco, mi sembra che qui sia fotografata molto bene questa alternativa tra due paradigmi: da un lato quello dell'articolo 176 del Codice Postale, che dice: "sul contratto può calare l'autorità, il potere, di uno dei due contraenti", e dall'altro il paradigma del sistema generale dei contratti, ispirato alla logica opposta.

Ce lo diranno le Sezioni unite, perché il senso dell'ordinanza è rimettere la questione al loro giudizio.

La sessione è conclusa, grazie a tutti.

TERZA SESSIONE

THOMAS GENICON

LIBERTÀ E GIUSTIZIA NELLA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO *

SOMMARIO: 1. Quadro d'insieme della riforma. – 2. L'obbligazione di informazione precontrattuale. – 3. La revoca illegittima della proposta e la revoca illegittima del contratto di opzione. – 4. La pretesa eliminazione della causa.

Prima di tutto, vorrei ringraziare l'Università di Pisa per l'invito e specialmente Emanuela Navaretta. Olivier Deshayes ed io siamo molto onorati di essere qui oggi, proprio nel momento in cui l'Italia si interroga sul divenire della sua disciplina generale sui contratti. Come sapete, la Francia ha appena riformato la parte generale del contratto (senza toccare, purtroppo, la disciplina dei contratti speciali). E dunque questa può essere l'occasione per un bel dialogo tra le "sorelle latine", les "sœurs latines" come si dice in Francia.

Saremo due francesi a parlare di questa riforma, ma le nostre due relazioni saranno comunque coordinate. Io parlerò in italiano – chiedendovi scusa per gli errori che farò – ed Olivier Deshayes parlerà invece in francese. Così al meno potrete capire la meta del nostro argomento perché è possibile che capiste Olivier (in francese) meglio di me (in italiano).

Purtroppo non è facile fare un resoconto della riforma francese. Anzitutto, perché non è possibile trattare la riforma in tutti i suoi aspetti: sono più di 330 gli articoli del Codice Napoléon che sono stati cambiati. Inoltre, perché questa riforma non ha una linea politica unica. Essa è il frutto di lunghe consultazioni e, anzi, di conflitti. È il frutto di compromessi tra vari gruppi della dottrina francese e tra operatori economici.

Perciò, siamo costretti a fare delle scelte. Ci soffermeremo quindi sui soli aspetti indispensabili per illustrare come il legislatore ha cercato di conciliare libertà e giustizia nei nuovi testi. Ogni articolo nuovo, ogni istituto che abbiamo scelto di studiare, sarà per noi un po' come un piccolo laboratorio nel quale valuteremo a quale risultato, a quale compromesso, è arrivato il legislatore. Io mi soffermerò sul compromesso tra Libertà e Giustizia nelle

* L'autore ringrazia la Professoressa Matilde Girolami, dell'Università di Padova, che l'ha aiutato a redigere la presente relazione.

nuove regole che disciplinano la conclusione del contratto. E Olivier Deshayes ne studierà invece le dinamiche nelle nuove regole che disciplinano il contenuto del contratto.

1. *Quadro d'insieme della riforma*

Prima di cominciare, sarà comunque utile tracciare un quadro d'insieme della riforma e metterne in evidenza la metodologia e le innovazioni più significative, in modo da fornire una linea interpretativa, una bussola per orientarsi.

La riforma francese è stata una riforma di difficile realizzazione. Ci abbiamo messo più di 10 anni a farla. Il legislatore ha dovuto trovare un punto di equilibrio:

- tra liberalismo e solidarietà;
- tra le proposte europee e la tutela del modello classico francese;
- tra la stabilità (molto importante per la prassi e per la sicurezza del commercio) e il cambiamento, le innovazioni.

Proprio a causa della difficoltà di trovare un punto di equilibrio su tutti questi fronti, la riforma è risultata alla fine una riforma moderata. E questa è forse la ragione per la quale, da un certo punto di vista – che può essere anche il punto di vista italiano – essa può apparire, a tratti, deludente. In effetti ci sono molte cose che sono già presenti, da molto tempo, nel Codice civile italiano: in un certo senso, il codice francese si è “italianizzato”!

Ma bisogna capire qual era l'obiettivo essenziale della riforma. L'obiettivo era soprattutto di codificare – o meglio di ri-codificare – le norme generali sui contratti. Gli articoli del codice civile, a proposito dei contratti, erano rimasti gli stessi dal 1804 (mille ottocento quattro). Paradossalmente nel diritto francese, figlio del *Code Napoléon*, il diritto dei contratti era diventato un diritto giurisprudenziale. Perciò, la riforma ha voluto fare una “*codification à jurisprudence constante*” (letteralmente, una codificazione a giurisprudenza costante), il che significa rendere legge, codificare, le linee interpretative elaborate dalla giurisprudenza da due secoli sui principali aspetti del diritto contrattuale. Certo, ci sono anche aspetti del tutto nuovi – delle innovazioni importanti almeno per il diritto francese – come per esempio la risoluzione e la revisione giudiziale del contenuto del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta o la cessione del debito (un nuovo contratto tra un debitore e un terzo che regola il cambiamento di questo debitore nello stesso rapporto di obbligazione) oppure il controllo delle clausole vessatorie nei contratti di adesione (*contrats d'adhésion*), che solo ora trovano una definizione dedicata nel *Code civil*. Però, salvo questi ultime novità, non si riscontra una vera cesura rispetto alle soluzioni precedenti, la riforma non è una rivoluzione. È piuttosto un aggiornamento del nostro Codice

civile affinché rifletta un'immagine fedele del diritto francese contemporaneo, al fine di renderlo accessibile, comprensibile e stabile.

C'è un'altra cosa. Il legislatore ha fatto queste scelte per mantenersi fedele alla tradizione napoleonica. Le grandi raccomandazioni di Portalis sono state seguite. E difatti, gli articoli nuovi sono chiari e sintetici, nel nome dell'idea francese del testo puro, che dica cioè il più possibile utilizzando meno parole possibili. Non è (soltanto) una scelta di eleganza; è una scelta di fondo. La riforma, cioè, pur essendo completa, non ha voluto entrare troppo nei dettagli. Questo per non invecchiare nel tempo e lasciare ancora spazio agli apporti giurisprudenziali di ogni epoca nel futuro. Planiol l'aveva già ben spiegato, dicendo che *“le défaut de développement des principes dans les textes est un bien, parce qu'il laisse le champ libre aux opinions qui se succèdent”*. Su questo punto, emerge una differenza importante con la metodologia tedesca o inglese – con i suoi pregi e i suoi difetti, ovviamente.

In sintesi, in questa riforma, riscontriamo:

1. *in primis*, una volontà di sintetizzare il lavoro giurisprudenziale in maniera chiara e accessibile a tutti, secondo una linea moderna che segua cronologicamente le fasi di sviluppo del rapporto contrattuale (il periodo precontrattuale, la conclusione del contratto, la validità del contratto, la nullità, gli effetti del contratto; la durata del contratto, la cessione del contratto, l'inadempimento del contratto);

2. una volontà di modernizzare il linguaggio giuridico e codificare nozioni e istituti ormai in uso nella prassi, quali ad esempio, i contratti collegati, il contratto quadro, la cessione del debito, le condizioni generali di contratto, etc.

3. introdurre alcune nuove regole importanti – non molte, ma importanti – come ad esempio, la sanzione per la violazione della *promesse unilatérale de contrat*, la nullità convenzionale, la sparizione formale della causa, l'abuso di dipendenza (la violenza economica), il controllo delle clausole abusive nei contratti di adesione, la revisione giudiziaria per eccessiva onerosità sopravvenuta, la risoluzione per eccessiva onerosità, la risoluzione stragiudiziale per inadempimento, la riduzione stragiudiziale del prezzo.

Ovviamente, l'ho detto, ci sono comunque delle novità ed è soprattutto a proposito di queste innovazioni che il dibattito si è acceso e sono state sollevate diverse perplessità. In una valutazione d'insieme, comunque, si può dire che i testi siano equilibrati. L'unica cosa che non sappiamo e che lascia spazio a qualche preoccupazione è quale l'applicazione ne farà il giudice. In effetti, in questo momento, il giudice francese si sente molto libero (!) ... Sarà quindi interessante vedere come in concreto il giudice francese saprà e vorrà trovare un equilibrio tra libertà e giustizia.

Ma, per ora, abbiamo soltanto gli articoli nuovi del Codice. Come dicevo io analizzerò il punto di equilibrio che la legge sembra aver trovato nella for-

mazione del contratto e Olivier Deshayes lo farà a proposito delle regole sul contenuto del contratto.

Ho scelto 3 temi: l'*obligation précontractuelle d'information* (l'obbligazione precontrattuale d'informazione), gli atti precontrattuali, e in particolare la proposta e la c.d. promesse unilatérale de contrat (figura, come vedremo, non del tutto coincidente con il diritto italiano) e, in fine, la pretesa sparizione della causa.

2. *L'obbligazione di informazione precontrattuale*

L'*obligation précontractuelle d'information* non è una vera innovazione perché la giurisprudenza l'aveva già delineata e, dunque, esisteva prima della riforma. Però la sua recente codificazione ha suscitato grandi dibattiti e, anzi, preoccupazione da parte di alcuni attori economici, che lamentavano la consistenza eccessiva dell'obbligo informativo. Per questo il progetto è stato modificato almeno 3 volte, per trovare un punto di equilibrio, proprio nel senso di una riduzione della portata di questa obbligazione. Quando si legge l'articolo 1112-1 (millecentoduodici, tratto 1) – uno dei più lunghi della riforma – si comprende bene quanto sia stata difficile la ricerca di un punto di equilibrio al riguardo.

Da un lato, in linea generale l'obbligazione favorisce la giustizia assicurandosi che il contratto sia utile e giusto per ognuno dei contraenti: ogni informazione utile e importante per l'altro deve essere comunicata. Certo, però, non si può domandare a una parte di dare all'altra le armi contro sé stessa (*de donner à l'autre des armes contre soi-même!*)

Per questo, dall'altro lato, e per questo, sono state inserite nel testo normativo importanti precisazioni per preservare la libertà del debitore dell'obbligazione d'informazione:

1. il debitore dell'obbligazione d'informazione è tenuto a fornire soltanto le informazioni di cui è in possesso. È un punto importante da chiarire perché, in origine, il progetto di riforma prevedeva che il debitore fosse tenuto a fornire le informazioni di cui era in possesso e anche quelle di cui avrebbe dovuto essere in possesso. Quest'ultima parte della previsione normativa è stata eliminata nel testo definitivo e più restrittivo.

2. l'ignoranza del creditore dell'informazione deve essere "legittima". Significa che il dovere d'informare trova il suo limite nel dovere d'informarsi cioè nel dovere di badare ai propri interessi. Purtroppo, c'è una eccezione all'eccezione: quando esiste un rapporto di fiducia molto consolidato tra le parti, è ammesso che un contraente, proprio a causa della durata o della natura della relazione, possa fidarsi ad occhi chiusi dell'altro. E allora, l'*obligation*

d'information rinasce. Questa precisazione è importante: è stata fatta tenendo conto delle nuove teorie francesi che hanno delineato la categoria dei contratti non di scambio, ma di cooperazione.

3. Ultimo limite, importantissimo, è l'esclusione del dovere di informazione sul valore della prestazione. Ogni parte ha il diritto di tacere le informazioni di cui è in possesso circa il reale valore delle cose o dei servizi scambiati. La regola così formulata è l'espressione dell'imperativo politico dell'economia di mercato. Ed è la consacrazione della giurisprudenza *Baldus*. In questa decisione, la Corte di cassazione aveva deciso che il compratore di fotografie di Baldus aveva il diritto di tacere il valore reale delle fotografie che era di 2.000.000 FF (due milioni di franchi) quando il venditore gli aveva proposto di comprare queste fotografie a solo 85.000 FF (ottatacinque mille franchi).

Questo gioco di equilibrio tra solidarietà e libertà che attraversa tutta la riforma francese, ben riassunto nell'articolo 1112-1 (millecentododici, tratto 1) , si vede anche negli articoli 1113 (mille cento tredici) e seguenti.

3. *La revoca illegittima della proposta e la revoca illegittima del contratto di opzione*

Gli articoli 1113 (mille cento tredici) e seguenti disciplinano lo scambio dei consensi. Si tratta di una grande novità per il Code Napoléon che non aveva dedicato neppure un articolo alla fase precontrattuale, importantissima nella pratica. La giurisprudenza era confusa e incompleta. Ora le cose sono molto più chiare. Certo, ci si può lamentare perché alcune soluzioni non appaiono in fondo sempre giuste. Però almeno adesso esistono e sono certe.

Il punto più importante riguarda la revoca illegittima della proposta e la revoca illegittima del contratto di opzione (che si chiama in francese "promesse unilatérale de contrat" e che è una cosa diversa della vostra promessa unilaterale e sembra coincidere con il contratto d'opzione).

L'articolo 1116 (mille cento sedici) prevede che, in ogni caso, per qualunque tipo di proposta, la revoca "impedisce la conclusione del contratto". Significa che non sarà mai possibile ottenere dal giudice il riconoscimento dell'esistenza del contratto finale se il proponente ha revocato la sua proposta prima dell'accettazione del destinatario. L'accettazione, quindi, è sempre inefficace. L'unica sanzione è prevista dal comma 3 dello stesso articolo che dispone che il proponente risponda a titolo di responsabilità extracontrattuale. E si aggiunge che il risarcimento dei danni non può corrispondere ai vantaggi aspettati dal contratto, ossia all'interesse positivo, ma è limitato all'interesse negativo.

Bisogna fare tre osservazioni:

1. bisogna dimostrare che la revoca è illegittima. Ciò accade quando il pro-

ponente revoca una proposta prima del termine che aveva indicato oppure, se non aveva indicato un termine, prima di un termine “raisonnable”/“ragionevole” (ovviamente sarà il giudice a valutare la congruità di questo termine). Questo significa che ogni proposta ha necessariamente un termine, almeno implicito. Perciò, io, non sono libero di revocarla senza rispettare questo termine. Il principio di libera revocabilità della proposta (“principe de libre révocabilité de l’offre”), dunque, sembra molto più limitato di prima;

2. la sanzione è sempre la stessa per ogni tipo di proposta cioè anche se la proposta è stata fatta per una durata determinata e a una persona determinata. Adesso, nel diritto francese, tutte le proposte, di qualunque tipo, hanno lo stesso valore giuridico. Questa è una novità importante perché non era la soluzione seguita dalla giurisprudenza prima della riforma;

3. In questa materia vediamo un chiaro esempio della ricerca di equilibrio tra giustizia e libertà. Da un lato, la giustizia impone di limitare la revocabilità della proposta, ma dall’altro la libertà impone che un’eventuale revoca impedisca la formazione del contratto e comporti solo l’obbligo di risarcire il danno nella dimensione ridotta dell’interesse negativo.

In definitiva, la libertà del proponente non appare così ridotta...

Questa soluzione esprime la tradizionale diffidenza del diritto francese per le promesse unilaterali, al contrario per esempio del diritto tedesco. Il diritto francese non è mai stato a suo agio con l’idea che una persona potesse creare una vera obbligazione unilateralmente anche se la riforma non si oppone, in maniera generale, a questa possibilità. Ma, soprattutto, la soluzione può trovare una spiegazione se confrontata con quella adottata per il contratto di opzione. L’articolo 1124 (mille cento venti quattro) prevede, infatti, una soluzione esattamente opposta a quella appena vista per la revoca della proposta. Infatti, la revoca dell’opzione, dice il testo, “non impedisce la formazione del contratto promesso”. La novità è assoluta perché la riforma smentisce la giurisprudenza che in questo caso rifiutava la formazione del contratto e permetteva soltanto il risarcimento del danno. Adesso il beneficiario dell’opzione potrà ottenere, comunque, la conclusione e l’esecuzione del contratto promesso.

Si può capire, adesso, perché la proposta non è molto protetta: perché l’opzione lo è. Il legislatore ha voluto introdurre una gerarchia tra gli atti precontrattuali: nell’ottica del legislatore la proposta non ha la stessa forza obbligatoria dell’opzione, perché è un contratto, mentre la proposta non lo è. Ovviamente questo è il messaggio politico rivolto alla prassi: potete scegliere voi tra un atto meno forte, la proposta, e un atto decisamente più forte, quale è l’opzione. Ovviamente nulla vieta che le parti si accordino secondo una linea mediana.

A questo riguardo è lasciata dunque alle parti la determinazione del punto di equilibrio fra giustizia e libertà.

Spetta invece solo alla legge la determinazione di questo punto equilibrio in relazione della causa del contratto.

4. *La pretesa eliminazione della causa*

Veniamo allora a quella che è stata presentata come l'innovazione maggiore della riforma francese: l'eliminazione della causa. Più che una innovazione, potrebbe sembrare una rivoluzione! In realtà, non lo è.

Potremmo, certo, soffermarci a discutere delle ore su questo punto e, certamente, si può prevedere che la polemica sorta nel contesto della riforma continuerà in futuro quando si porrà il problema concreto di dare applicazione ai nuovi testi normativi.

Per ragioni di tempo esporrò per primo il mio punto di vista sull'argomento, ma vi darò comunque conto anche delle opinioni contrarie.

Dal mio punto di vista, la causa non è sparita dal diritto francese, anzi, con una sorta di provocazione, oserei dire che il diritto francese, in un certo senso, è ora più "causalista" di prima!

Ma per capire questo assunto è necessario ricercare qual era il fine preciso del legislatore.

La relazione al Presidente della Repubblica e i lavori preparatori della legge di riforma sono chiarissimi al riguardo. Si parla di "sparizione *formale* della causa", ma in realtà le soluzioni giurisprudenziali che trovano il loro fondamento nel concetto di causa sono, di fatto, tutte mantenute. "Sparizione formale" significa che non è una sparizione sostanziale. Al punto che il Senatore, relatore della legge presso il Senato, ha dichiarato che "si la cause est sortie côté jardin, elle est rentrée côté cour" ("se la causa è uscita dal lato giardino, è tornata dal lato cortile" – nel linguaggio del teatro, il "côté cour" (il lato cortile) e il "côté jardin" (il lato giardino) disegnano un lato e l'altro della scena teatrale). La commedia del arte, in somma! L'idea è di togliere il concetto generale e dunque la norma generale e anche di eliminare la parola "causa" che appare troppo oscura e ambigua. E nel contempo di codificare in una serie di previsioni particolari, specifiche soluzioni "causaliste" elaborate in precedenza dalla giurisprudenza.

Ovviamente però per definire queste regole speciali, siccome il legislatore non ha più voluto utilizzare la parola "causa", ha introdotto nuove espressioni, a suo dire, più chiare.

Provo ad evidenziare le principali espressioni coniate così dal legislatore, coniate dunque per codificare quelle particolari situazioni nelle quali il profilo causale viene in rilievo, ma senza che ormai lo si possa denominare utilizzando la parola "causa":

Cominciamo con l'articolo 1128 che indica i requisiti del contratto, che sono l'accordo delle parti, la loro capacità, e un contenuto lecito e certo. La parola nuova è, ovviamente la parola "contenuto" che non è di per sé molto chiara, in realtà. Al meno non è chiara in Francia: è nuova e, quindi, non ha (è il caso di dirlo) un contenuto giuridico conosciuto (sicuramente, sarà utile di volgersi al diritto italiano e la dottrina italiana);

Articolo 1135 al. 2 che prevede che “l’errore sul motivo di una liberalità (...) è una causa di nullità”. La nuova parola è “motivo”, che però appare qui come un altro nome che diamo alla causa, però alla causa intima (cioè una ragione personale non contrattuale)

Articolo 1162: “il contratto non può derogare all’ordine pubblico (...) per il suo scopo”. La nuova parola è “scopo” ed è molto interessante notare che Capitant, grande autore del 20° (ventesimo) secolo, aveva definito la causa, nel suo celebre libro in argomento, proprio come lo scopo del contratto.

Articolo 1169: “un contratto a titolo oneroso è nullo quando, al momento della sua formazione, il corrispettivo concordato (...) è illusorio o derisorio”. La nuova parola è “corrispettivo concordato” che è di fatto l’elemento con il quale la dottrina ha sempre identificato la causa nei contratti a titolo oneroso.

Ebbene questi nuovi articoli si prestano a due osservazioni:

1. Il nuovo vocabolario è rimasto in effetti “causalistico”. Il legislatore ha soltanto giocato. Ha giocato al gioco dei sinonimi. E non sembra che le nuove parole scelte siano più chiare. Addirittura, non si può escludere che la nuova terminologia scelta dal legislatore possa condurre ad uno scenario futuro ancora più confuso rispetto a quello in cui si utilizzava la parola causa. Almeno la causa era nota a tutti. Il nuovo assetto richiede anzitutto di definire il preciso significato delle nuove parole e, questo prospetta il rischio di alimentare un nuovo contenzioso giudiziario, che potrebbe essere anche peggiore di prima. A ciò va aggiunto che alcune delle nuove soluzioni appaiono nella sostanza più causaliste di prima della riforma! Per esempio, l’articolo 1135 al. 2 che prevede la nullità della “libéralité” per un motivo erroneo ha codificato e generalizzato una soluzione che era apparsa solo sporadicamente in giurisprudenza e non era unanimemente condivisa dalla dottrina. Adesso tutte le “libéralité” possono cadere se un motivo, cioè una ragione non conosciuta del beneficiario della “libéralité”, è erroneo.

2. Non esiste più un articolo che formula in maniera generale, la necessità di una causa. Ci sono soltanto regole particolari, come abbiamo visto e questo è molto interessante nella prospettiva del convegno di oggi che si interroga sulle norme generali. Alcuni autori hanno parlato di “pulvérisation de la cause” (polverizzazione della causa) per descrivere questo fenomeno. Il metodo utilizzato dal legislatore francese appare però problematico. Presuppone che non ci siano delle lacune, delle carenze nell’introduzione e nella disciplina di tutti gli equivalenti funzionali della causa.

E invece, delle carenze ci sono. Se ne evidenziano immediatamente almeno due:

- la prima riguarda l’articolo 1135 al. 2 (mille cento trenta cinque comma due). L’articolo parla soltanto di “libéralité”. Però in francese – e qui la regola è diversa rispetto al diritto italiano, la “libéralité” è soltanto l’atto giuridico che trasferisce la proprietà a titolo gratuito. La domanda è allora

questa: come trattare gli atti a titolo gratuito che non sono delle *liberalité*, quali ad esempio i contratti di prestazione di servizio gratuito? Si pensi al comodato d'uso gratuito di un appartamento.

- la seconda carenza riguarda, l'importantissimo articolo 1169 (mille cento sessanta nove) che esige nei contratti a titolo oneroso un corrispettivo non illusorio o derisorio. Da questo articolo sorge il problema seguente: quelli a cui fa riferimento il testo sono soltanto i contratti a titolo oneroso con prestazioni corrispettive. E allora, che cosa decidere a proposito dei contratti unilaterali, come ad esempio la fideiussione? O che cosa decidere per l'“engagement unilatéral de volonté”, la vostra promessa unilaterale, che non è nemmeno un contratto?

È evidente che una risposta a queste questione impone di rispondere prima al questione, ben vista dalla nostra collega Emmanuela Navaretta, di sapere se nel diritto francese riformato trovi ora uno spazio – uno spazio importante – l'atto astratto.

Su questi punti ci sarà, e c'è già, una divergenza di vedute tra gli interpreti in Francia.

Alcuni autori – che sembrano minoritari – ritengono che non si possa andare al di là delle soluzioni particolari previste dai nuovi testi. Nella loro opinione, l'atto astratto è valido perché la causa non sarebbe più un requisito essenziale della fattispecie negoziale. Ciò significa, secondo loro, che praticamente il giudice non può verificare se l'atto ha una causa. E valido da se stesso: basta verificare che il consenso sia sano e che l'atto abbia un oggetto. Perciò non è possibile per una parte di dimostrare che l'atto non ha una giustificazione razionale. Questo è irrilevante. L'arricchimento ingiustificato non può nemmeno essere invocato. E comunque l'articolo 1303-1 (mille tre cento tre, 1) prevede che l'arricchimento è giustificato quando sorge da l'esecuzione di una obbligazione. E qui, l'obbligazione valida c'è.

Questo punto di visita non mi sembra corretto. Come abbiamo visto, il legislatore francese non ha voluto cambiare le soluzioni di fondo. Il legislatore francese ha voluto che il diritto francese rimanesse causalista, ma che il diritto francese utilizzasse nuove espressioni per far emergere il profilo causale del contratto.

Non è possibile mantenere le esigenze della causa per la “libéralité” e il contratto oneroso senza mantenerle per gli altri atti giuridici. Suona incoerente. Se bisogna verificare se c'è una ragione giustificativa per la *liberalité* o per il contratto a titolo oneroso, perché questa esigenza dovrebbe venir meno per gli altri atti giuridici?

Per esempio se faccio la donazione di un appartamento a mio figlio per un motivo fiscale che, in realtà non sussiste, la donazione è nulla, sicuramente, ex articolo 1135 al. 2. Invece se presto gratuitamente questo appartamento per lo stesso motivo erroneo, non sarebbe possibile decretare la nullità di questo

prestito, visto che manca una previsione speciale in tal senso. È giusto così?

Per esempio, se vendo una cosa ad un prezzo bassissimo, il contratto è sicuramente nullo ex articolo 1169, perché la contropartita è derisoria. Invece, se una persona si limita a scrivere in un atto che deve 1 milione di euro a un'altra, è da ritenersi preclusa in ogni caso la ricerca di un fondamento giuridico per questo impegno?

Logicamente, la risposta può solo essere no. Però, ovviamente, il dibattito non è soltanto tecnico. È anche politico. E ritorniamo dunque al punto della difficile determinazione dell'equilibrio fra giustizia e libertà.

In fondo, la causa è stata percepita, da alcuni, come un limite inammissibile alla libertà contrattuale. Il controllo del consenso ed il controllo della capacità dovrebbero bastare, secondo loro. Il controllo supplementare legato al profilo causale non sarebbe legittimo perché, essendo un controllo oggettivo e giudiziario, si tratterebbe di un paternalismo pericoloso, di una pericolosa intromissione del sistema nella sfera dell'autonomia privata.

Ed è vero che, in passato la Corte di cassazione ha utilizzato il requisito della causa contro la libertà contrattuale, assegnando un ruolo centrale al controllo della causa concreta e portando ad una "subjectivisation de la cause", cioè a dare un ruolo al motivo soggettivo di una parte – questo è la famosa *jurisprudence Point Club video*. Va detto però che si tratta di una giurisprudenza che era già recessiva prima della riforma. Anzi, la *jurisprudence Point Club video* era morta.

In realtà, come dice la saggezza latina, *abusus non tollit usum*, l'abuso non impedisce l'uso. Significa che c'è una terza via, una via di mezzo. La via del equilibrio tra giustizia e libertà. Quella di un controllo leggero, cioè un controllo strutturale minimo che permette al giudice di eliminare dall'ordine giuridico gli atti che sono economicamente assurdi senza controllare, finora, l'utilità meramente soggettiva di questi atti per una parte.

I nuovi articoli della riforma permettono, a mio parere, d'imboccare questa via, dando alla causa un ruolo giusto, cioè modesto. E penso che la stessa logica si possa applicare a proposito delle innovazioni e degli articoli riformati del codice che disciplinano il contenuto del contratto.

Sono sicuro che l'Italia ci aiuterà ad andare in questa via. E devo dire che, la prima cosa che può fare, se l'Italia riforma il suo diritto dei contratti, è di non abbandonare né il concetto di "causa", neanche la parola "causa".

OLIVIER DESHAYES¹

LIBERTÉ ET JUSTICE DANS LE NOUVEAU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS: LE CONTRÔLE DU JUGE SUR LE CONTENU DU CONTRAT

SOMMARIO: 1. Le contrôle de l'équilibre contractuel par le juge est limité. – a) Le principe demeure: la lésion est indifférente. – b) Les exceptions sont limitées. – 2. Le contrôle de l'équilibre contractuel par le juge est justifié. – a) Le contrôle justifié par l'altération de la volonté. – b) Le contrôle justifié par l'insuffisance de la volonté. – c) Le contrôle justifié par l'impuissance de la volonté.

Mesdames, Messieurs, Chers collègues, Chers étudiants,

Il est fantaisiste de croire qu'une réforme nationale du droit des contrats, comme celle qui est intervenue en France, puisse servir de modèle pour les autres pays, même s'ils sont géographiquement et culturellement voisins. Il y a deux raisons à cela.

Premièrement, les circonstances qui justifient les réformes sont, de toute évidence, propres à chaque pays. La France n'est pas l'Italie, pas plus qu'elle n'est l'Allemagne ou l'Angleterre.

Deuxièmement, les choix qui sont faits à l'occasion de telles réformes dépendent largement de la façon dont le droit est né et a grandi, de la façon dont il est conçu et fonctionne. Il y a, pourrait-on dire, un phénomène de dépendance au sentier (*dipendenza dal percorso*) qui tient au fait que les réformes ne partent jamais d'une feuille blanche. Les choix sont orientés par l'état dans lequel se trouve le droit avant la réforme ainsi que par la tradition et l'histoire, ce qui rend toute comparaison difficile.

Mais quelque modestes que puissent être les enseignements de la réforme française du droit des contrats pour les juristes italiens, il est certain qu'ils ne peuvent apparaître que si cette réforme est présentée avec honnêteté, dans toute sa subtilité, sans tomber dans la caricature.

Précisément, s'agissant du contenu du contrat, il est tentant de croire que la France a profondément bouleversé son droit en confiant au juge un pouvoir considérable de contrôler l'équilibre des prestations. Un glissement se serait opéré, de la liberté contractuelle vers la justice contractuelle ; de la

¹ *olivier.deshayes@parisnanterre.fr*. Le style oral a été conservé.

liberté des parties vers une justice placée sous le contrôle du juge.

Ce qui donne cette impression (du moins à certains juristes français et peut-être à certains observateurs étrangers), c'est l'apparition dans le Code civil de trois règles nouvelles :

- l'introduction d'une forme de contrôle de la lésion (sous le masque de la violence par abus d'un état de dépendance) (c'est l'article 1143),
- l'introduction d'un contrôle du «déséquilibre significatif» entre les droits et obligations des parties (c'est l'article 1171)
- et la consécration d'une révision ou résiliation pour imprévision (c'est l'article 1195).

Je voudrais rapidement démontrer que ces trois nouvelles règles, qui sont bien familières aux juristes italiens, ne bouleversent pas aussi profondément qu'on pourrait le croire l'équilibre du droit français, qui continue de placer très haut la liberté contractuelle.

Pour cela, je vais tenter de montrer que le contrôle de l'équilibre contractuel par le juge dans le droit français nouveau est limité (I) et qu'il est justifié (II).

1. *Le contrôle de l'équilibre contractuel par le juge est limité*

Le contrôle de l'équilibre contractuel par le juge est doublement limité. Premièrement, il a un caractère exceptionnel puisque la lésion est en principe indifférente (A). Deuxièmement, ce contrôle est étroitement encadré par les textes qui l'autorisent (B).

a) *Le principe demeure: la lésion est indifférente*

L'un des «murs porteurs»² (*muri portanti*) du droit français des contrats est que l'équilibre objectif des prestations échangées entre parties n'est pas une condition de validité ni d'efficacité des contrats.

Ce sont les parties qui apprécient si les prestations échangées se valent et non le juge.

Désormais cette règle figure à l'article 1168 du Code civil : «(...) le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement»³.

² O. DESHAYES-T. GENICON-Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, éd. LexisNexis, 2016, sous art. 1168.

³ Sur la portée du texte, qui est générale, et sur l'amplification de sa valeur symbolique par la réforme nous nous permettons de renvoyer à O. DESHAYES-T. GENICON-Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, *loc. cit.*

Le nombre des exceptions légales n'a pas changé. Il demeure limité. Le Code civil français admet principalement :

- la rescision de la vente d'immeuble en cas de lésion de plus des 7/12^{ème} au détriment du vendeur ;
- la rescision du partage en cas de lésion de plus du ¼ (il faut toutefois signaler que la sanction de la rescision a disparu en 2006 au profit d'une forme de révision : l'action en comblement de part) ;

et

- la rescision ou révision pour lésion des contrats passés par des mineurs ou majeurs incapables.

En dehors de ces hypothèses prévues par la loi, la règle est donc que le déséquilibre des prestations ne donne pas lieu à rescision. A vrai dire, un tel déséquilibre ne donne lieu à aucune autre sanction. La lésion, dit-on, est indifférente.

Chacun le sait : une telle solution procède d'un choix d'ordre politique. Il s'agit de prendre au sérieux la liberté (qui vient toujours avec sa sœur jumelle, la responsabilité). Si la lésion est donc un danger, il est accepté par l'ordre juridique français comme une conséquence nécessaire de la liberté contractuelle : «le danger de la lésion, écrivait Ripert, est la rançon de la liberté»⁴.

Cette règle de principe de l'indifférence de la lésion est prolongée par d'autres règles (désormais explicitement consacrées dans le Code civil) :

- l'erreur sur la valeur n'est pas une cause de nullité des contrats (art. 1136) ;
- il n'existe pas d'obligation d'information sur la valeur des prestations (art. 1112-1) ;
- il n'y a pas dol pour une partie à ne pas révéler à l'autre la valeur de sa prestation ou de celle de l'autre partie (art. 1136).

b) *Les exceptions sont limitées*

Dans les cas où le juge français a été investi d'un nouveau pouvoir de contrôle de l'équilibre contractuel, il est frappant de constater que ce pouvoir est limité dans son domaine et dans sa portée. Ceci permet d'affirmer que le principe de l'indifférence de la lésion n'est pas qu'une coquille vide : il n'est pas vidé de sa substance par les exceptions qui y sont apportées.

Commençons par le nouveau cas de violence : l'abus d'un état de dépendance. Selon l'article 1143 :

«Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il

⁴ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., 1949, LGDJ, n°63.

n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif».

On voit aisément qu'il ne s'agit pas seulement de sanctionner un déséquilibre mais bien un vice du consentement : la violence. Dès lors, il ne suffit pas de démontrer un déséquilibre. Il ne suffit même pas de montrer qu'une partie a obtenu un avantage «manifestement excessif». Il faut en outre établir que cette partie a abusé de sa position de domination pour obtenir un tel avantage. Et, contrairement à d'autres droits, le droit français ne se satisfait d'un abus d'une situation de faiblesse, d'un état de nécessité ou d'un état de vulnérabilité de la victime. Ces expressions ont paru trop vagues. Il exige qu'existe une relation de dépendance et plus particulièrement une relation de dépendance d'une partie envers une l'autre, ce qui est plus étroit encore. Ainsi, la victime âgée ou illettrée ne peut-elle pas être protégée sur le fondement de ce texte (du moins pas pour cette seule raison qu'elle est vulnérable).

Poursuivons par le contrôle du «déséquilibre significatif». Ce contrôle est inspiré de mécanismes comparables du Code de la consommation⁵ et du Code de commerce. Il a été consacré à l'article 1171. Selon ce texte :

«Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite (al. 1). L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation (al. 2)».

Le mécanisme, on le voit aisément, est doublement limité⁶. Premièrement, il ne s'applique qu'aux contrats «d'adhésion», c'est-à-dire aux contrats comportant un ensemble de clauses non négociables proposé d'avance par une partie. Deuxièmement, le juge ne peut en aucun cas procéder à un contrôle de l'équilibre entre le prix et la prestation⁷. Autrement dit, le contrôle ne peut porter que sur les clauses «secondaires» du contrat, celles qui fixent les règles du jeu contractuel (clauses de responsabilité, clauses d'interprétation, clauses de résiliation ou de résolution, etc.) mais pas sur le cœur économique du contrat.

Terminons par le contrôle du déséquilibre résultant d'un changement de circonstances. L'article 1195 dispose :

⁵ C. conso, art. L.212-1, sur lequel, v. not. J. JULIEN, *Droit de la consommation*, éd. Montchrestien, 2015, n°205 et s.; J.-D. PELLIER, *Droit de la consommation*, éd. Dalloz, 2016, n°93 et s.

⁶ V. égal. D. Mazeaud, art. préc., 103 : «la sécurité juridique ne devrait pas trop souffrir du pouvoir nouveau accordé au juge. En effet, le pouvoir du juge est strictement cantonné».

⁷ En droit de la consommation, la restriction est la même, sous une réserve qui sera évoquée plus loin (C. conso, art. L.212-1). En droit des pratiques restrictives de concurrence, la restriction ne figure en revanche pas dans la loi (C. com., art. L.442-6, I, 2°). La Cour de cassation en a déduit que le déséquilibre significatif peut «résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu» (Com., 25 janvier 2017, n°15-23547, JCP 2017, doct. 255, note M. Béhar-Touchais, D. 2017, 481, note F. Buy).

«Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation (al.1). En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe (al. 2)».

La seule lecture du texte montre que la révision ou la résiliation judiciaires du contrat devraient être fort rares : ces sanctions judiciaires ne sont que des épouvantails afin d'inciter les parties à négocier elles-mêmes. Contrairement à d'autres systèmes juridiques, le droit français considère d'ailleurs que ce mécanisme d'imprévision n'est pas d'ordre public. Les travaux préparatoires de la loi de ratification de 2018 indiquent en effet clairement que les parties peuvent exclure l'application de l'article 1195 du Code civil (ce qu'elles ne se privent pas de faire en pratique).

Il résulte de tout cela que le pouvoir de contrôle du juge sur l'équilibre contractuel n'est pas aussi important qu'on peut au premier abord le penser⁸. Il faut à présent ajouter que ce contrôle est par ailleurs justifié.

2. *Le contrôle de l'équilibre contractuel par le juge est justifié*

Dans les limites dans lesquelles il est consacré en droit positif et qui viennent d'être présentées, le contrôle par le juge de l'équilibre contractuel nous paraît justifié. La raison est que ce contrôle ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle puisqu'il n'intervient qu'en cas d'altération de la volonté (B), d'insuffisance de la volonté (B) ou d'impuissance de la volonté (C).

a) *Le contrôle justifié par l'altération de la volonté*

Est ici visé le cas prévu par l'article 1143 du Code civil, c'est-à-dire l'exploitation abusive d'un état de dépendance.

Il a été dit plus haut que la lésion, en pareil cas, ne vicie le contrat que s'il existe un vice du consentement : une violence. Ce rattachement de l'exploitation abusive des circonstances à la violence est significatif. Il montre que le droit français *ne* permet au juge d'apprécier l'équilibre des prestations *que* pour révéler un comportement illégitime. J'ajoute que le déséquilibre ne fait pas, en

⁸ Dans le même sens, v. D. MAZEAUD, art. préc.

lui-même, présumer un comportement illicite constitutif de violence. C'est à la victime de prouver que l'autre partie a abusé d'un état de dépendance, c'est-à-dire qu'elle ne s'est pas contentée d'en tirer un profit, même important, mais qu'elle a utilisé activement la situation pour exercer une contrainte, laquelle a forcé le consentement de la victime et l'a conduit à conférer à l'autre un avantage manifestement excessif. Bref, le nouveau vice d'abus d'état de dépendance ne peut pas être révélé par un simple examen objectif de la situation ; il suppose la preuve d'un comportement blâmable d'une partie ayant forcé le consentement de l'autre, ce qui permet de l'inscrire dans la théorie classique des vices du consentement.

b) *Le contrôle justifié par l'insuffisance de la volonté*

Est cette fois visée la règle prévue à l'article 1171 du Code civil français.

Ce texte, nous l'avons vu, ne permet pas au juge de contrôler le déséquilibre significatif dans tous les contrats, mais seulement dans les «contrats d'adhésion». Or ces contrats sont caractérisés par une soumission d'une partie à l'autre, laquelle dispose du pouvoir d'imposer le contenu du contrat, sans possibilité pour l'autre de négocier. Dans de tels cas, mais dans de tels cas seulement, il est permis de penser que l'attention de la partie faible n'a pas pu utilement porter sur les points secondaires du contrat. Le risque est donc qu'une clause excessive soit présente dans le contrat, clause dont on ne peut pas dire qu'elle a été pleinement et consciemment acceptée. Un contrôle par le juge est donc tolérable. Mais, on l'a vu, en aucun cas ce contrôle ne peut porter sur les prestations principales ou sur le prix. Pourquoi ? Parce que là, très probablement et précisément, l'attention du contractant a dû s'arrêter. On peut excuser que la partie qui adhère à un contrat d'adhésion ne soit pas vigilante quant aux déséquilibres causés par des clauses secondaires, mais on ne peut pas venir à son secours lorsqu'elle a conclu le contrat en dépit d'un déséquilibre portant sur les prestations principales du contrat.

c) *Le contrôle justifié par l'impuissance de la volonté*

Tel est le cas pour la révision pour imprévision (art. 1195).

Je crois qu'il est inutile d'insister sur ce point qui est bien connu de tous. Il est impossible pour les parties de prévoir ce qui était ... imprévisible. On comprend donc que le respect dû à l'accord de volonté ne soit pas total lorsque l'accord s'est formé sur une perception ou une connaissance incomplète des choses.

Je préfère m'essayer à une courte conclusion d'ensemble. Il apparaît en définitive que le nouveau droit français des contrats augmente les pouvoirs du juge de contrôler l'équilibre contractuel. Toutefois cet accroissement ne constitue en rien un bouleversement des lignes directrices du droit français. En réalité, le principe d'indifférence de la lésion demeure. Tout au plus accepte-t-on désormais que le juge ait son mot à dire sur l'équilibre contractuel lorsque la volonté des parties n'est pas suffisamment libre ou éclairé pour conduire à un accord qui soit juste. Tout cela est en réalité assez banal et le droit français antérieur à la réforme parvenait à vrai dire déjà à des résultats voisins, au moyen de procédés plus ou moins détournés.

Mais, précisément, ce n'étaient que des moyens *détournés*. On recourait parfois à la cause ou à la bonne foi, à l'idée de loyauté, ou à celle de devoir de renégocier pour parvenir à assouplir les textes. *Et le grand intérêt d'une réforme comme celle qui a été entreprise en France est finalement là* : permettre à la fois que les grands principes du droit des contrats soient réaffirmés et que les difficultés particulières soient frontalement abordées au moyen de textes précis. Si l'on réfléchit bien, ce n'est pas affaiblir la liberté contractuelle que de faire officiellement place à certains mécanismes de contrôle par le juge du contenu du contrat, c'est fixer avec précision les bornes de cette liberté, qui ne saurait évidemment être totale, et éviter ainsi que cette liberté ne soit attaquée par derrière, sur des fondements et dans des cas imprécis. L'arbre cache parfois la forêt. On voit surtout que des exceptions ont été apportées au principe d'indifférence de la lésion ; on ne voit pas que, incidemment, tous les détours, tous les contournements qui existaient avant mais qui demeuraient flous et incertains n'ont plus lieu d'être. On cerne désormais bien mieux qu'avant les limites apportés au principe d'indifférence de la lésion. Et cela, finalement – et non sans paradoxe –, ne conduit-il pas à vivifier le principe ?

JENS KLEINSCHMIDT

GENERAL RULES IN THE GERMAN MODERNIZATION
OF THE LAW OF OBLIGATIONS:
A STORY OF GENERALIZATION AND SPECIALIZATION

OUTLINE: 1. The German reform at a glance. – 1.1. A brief history: Events up to the new law. – 1.2. Purposes of the reform. – 1.3. Limited scope of the reform. – 2. Remedies for breach of contract. – 2.1. From cause approach to unified approach. – 2.2. Selected problems. – 2.3. Convergence and comparative dialogue. – 3. The unaffected general part. – 3.1. Contract and juridical act. – 3.2. Contract and unilateral promise. – 3.3. Advantages and problems of a general part. – 3.4. New challenges. – 4. A new approach towards consumer directives. – 4.1. Integration or separation? – 4.2. Reasons for an integrated approach. – 4.3. Challenges of an integrated approach. – 5. Conclusions and outlook.

European contract law is experiencing interesting times. On the one hand, it seems that contract law harmonization by the European Union has reached a stage of consolidation. The proposed Common European Sales Law has been withdrawn in view of opposition by the Member States¹. Instead, recent activities in the context of the Digital Single Market have reverted to the traditional strategy of sectoral – or: piecemeal – harmonization². On the other hand, an increasing number of Member States feels that the time has come to reform their national contract laws. The most prominent recent example is, of course, France whose law has traditionally been a model for other sys-

¹ See J. BASEDOW, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Das Ende eines Kommissionsvorschlages*, ZEuP 2015, 432 ff.

² See the recent examples of the Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, OJ L 136/1, as well as of the Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC, OJ L 136/28. On this development N. JANSEN-R. ZIMMERMANN, *General Introduction*, in: N. JANSEN-R. ZIMMERMANN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, 2018, para. 22 and paras. 4 ff. (rightly stating that this is a good moment to take stock and analyse what has been done so far on the legislative level – the *acquis communautaire* – as well as on the level of non-legislative proposals such as the Principles of European Contract Law).

tems of the Romanistic legal family³. Belgium is preparing an overhaul of its entire private law⁴. Similarly, lawyers in Luxembourg, another example of this legal family, are contemplating a reform of their law of obligations⁵. Earlier examples of contract law reform include the Netherlands and Germany and the transformation countries in Eastern and South-Eastern Europe. It does not take much fantasy to imagine that these ‘bottom up’-movements at law reform will kindle the debate on a competition of contract laws and at the same time help national legislators. The future will show whether it will also inspire a further convergence of national laws. It is, therefore, a very interesting development to discuss a possible reform of Italian contract law, in particular because Italian law has always served as an important country of reference in comparative law.

Within the framework of this volume, the present contribution aims to give an overview of the German reform of the law of obligations in 2002 (‘Schuldrechtsmodernisierung’) with a focus on generalization. It will briefly recount the history and purpose of the reform (1.) and then shed some light on the main features of the new law (2.). Afterwards, it will address aspects of general contract law that have been left untouched (3.) and, finally, comment on the relationship between general contract law and consumer contract law and the challenges associated with these different layers of regulation (4.).

1. *The German reform at a glance*

1.1. *A brief history: Events up to the new law*

The history of the German reform has been told very often so that the following remarks can be brief⁶. The reform statute was promulgated in November 2001 and entered into force on 1 January 2002⁷. It brought about the most far-reaching reform of the BGB and, in particular, of the law of obligations. Thus,

³ K. ZWEIFERT-H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., 1998, 98 ff.

⁴ See the overview in D. HEIRBAUT, *The sleeping beauty awakens: Belgium’s new law of inheritance as a first step in the greatest recent recodification program in Western Europe*, ZEuP 2018, 391 ff.

⁵ See P. ANCEL-A. PRÜM (eds.), *Réformer le droit des contrats? Analyse comparée autour du droit luxembourgeois*, 2020; A. PRÜM, *Faut-il réformer le droit luxembourgeois des contrats?*, in: *Mélanges en l’honneur du Professeur Claude Witz*, 2018, 701 ff.

⁶ In English, see the detailed assessment in R. ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations*, 2005, 30 ff.

⁷ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001, BGBl. I, 3138; drafts and the parliamentary reports are collected in C.-W. CANARIS (ed.), *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, 2002.

it modified an area of the codification that had remained almost untouched since the BGB had entered into force on 1 January 1900.

The legislative activity had been triggered by the need to transpose the Consumer Sales Directive of 1999⁸ into German national law. However, the legislator seized the occasion to do much more than what was necessary to bring the BGB in line with the requirements of the directive. Instead, it reverted to earlier reform discussions that dated back to the early 1980s. Back then, the Minister of Justice had commissioned a number of reports on the reform of very large parts of the law of obligations⁹. A commission had been given the task to turn parts of these reports into a legislative proposal. This proposal, presented in 1992¹⁰, was debated and generally welcomed by the German Lawyers' Association in 1994¹¹. However, the project never entered the legislative stage. Rather, it seemed to have fallen into oblivion¹². Therefore, it came as a surprise that the transposition of the Consumer Sales Directive prompted the legislator to resurrect the project.

However, this history helps to put into perspective the impression that the period for discussion of the reform had only been a little more than two years. The legislator was able to draw on a discussion that had been going on for more than twenty years. At the same time, the actual legislative process – and the constraints of a timely transposition of the Consumer Sales Directive – did not leave much time for deliberation¹³. Critics voiced the concern that the statute would have benefited from more time and thoroughness, in particular in those areas where it could not build on or where it deviated from the earlier drafts¹⁴.

⁸ Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, OJ L 171/12.

⁹ BUNDESMINISTER DER JUSTIZ (ed.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 3 vols., 1981/1983.

¹⁰ BUNDESMINISTER DER JUSTIZ (ed.), *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 1992.

¹¹ *Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages*, 2 vols., 1994.

¹² The German Minister of Justice of the 'Schuldrechtsmodernisierung' argued that the legislator had decided to wait for the enactment of the Consumer Sales Directive that had already been on the horizon back then, H. DÄUBLER-GMELIN, *Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform*, NJW 2001, 2281, 2283.

¹³ For an argument that the 'window of opportunity' for a reform was only open for a very limited time period C.-W. CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, JZ 2001, 499, 524.

¹⁴ Summarized in R. ZIMMERMANN (note 6), 33 f.: new items were in particular due to the proposed integration of consumer law into the codification, significant deviations could be observed in the rules on prescription, international developments that had taken place in the meantime (such as the elaboration of transnational model rules) and new findings on national law were insufficiently taken into account.

1.2. *Purposes of the reform*

What then were the reasons for the legislator to go far beyond the immediate need to transpose the directive? Three points need to be emphasized.

a) *Removal of complexities, inconsistencies, and lacunae*

First, it had become common ground in German law that the provisions on remedies for breach of contract in the BGB were in need of reform. At least two findings contributed to this observation. First, the existing provisions had given rise to inconsistencies and difficult issues of delimitation. The co-existence of a general regime for non-performance and a special regime for defective performance relating to contracts of sale or contracts for works and services could make the position of a claimant depend on subtle distinctions and difficult to predict¹⁵.

Against the disillusioning picture of the present state of the law, the concept of the Consumer Sales Directive must have seemed very attractive. The Directive caused some kind of chain reaction from special to general: by extending its scope first from consumer sales to all kinds of sales (irrespective of party roles and object of sale) and then from all kinds of sales to all types of contracts, the reform aimed at finding more general rules on remedies. In the discussion that led up to the reform, this approach was coined the comprehensive approach ('große Lösung') as opposed to a piecemeal approach ('kleine Lösung'). A piecemeal approach, favoured by some critics, would have meant to transpose the directive only to the extent necessary by formulating special rules for consumer sales¹⁶. The choice for the comprehensive approach was facilitated by the fact that the underlying concept of the Consumer Sales Directive was by no means consumer specific. It had rather been inspired by the CISG approach – that had also been the model of the German reform proposals since the 1980s so that both tied in very nicely¹⁷.

A second reason why the current state of the provisions on obligations had to be regarded as unsatisfactory was that some of the available remedies (allegedly)¹⁸ were creations by the courts and were not reflected in the text

¹⁵ For details, see below 2.1.

¹⁶ The discussion is briefly summarized in G. WAGNER, *Der Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbraucherschutz oder ökonomische Rationalität?*, ZEuP 2016, 87, 90f. The 'kleine Lösung' that would make only those adjustments to the BGB necessary to transpose the directive had in particular been advocated by W. ERNST-B. GSELL, *Kaufrechtsrichtlinie und BGB*, ZIP 2000, 1410 ff.; in favour of a transposition outside the BGB H. HONSELL, *Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB*, JZ 2001, 278, 283.

¹⁷ S. GRUNDMANN-M.-S. SCHÄFER, *The French and German Reforms of Contract Law*, ERCL 2017, 459, 465, 469; H. DÄUBLER-GMELIN, NJW 2001, 2281, 2287. Similarly, troublesome inconsistencies had affected the law of prescription, see below note 31.

¹⁸ For a more nuanced picture regarding the so-called 'positive Forderungsverletzung' see

of the codification. This was true for breaches of ancillary duties, but also for breaches of pre-contractual duties (*culpa in contrahendo*), for termination of long-term contracts for compelling reason or for the consequences of a change of circumstances¹⁹. Of course, it would be an illusion to think that the entire law of contract is or even could be laid down in the text of a codification. Even in a codified system, case law is and always has been an important source of law. Often, the courts are better suited to react to modern developments or to devise tailor-made solutions. However, it seems that this development had reached a stage where the legislator wished to intervene in order to restore the central position of the codification²⁰. It did step in not so much by changing or even abandoning the development initiated by the courts but rather by integrating the main lines of the case law into the written code. French lawyers would probably call this a ‘codification à droit constant’.

b) *Integration of consumer law into the general codification*

A second declared purpose of the reform was the integration of special rules on consumer law into the general civil code. Up to the ‘Schuldrechtsmodernisierung’, the German legislator had always transposed directives on consumer law in special statutes outside the BGB. They floated like islands in the sea of private law²¹. Now, that a corollary of the comprehensive approach was to merge somehow general contract law with the transposition of the directive, the time seemed ripe for an overall integration of these special areas of the law into the code²².

c) *Making German law fit for Europe*

Thirdly, the German legislator intended to catch up with European and international developments. The then German Minister of Justice quite openly admitted that it was also her ambition to restore the compatibility of the German codification with international expectations²³. This objective refers to the

U. HUBER, *Leistungsstörungen*, vol. 1, 1999, 78 ff.; on the reception of Huber’s study in the reform process R. ZIMMERMANN (note 6), 40.

¹⁹ See, in the reformed code, § 241 (2), § 311 (2), § 313, § 314 BGB.

²⁰ See, generally, J.M. SMITS, *The German “Schuldrechtsmodernisierung” and the New Dutch Civil Code: a Study in Parallel*, in: O. REMIEN (ed.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht*, 2008, 117, 119. On the codification of pre-contractual liability, see below 2.2.f).

²¹ The metaphor is borrowed from R. MICHAELS, *Of Islands and the Ocean: The Two Rationalities of European Private Law*, in: R. BROWNSWORD-H.-W. MICKLITZ-L. NIGLIA-S. WEATHERILL (eds.), *The Foundations of European Private Law*, 2011, 139 ff.

²² This step raises a number of questions concerning legislative technique, the underlying policy of a codification, and the unity of the legal system. For details, see below 2.2.f).

²³ H. DÄUBLER-GMELIN, *NJW* 2001, 2281, 2289; the idea also transpires in the reform draft, see BT-Drucks 14/6040, 162, where the legislator regards it as one advantage of the codification of case law that a written rule facilitates the introduction of a legal rule into the European discourse.

idea of legal competition where the attractiveness of a legal system may incite international contracting parties to choose this particular system as their applicable law and is to make it more likely that bodies which aim at legal harmonization take this system into account.

1.3. *Limited scope of the reform*

Undeniably, the reform of 2002 was the broadest reform to affect the German law of obligations. Nevertheless, its scope was limited. It is probably one of the most characteristic features of German contract law that it is devised in layers – layers that go from general to special. This construction in layers is due to the legislative technique of ‘factoring out’²⁴. What can be regulated on a more general level is factored out²⁵. Therefore, we find rules on contracts on different levels: Book 1 of the BGB, the general part (‘Allgemeiner Teil’), establishes the notion of juridical act (‘Rechtsgeschäft’)²⁶ of which the contract²⁷ is but one (albeit the most important) example. The law of obligations is found in Book 2 of the BGB and, in turn, divided into a general part and a special part. Rules in the general part apply to all contracts alike²⁸, while the special part comprises rules on particular types of contracts such as sale²⁹ or works and services³⁰.

The reform affected only some of these layers: the rules on prescription in the general part of the BGB³¹, and the rules on remedies for non-performance in general contract law and in the special parts on sales contracts and contracts

²⁴ J.P. SCHMIDT, *General Part*, in: K.J. HOPT-J. BASEDOW-R. ZIMMERMANN (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. I, 2012, 774. The metaphor goes back to Gustav Boehmer, see J. MÜNCH, *Strukturprobleme der Kodifikation*, in: O. BEHREND-S. W. SELLERT (eds.), *Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 2000, 147, 149.

²⁵ For an illustration, see H. BEALE-B. FAUVARQUE-COSSON-J. RUTGERS-S. VOGENAUER, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 3rd ed., 2019, 87 f.

²⁶ See §§ 104 ff. BGB.

²⁷ See §§ 145 ff. BGB.

²⁸ Even within the general part of the law of obligations, we find different layers: §§ 275 ff. BGB apply to all kinds of contracts, while particular rules for synallagmatic contracts are set apart in §§ 320 ff. BGB. From the potential perspective of a foreign lawyer, this systematic approach is sometimes criticized as overly complex and indeed ‘obscuring the parallelism of the claim for damages and the right of termination’, the former applying to all contracts and the latter being confined to synallagmatic contracts, see R. ZIMMERMANN (note 6), 77.

²⁹ See §§ 433 ff. BGB.

³⁰ See §§ 631 ff. BGB, again with general provisions and special provisions in §§ 650a ff. BGB on construction contracts.

³¹ The rules on prescription (§§ 194 ff. BGB) had also been made subject of a long-awaited major overhaul. As this part of the reform is not specific to contracts, this contribution will not elaborate on this part of the reform. For details see R. ZIMMERMANN (note 6), 122 ff.

for works and services, as well as consumer law. Thus, despite its comprehensive approach, the reform was by no means a reform of the entire law of contract. In particular, but for the rules on prescription, it left almost the entire general part untouched³².

2. Remedies for breach of contract

2.1. From cause approach to unified approach

The reform of the remedies for non-performance shows a clear tendency towards generalization. The original remedies concept had followed a ‘cause’ approach that relied on a complex system of different kinds of shortcomings in performance and attached remedies to each of them. The original BGB distinguished between impossibility, delay, and (limited to particular types of contract) defective performance³³. Soon after its enactment, it was felt that rules for breach of other obligations were lacking. The courts filled this lacuna by developing the remedy of ‘positive Forderungsverletzung’ (positive malperformance)³⁴. Despite its intuitive appeal, the ‘cause’ approach had led to intricate problems of delimitation and inconsistencies. Different prescription periods applying to the various remedies amplified the problems. These delimitation issues made the claimant’s position difficult to predict and depend on distinctions that were not always easy to justify.

This was particularly apparent in the case of a buyer of defective goods³⁵. Remedies for defects in the sale of goods had been inherited from Roman law. Thus, they were a special category that barred recourse to other categories. The buyer had only been entitled to damages under very restrictive conditions: a quality promised by the seller had to have been missing or the

³² For the argument that certain elements of the reform (incorporation of rules on standard contract terms, of a rule on change of circumstances, and of a rule on pre-contractual liability) ought to have been placed in the general part (instead of the law of obligations), see among others J. NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12th ed., 2020, § 7 para. 20.

³³ See, in English, K. ZWEIFERT-H. KÖTZ (note 3), 488 ff.; J. KLEINSCHMIDT, in: N. JANSEN-R. ZIMMERMANN, *Commentaries* (note 2), Introduction before Art 8:101 para. 8.

³⁴ F. FAUST, *Non-Performance*, in: *Max Planck Encyclopedia* (note 24), 1207, 1209; but see U. HUBER (note 18), 78 ff.; M. SCHERMAIER, in: M. SCHMOECKEL-J. RÜCKERT-R. ZIMMERMANN (eds.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK)*, vol. II/1, 2007, vor § 275 para. 3.

³⁵ For the following, see J. KLEINSCHMIDT, in: N. JANSEN-R. ZIMMERMANN, *Commentaries* (note 2), Introduction before Art. 8:101 para. 9; A. HELDRICH-G. REHM, *Modernisation of the German Law of Obligations: Harmonisation of Civil Law and Common Law in the Recent Reform of the German Civil Code*, in: N. COHEN-E. MCKENDRICK (eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, 2005, 123, 126 ff.; F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, 3rd ed., 2009, 853 ff., all with further references.

seller had to have fraudulently concealed a defect. Damage caused by negligence of the seller could not be compensated. Outside the scope of the buyer's remedies for defective goods, compensation for negligently caused damage had been readily available. As a consequence, the available remedy depended to a large extent on the question which of the categories of the cause approach applied. So, for example, a buyer could claim damages for negligence if the seller's breach would be qualified as a case of non-performance, for example delivery of an 'aliud', but not in the case of defective performance, delivery of a 'peius'. Likewise, the availability of damages could depend on whether the damage suffered by the buyer concerned the sold item itself or consequential damage to other interests of the buyer. Defects in title were treated differently from defects as to quality. This was hardly a satisfactory situation³⁶.

The contrast to this cause approach is a unified approach as it is found in the CISG³⁷. In his preparatory work for the CISG, *Ernst Rabel* clearly described many of the problems, delimitation issues and other inconsistencies that were the immediate consequence of dragging along the antiquated Roman approach³⁸. In fact, he concluded, liability for defective performance ought to be part of general contract law³⁹. This insight enabled him to devise a remedies regime that does not focus on particular categories of breach but on non-performance as such. The result was a unified approach. All types of breach are subsumed under a central notion of non-performance and, in principle, the legal consequences attached to non-performance do not depend on the type of breach. Whether the debtor performs late or not at all or breaches an ancillary duty or performance is defective, does not matter for the question of which remedies are available to the creditor. The remedial regime is no longer organized around the causes for non-performance in various special categories but around the available remedies in general. The CISG carries out this unified approach in a very pure form. It has inspired all later transnational model rules such as, prominently, the PECL and the UNIDROIT PICC.

³⁶ This was openly admitted by the minister of justice who was responsible for the reform, see H. DÄUBLER-GMELIN, *NJW* 2001, 2281, 2283. See also A. HELDRICH-G. REHM (note 35), 126: 'German law governing the conditions of and remedies for non-performance was a perfectly versatile instrument of torture in the hands of law professors, but hardly a convincing legal approach. It goes without saying that it was largely out of step with the international trend.'

³⁷ For the following, see J. KLEINSCHMIDT, in: N. JANSEN-R. ZIMMERMANN, *Commentaries* (note 2), Introduction before Art 8:101 para. 10.

³⁸ E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, vol. 2, 1958, 101 ff.

³⁹ E. RABEL (note 38), 132; see also the analysis of the German pre-reform controversy on the integration of the special remedies of the buyer for non-conformity into the contractual obligations of the seller by W. ERNST, in: M. SCHMOECKEL-J. RÜCKERT-R. ZIMMERMANN (eds.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK)*, vol. II/2, 2007, §§ 433-445 paras. 14 f.

Its main advantage can be grasped in juxtaposition to the cause approach⁴⁰: In principle, problems of delimitation will disappear as different kinds of non-performance give rise to the same set of coherent rules. Liability for defects, which causes so many problems when travelling in a compartment of its own under a cause approach, is integrated into general contract law. Repetitions and redundancies may be avoided; the risk of lacunae is reduced. Like cases may be treated alike. Finally, the need for a vastly inflated special contract law with a multiplicity of particular regimes for remedies decreases.

The Consumer Sales Directive could not adopt such a unified approach in its entirety because it addresses only a limited number of remedies and only sales law⁴¹. But it is apparently inspired by the CISG and it is drafted in a way that is compatible with the unified approach⁴²: non-performance triggers a remedy.

It was therefore possible for the German legislator to transpose the directive by reforming the remedial regime of the BGB based on the CISG idea of a unified approach⁴³. The missing link to such an approach was a duty of the seller to deliver the goods sold free from defects⁴⁴. Such duty had not been part of Roman law and therefore not of German law; it was introduced with the reform of 2002⁴⁵. Under this doctrinal perspective, delivery of defective goods can be a case of non-performance⁴⁶.

⁴⁰ See K. ZWEIGERT-H. KÖTZ (note 3), 512 ff.; Y. ATAMER, *Grenzen des Erfüllungsanspruchs im System des Leistungsstörungenrechts der PICC, PECL und des DCFR im Vergleich zum CISG*, in: *Festschrift für Klaus J. Hopt*, 2010, 3, 4 f.

⁴¹ See M. SCHMIDT-KESSEL, *Remedies for Breach of Contract in European Private Law*, in: R. SCHULZE (ed.), *New Features in Contract Law*, 2007, 183, 184. In particular, the Consumer Sales Directive does not address the claim for damages.

⁴² K. RIESENHUBER, *Europäisches Vertragsrecht*, 2nd ed., 2006, para. 861; C.M. BIANCA, in: S. GRUNDMANN-C.M. BIANCA (eds.), *EU-Kaufrechts-Richtlinie*, 2002, Art. 3 para. 3; S. GRUNDMANN, in: S. GRUNDMANN-C.M. BIANCA (eds.), *EU-Kaufrechts-Richtlinie*, 2002, Art. 2 para. 5.

⁴³ See above note 17.

⁴⁴ R. ZIMMERMANN (note 6), 99 with further references.

⁴⁵ The development is retraced in J. KLEINSCHMIDT, in: N. JANSEN-R. ZIMMERMANN, *Commentaries* (note 2), Art. 9:102 (1) paras. 29 ff. with further references; H. KÖTZ, *European Contract Law*, 2nd ed., 2017, 210 f.; R. ZIMMERMANN (note 6), 82 ff.; and R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, 1990, 311 ff.

⁴⁶ It should be mentioned that the BGB still deviates from the model of the CISG and other transnational texts: the core concept adopted by the BGB is 'breach of duty' ('Pflichtverletzung') and not 'non-performance'. This concept does not assume the perspective of the result owed but of the conduct required. If one accepts that the 'result owed' may also be the exercise of proper care in the execution of an act, the concept of non-performance can also cater for such obligations (cf. M. SCHMIDT-KESSEL, *Der Torso des allgemeinen Leistungsstörungenrechts Artt. 87-90 GEKR*, in: M. SCHMIDT-KESSEL (ed.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*, 2012, 287, 293). A system that relies on the concept of breach of duty will, however, encounter difficulties in cases of initial impossibility where there are no duties, see F. FAUST (note 34), 1207 ff. for details.

2.2. Selected problems

Highlighting some of the main features of the new remedial regime will show a number of benefits and problems that go along with the generalizing tendency that has shaped the reform in this respect.

a) *Implementation of the unified approach: available remedies*

Modelled on the CISG, the PECL introduce their provisions on remedies with an index provision⁴⁷ that point the party aggrieved by non-performance to a menu of remedies⁴⁸. Following this trend of providing ‘a list of the remedies as a form of sign-post for the reader’⁴⁹, Art. 1217 (1) of the new French Civil Code neatly summarizes the available remedies in one paragraph. The BGB adopts this technique only in the special provisions on contracts of sale (§ 437 BGB, obviously inspired by Art. 3 (2) of the Consumer Sales Directive), works and services (§ 634 BGB) or package travel (§ 651i (3) BGB), but not in the general law of obligations. In substance, however, the remedies available in the reformed BGB are the same as in the transnational texts. These remedies are: a claim for performance in kind; a claim for damages; the right to withhold performance; and the right to terminate the contract. Unlike the PECL or the DCFR, the BGB does not contain a general remedy of price reduction; instead, price reduction is made available only for certain types of contract⁵⁰.

b) *Remnants of a cause approach*

Upon closer inspection, it becomes apparent that the German reform has not succeeded in completely eliminating the cause approach. In particular, impossibility and late performance as particular categories of breach have been reintroduced during the deliberations of the reform⁵¹. For example, the avail-

⁴⁷ See J. HONNOLD-H.M. FLECHTNER, *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention*, 4th ed., 2009, para. 276 on Art. 45 CISG.

⁴⁸ See Art. 8:101 (1) PECL, Art. 45 and 61 CISG, and Art. III.-3:101 (1) DCFR; Art. 106 and 131 CESL even go further by not only referencing but enumerating the available remedies; the UNIDROIT PICC do not contain a comparable provision. For a discussion of the merits and dangers of this regulatory technique, see J. KLEINSCHMIDT, in: N. JANSEN-R. ZIMMERMANN, *Commentaries* (note 2), Art. 8:101 paras. 2 ff.

⁴⁹ H. BEALE-B. FAUVARQUE-COSSON-J. RUTGERS-S. VOGENAUER (note 25), 893.

⁵⁰ See Art. 9:401 PECL and Art. III.-3:601 DCFR, on the one hand, and §§ 441, 536, 638, 651m BGB, on the other hand. For a discussion of generalizing the remedy in German law, see K. BOOSFELD, *Von der actio quanti minoris zur performance reduction*, AcP 218 (2018), 944 ff.; C.-W. CANARIS, *Die Problematik der Minderung beim Dienstvertrag*, in: *Festschrift für Karsten Schmidt*, 2009, 177 ff.

⁵¹ See D. MEDICUS, *Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzung*, in: J. BASEDOW (ed.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 2000, 179, 182 ff. On impossibility, see D. LOOSCHELDERS, *Unmöglichkeit – ein Störenfried in der Dogmatik des*

ability of damages will depend on subtle distinctions as to the type of damage suffered⁵². If the claim for damages is meant to substitute the claim for performance (so-called ‘damages in lieu of performance’), the prerequisites under which a creditor may claim damages depend on whether performance has become impossible or whether it is coming late. In other instances, it will matter whether the damage is due to a delay in performance – so that it may, in principle, only be compensated after the debtor has been placed in default, *mora debitoris* (§ 286 BGB), by the creditor – or affects other interests of the creditor (so-called ‘simple damages’)⁵³.

It is well possible that some of the remaining distinctions might have been avoided by relying on a notion of non-performance that is independent of a breach of duty by the debtor⁵⁴. However, sometimes modifications depending on the type of non-performance may in fact be called for. To give one example: compensation of the expectation interest – damages in lieu of performance – will generally only be granted after an additional period for performance fixed by the creditor has lapsed⁵⁵. This requirement is to secure the primacy of performance in kind⁵⁶. If performance in kind is impossible, an additional period for performance is useless. It is therefore justified that the BGB dispenses with this requirement in the case of impossibility⁵⁷. Moreover, impossibility will exclude the claim for performance in kind⁵⁸. Such provisions can be seen as necessary modifications of the unified approach that do not create special categories of non-performance or re-introduce a cause approach. To the contrary, it would be an utterly doctrinal approach not to admit sensible distinctions with regard to the legal consequences of a non-performance⁵⁹. Distinctions of this kind may also be found in the transnational model rules that arguably implement the unified approach to an even greater extent than

deutschen Leistungsstörungenrechts, in: O. REMIEN (note 20), 63 ff. (asking whether the notion of impossibility is a ‘troublemaker’).

⁵² For details, see R. ZIMMERMANN (note 6), 52 ff.; D. COESTER-WALTJEN, *The New Approach to Breach of Contract in German Law*, in: N. COHEN-E. MCKENDRICK (note 35), 135, 144 ff.; F. FAUST, in: *BeckOK BGB*, 51st ed., 2019, § 437 paras. 54 ff.

⁵³ An example that has given rise to ample controversy in this respect is the buyer who has been delivered a defective machine that he cannot use for his factory and therefore suffers a loss until the non-conformity is remedied (so-called ‘Betriebsausfallschaden’).

⁵⁴ See above note 46 and D. LOOSCHELDERS (note 51), 83 (a unified system would require German law to follow the transnational models and detach a claim for damages from the notion of fault).

⁵⁵ See § 281 (1) BGB.

⁵⁶ W. ERNST, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 2, 8th ed., 2019, § 281 para. 1.

⁵⁷ § 283 BGB.

⁵⁸ § 275 (1) BGB; see also Art. 9:102 (2)(a) PECL.

⁵⁹ D. MEDICUS (note 51), 180.

the reformed BGB⁶⁰. All that matters is whether a particular distinction is in fact sensible and necessary.

c) *Special remedies in sales law*

Another distortion of the unified approach can be observed in sales law. As explained, the reform tried to integrate remedies for defective delivery into the general remedies regime by placing the seller under an obligation to deliver the goods free from defects. Defective delivery is thus turned into a regular case of non-performance, and the BGB no longer needs to operate with a separate remedial regime in sales law. However, the need for distinction may remain because the period of prescription of the buyer's remedies (§ 438 BGB) is modelled on the (objective) two-year period of the Consumer Sales Directive and hence shorter than the general (subjective) three-year prescription period for non-performance (§§ 195, 199 BGB)⁶¹. Therefore, it may be of crucial importance for a buyer to know whether his claim is the original claim for performance (subject to the general three-year period) or a claim for supplementary performance (subject to the special two-year period)⁶². In addition, sales law knows two remedies that are special to this field of law. Supplementary performance (§§ 439 (1), 437 no. 1 BGB) is arguably also aiming at performance in kind. It may, however, differ from the original claim for performance in kind and therefore call for a special regulation⁶³. Furthermore, maybe regrettably,

⁶⁰ See, eg, on the CESL M. SCHMIDT-KESSEL-M. KRAMME, in: M. SCHMIDT-KESSEL (ed.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, 2014, Art. 87 para. 5; on the DCFR U. HUBER, *Modellregeln für ein Europäisches Kaufrecht*, *ZEuP* 2018, 708, 713. The PECL and other texts have, for instance, discarded the traditional notion of *mora debitoris* and instead prefer to answer questions covered by this notion where they arise, see M. STORME, *Schuldnerpflichten, Vertragsstörung und Verantwortung*, in: P. SCHLECHTRIEM (ed.), *Wandlungen des Schuldrechts*, 2002, 11, 30 f.; for a comprehensive account, see E. LEIN, *Die Verzögerung der Leistung im europäischen Vertragsrecht*, 2015.

⁶¹ R. ZIMMERMANN, *Contract Law Reform: The German Experience*, in: S. VOGENAUER-S. WEATHERILL (eds.), *The Harmonisation of European Contract Law*, 2006, 71, 79, fearing that the coexistence of the two regimes 'will continue to give rise to problems of delimitation and distortions similar to those which the draftsmen of the reform originally set out to resolve'. Before the reform, the special prescription period in sales law had been only six months; this had given rise to intricate and often unsatisfactory issues of delimitation summarized by R. ZIMMERMANN (note 6), 93 f.

⁶² This question may arise, for instance, in the case of delivery of an *aliud* that the reform wished to align to defective performance, for discussion see F. FAUST, in: BeckOK BGB (note 52), § 434 paras. 107 ff.; R. ZIMMERMANN (note 6), 116 f.

⁶³ See, also from a comparative perspective, J. KLEINSCHMIDT, in: N. JANSEN-R. ZIMMERMANN, *Commentaries* (note 2), Art 9:102(1) paras. 40-44 with further references; U. HUBER, *Supplementary Performance*, in: *Max Planck Encyclopedia* (note 24), 1635 ff. Potential differences may relate to the place of performance, the burden of proof, or indeed the applicable prescription period. Moreover, the method of supplementary performance (repair or replacement) and its cost need to be regulated, and supplementary performance can be subject

price reduction (§ 441 BGB) has not been elevated to a general remedy like, for instance, in French law⁶⁴. Again, here as in other special remedial regimes such as those established for contracts of lease or contracts for works and services, it is necessary to strike a balance between generalization and the need to take into account particularities of a specific area of law⁶⁵.

d) *Unilateral termination for breach*

A point where German and Italian law differ to this day is the remedy of unilateral termination for non-performance. At the same time, it is a point where the significance of the unilateral juridical act may be observed. German law had known unilateral termination before the reform. However, in the BGB of 1900 instances of termination had been fragmented and dispersed over the BGB⁶⁶. Only the ‘Schuldrechtsmodernisierung’ has – again drawing on the model of the CISG – generalized the remedy and in particular extended it to sales law that had been marked by the aedilician *actio redhibitoria* before⁶⁷.

When the remedy of termination was invented at a rather late stage of contract law development and for the first time introduced into the French Civil Code (as a general remedy!), it required a court procedure⁶⁸. Terminating a contract and untying the legal bond between creditor and debtor was regarded as such a ‘heavy weapon’⁶⁹ and such a severe interference with the binding force of contracts that it should be controlled by the courts⁷⁰. Within a con-

to limitations (eg concerning disproportionality) that do not apply to the original claim for performance in kind.

⁶⁴ Art. 1223 French Code civil; see above note 50.

⁶⁵ Even between special rules for different types of contract, distinctions may be called for: while, for example, the choice between repair and replacement has to be on the consumer buyer (§ 439 (1) BGB), it is more suitable to give this choice to the contractor in contracts for works and services (§ 635 (1) BGB).

⁶⁶ On the pre-reform state, see R. ZIMMERMANN (note 6), 67 f.; A. FLESSNER, *Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung*, ZEuP 1997, 255, 263.

⁶⁷ However, in the case of defective performance, the general provision on termination may be subject to various modifications depending on the type of contract breached, thus calling into question the flawless adoption of a generalized approach towards termination, see W. ERNST, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 3, 8th ed., 2019, § 323 paras. 16 ff.

⁶⁸ This development is outlined in J. KLEINSCHMIDT, in: N. JANSEN-R. ZIMMERMANN, *Commentaries* (note 2), Introduction before Art 9:301 para. 5, Art 9:303 para. 3; G.H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, 1988, para. 243; S. ROWAN, *Remedies for Breach of Contract*, 2012, 80 ff.; H. KÖTZ (note 45), 218 ff.; F. TERRÉ-P. SIMLER-Y. LEQUETTE-F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 12th ed., 2019, paras. 794 f., all with further references.

⁶⁹ A. FLESSNER, ZEuP 1997, 255, 265 (‘schwere Waffe’).

⁷⁰ Y.-M. LAITHIER, *Comparative Reflections on the French Law of Remedies for Breach of Contract*, in: N. COHEN-E. MCKENDRICK (note 35), 103, 116 f.; see also F. TERRÉ-P. SIMLER-Y. LEQUETTE-F. CHÉNÉDÉ (note 68), para. 796 on the rejection of unilateralism (‘nul ne doit se faire justice à soi-même’).

siderable margin of appreciation, the court could then determine whether the breach was sufficiently serious to justify termination and possibly grant the debtor a last chance to perform⁷¹. The German development in the 19th century led to an outright rejection of judicial termination as an undue intervention that was too complicated⁷². It was cumbersome, costly, time-consuming, and difficult to predict for a creditor who wanted to regain his freedom⁷³. The development in France – as well as in almost all transnational contract law rules – shows a clear trend towards unilateral termination⁷⁴. In Italy, as in the reformed French contract law, the creditor has an option between judicial or unilateral termination⁷⁵. Yet, in both countries, a certain scepticism towards unilateral termination seems to remain in so far as the prerequisites for unilateral termination are higher⁷⁶. While, for example, Art. 1453 Codice civile enables the aggrieved creditor to demand judicial termination, Art. 1454 Codice civile makes unilateral termination depend on the formality of fixing in writing an additional period for performance of no less than 15 days.

In addition, Italian law requires the breach not to be of ‘scarsa importanza’ (Art. 1455 Codice civile). This approach accords with the criterion of a fundamental breach as it is found in the transnational texts⁷⁷ as well as in, for example, English⁷⁸ or French law⁷⁹, even though national laws may differ as to what they regard as fundamental in the individual case⁸⁰. German law, in

⁷¹ Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, 2007, paras. 214, 222 ff., 258 ff.; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, 2007, paras. 399 ff., 426 ff.; G.H. TREITEL (note 68), para. 243.

⁷² C. HATTENHAUER, in: *HKK*, vol. II/2 (note 39), §§ 323-325, para. 40.

⁷³ See, eg, H. KÖTZ (note 45), 219; Y.-M. LAITHIER, *Comparative Reflections* (note 70), 117 ff. (‘excessively laborious mechanism’).

⁷⁴ See the summary in J. KLEINSCHMIDT, in: N. JANSEN-R. ZIMMERMANN, *Commentaries* (note 2), Art. 9:303, paras. 5 f. with further references; A. FLESSNER, *ZEuP* 1997, 255, 271 f.; for the transnational rules, see Art. 26 CISG, Art. 9:303 (1) PECL, Art. 7.3.2 (1) UNIDROIT PICC, Art. III.-3:507 (1) DCFR, Art. 118 and 138 CESL.

⁷⁵ Art. 1453 and 1454 Codice civile; Art. 1224, 1226, 1227 French Code civil.

⁷⁶ In France, this can be seen in the fact that unlike judicial termination which is available ‘en toute hypothèse’, unilateral termination generally requires prior default (‘mise en demeure’) of the debtor. Moreover, the creditor has to give reasons for his unilateral termination. On the new rules, see in English S. ROWAN, *Termination for Contractual Non-Performance*, in: J. CARTWRIGHT-S. WHITTAKER (eds.), *The Code Napoléon Rewritten*, 2017, 317, 320 f., 328 ff.

⁷⁷ Art. 49 (1)(a) and 64 (1)(a) CISG, Art. 9:301 (1) PECL, Art. 7.3.1 (1) UNIDROIT PICC, Art. III.-3:502 (1) DCFR, Art. 114 (1) and 134 CESL; for an evaluation of the approaches of the transnational texts, see J. KLEINSCHMIDT, in: N. JANSEN-R. ZIMMERMANN, *Commentaries* (note 2), Art. 9:301 paras. 12 ff.

⁷⁸ E. PEEL, *Treitel. The Law of Contract*, 14th ed., 2015, para. 18-030.

⁷⁹ Art. 1224 French Code civil: ‘inexécution suffisamment grave’.

⁸⁰ For a comparison of Italian law and the PECL, see A. VENEZIANO, *Non-Performance and Remedies in General*, in: L. ANTONIOLLI-A. VENEZIANO (eds.), *Principles of European Contract*

contrast, takes a different starting point. After a careful comparative survey, the legislator of the reform expressly rejected including a threshold of fundamental breach into the BGB⁸¹. Instead, § 323 (1) BGB provides that the creditor may terminate the contract in the case of breach after a reasonable additional period for performance has been fixed by the creditor and fruitlessly elapsed – the so-called ‘Nachfrist’ mechanism⁸². The BGB has good reasons to deviate from the international trend: the ‘Nachfrist’ mechanism is a fairly simple and predictable tool⁸³. In particular, it does not create any need for judicial appreciation of the importance of the breach and consequently reduces the uncertainty for the parties whether termination had in fact been justified. Furthermore, this approach allowed the legislator to establish parallel requirements for termination and a claim for damages in lieu of performance (except, of course, the requirement of fault for the damages claim)⁸⁴.

Therefore, the ‘Nachfrist’ mechanism must not be equated with the additional period of no less than 15 days provided for in Art. 1454 Codice civile. Art. 1454 Codice civile intends to enable the creditor to terminate the contract without going to court. The 15-day-period does not replace the ‘scarsa importanza’-requirement⁸⁵. It rather works as a functional equivalent to judicial termination⁸⁶.

However, and this is where the importance of the breach comes into play in German law, fixing an additional period is not required in some enumerated situations that are characterized by a certain gravity – such as a serious and final

Law and Italian Law, 2005, 357, 369 (‘Italian law and PECL are actually not too distant in this respect’). On the prevalence of the ‘fundamental breach’-requirement, see, eg, H. KÖTZ (note 45), 225; A. FLESSNER, *ZEuP* 1997, 255, 266 ff.; G.H. TREITEL (note 68), paras. 259 ff.; H. BEALE-B. FAUVARQUE-COSSON-S. RUTGERS-J. VOGENAUER (note 25), 996 ff.

⁸¹ BT-Drucks. 14/6040, 180 ff. Only in cases of defective performance, § 323 (5)2 BGB requires – in accordance with the Consumer Sales Directive – that the non-performance must not be ‘minor’, see W. ERNST, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 3 (note 67), § 323 para. 243.

⁸² The mechanism goes back to 19th century German commercial law where it had been adopted in intentional contradistinction to the French model of judicial termination in Art. 354-357 of the ‘Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch’, however limited to cases of delayed performance. For the term ‘Nachfrist’ mechanism, see, eg, P. HUBER, *Termination of a Contract*, in: *Max Planck Encyclopedia* (note 24), 1653, 1654. In the case of a breach of an ancillary duty, § 324 BGB entitles the creditor to terminate the contract if he can no longer reasonably be expected to accept performance: this can be regarded as a kind of fundamental breach, see R. ZIMMERMANN (note 6), 74 note 198.

⁸³ See U. HUBER, *Leistungsstörungen*, vol. 2, 1999, 328 f.; P. SCHLECHTRIEM, *Abstandnahme vom Vertrag*, in: J. BASEDOW (note 51), 159, 167; D. COESTER-WALTJEN (note 52), 141.

⁸⁴ BT-Drucks. 14/6040, 183.

⁸⁵ See A. ZACCARIA, in: G. CIAN-A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, 13th ed., 2018, Art. 1454 para. I.1.

⁸⁶ For details, see J. KLEINSCHMIDT, in: N. JANSEN-R. ZIMMERMANN, *Commentaries* (note 2), Art 9:301 para. 10 with further references.

refusal by the debtor to perform (§ 323 (2) no. 1 BGB)⁸⁷ or impossibility of performance (§ 326 (5) BGB)⁸⁸. Hence, in these pre-defined cases of fundamental breach, the creditor has a right to immediate termination⁸⁹.

e) *A general rule on ancillary duties*

Among the general rules on obligations that have been introduced by the reform, there is a provision that deals with ancillary duties. § 241 (2) BGB states that an obligation may also, depending on its contents, oblige each party to take account of the rights, legal interests and other interests of the other party. If the debtor is responsible for an infringement of this duty, he will be liable in damages according to the general rule in § 280 (1) BGB. This provision confirms the protection of other interests of the contracting parties than the mere performance interest. For example, a creditor who is injured in the course of the debtor's performance – the debtor runs him over with his delivery truck – may claim damages. The existence of such duties had, of course, been admitted by the courts before 2002⁹⁰. Critics contend that not much is won by incorporating a provision into the code that reads as if it had been borrowed from a student textbook⁹¹.

f) *A general rule on pre-contractual liability*

Another important general rule introduced by the 'Schuldrechtsmodernisierung' can be found in § 311 (2) BGB. The provision states that duties of the kind just described may arise even before a contract has been concluded, simply by the parties' entering into negotiations or taking other steps with a view to a potential contractual relationship. This is, of course, the famous *culpa in contrahendo*.

As is well known, this doctrine goes back to the 19th century when Rudolf von Jhering recognized that parties who have entered into contract negotiations owe each other duties of diligence and protection that go beyond the usual delictual duties of care and are akin to contractual duties⁹². The draftsmen of

⁸⁷ For details, see W. ERNST, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 3 (note 67), § 323 paras. 93 ff.

⁸⁸ Apart from the case of defective performance, the claim for counter-performance even comes to an end automatically if performance is impossible, § 326 (1)1 BGB; on the background of this provision, see R. ZIMMERMANN (note 6), 68 ff.

⁸⁹ H. KÖTZ (note 45), 224; R. ZIMMERMANN (note 6), 74.

⁹⁰ See BT-Drucks. 16/6040, 125, also discussing the merits of incorporating the concept in the text of the codification (ancillary duties 'gehören zum Kernbestand des deutschen Zivilrechts und müssen ihren Platz in der zentralen Kodifikation finden'); G. BACHMANN, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 2 (note 56), § 241 paras. 47 ff.; F. DORN, in: *HKK*, vol. II/1 (note 34), § 241 paras. 93 ff., 105 ff.

⁹¹ See the discussion in F. DORN, in: *HKK*, vol. II/1 (note 34), § 241 para. 109.

⁹² R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur*

the BGB discussed this theory. Eventually, they decided not to include a wholesale provision incorporating this doctrine but only specific emanations. This did, however, not prevent the courts from using these specific provisions to develop a broad basis for pre-contractual liability. The doctrine became firmly established in case law and covered a broad range of issues: bodily injury in the negotiation process, damages for breaking-off negotiations, or breach of information duties are important examples. All this was not reflected in the codification but only in the efforts at systemization undertaken by an ever-growing body of legal scholarship.

The significance of *culpa in contrahendo*⁹³ in German law can be grasped if its function is considered. In fact, it is to make up for two deficiencies of the German tort law⁹⁴. First, the BGB does not contain a general clause on delictual liability, pure economic loss is difficult to compensate. Secondly, the BGB does not follow the principle of ‘respondeat superior’ which would make a principal liable for the fault of his employee, but allows the principal to exonerate himself if he took reasonable care in selecting and supervising the employee (§ 831 (1)2 BGB). Contractual liability, in contrast, does not suffer from these restrictions. The developing relationship of trust and reliance between the parties in the stage before the conclusion of a contract were the key to assimilating contractual and pre-contractual liability⁹⁵.

In view of the general acceptance of the concept, the legislator of the reform decided to take over the case law on *culpa in contrahendo* into the codification. The reform did not intend to amend or to modify the established doctrine. However, it was thought worthwhile to have a kind of peg – or a ‘statutory home’⁹⁶ – in the codification that could become the new starting point for further development by the courts; the legislative materials expressly state

Perfection gelangten Verträgen, Jherings Jahrbücher 4 (1861), 1 ff.; for details and further references on the development summarized in this paragraph, see J.D. HARKE, in: *HKK*, vol. II/2 (note 39), § 311 II, III paras. 8 ff.; on the situation in European private law M. LEHMANN, *Die Zukunft der culpa in contrahendo im Europäischen Privatrecht*, *ZEuP* 2009, 693 ff.

⁹³ And of ancillary duties in general, see G. WAGNER, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 8, 8th ed., 2020, § 823 para. 449.

⁹⁴ See, eg, D. LOOSCHELDERS, *Pre-Contractual Obligations and the Concept of Culpa in Contrahendo in German Law*, in: R. SCHULZE-P. PERALES VISCASILLAS (eds.), *The Formation of Contract: New Features and Developments in Contracting*, 2016, 29, 30 f.; J.D. HARKE, in: *Soergel. Bürgerliches Gesetzbuch*, 13th ed., 2014, § 311 II, III paras. 6 ff.; but see S. LEIBLE, *Culpa in contrahendo*, in: O. REMIEN (note 20), 219, 222 f. (*culpa in contrahendo* as a ‘wonder weapon’ in many areas of the law).

⁹⁵ On the doctrinal basis of pre-contractual liability (before and after the reform), see J.D. HARKE, in: *Soergel* (note 94), § 311 II, III paras. 12 ff.; V. EMMERICH, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 3 (note 67), § 311 paras. 40 f. (no single doctrinal basis for all cases of pre-contractual liability); see also BT-Drucks. 14/6040, 163 (*culpa in contrahendo* presupposes a quasi-contractual relationship of trust).

⁹⁶ R. ZIMMERMANN (note 6), 3.

that the courts should continue to rely on their pre-reform case law⁹⁷. As to the legislative technique of this incorporation into the code, the legislator felt, however, that it was too early to enact specific closed rules for particular cases of pre-contractual liability⁹⁸; it rightly recognized that not all aspects of the doctrine were universally accepted. In order not to curtail future evolution by the courts or to single out particular instances of liability by too narrow a provision, it opted for the general approach now found in § 311 (2) BGB. The legislator described this approach as corresponding to the 'legislative tradition' of the BGB to provide for abstract rules that are open to development and differentiation through case law⁹⁹.

The step of codifying pre-contractual liability in a rather general fashion had been subject to debate¹⁰⁰. Most authors agreed with the legislator that it was very difficult to formulate a more precise provision. Some of them conceded that a more specific rule which could enumerate particular cases would not only be almost impossible to draft, but would also ignore the fact that structuring the development of case law was a task for legal doctrine and not for the legislator¹⁰¹. A more specific regulation could have deprived *culpa in contrahendo* of its flexibility to address a whole range of legal issues¹⁰². At the same time, the new rule could provide for some kind of statutory basis of the concept¹⁰³. However, a number of critics came to a different conclusion and called into question the purpose of a provision that does little more than remind the reader of the existence and the problems of the concept¹⁰⁴. The general rule was said to give hardly any guidance on

⁹⁷ BT-Drucks 14/6040, 161 ff.

⁹⁸ The earlier reform proposals had in fact adopted a more specific technique oriented on established groups of cases, see D. MEDICUS, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, in: BUNDESMINISTER DER JUSTIZ (note 9), vol. 1, 1981, 479, 487 ff. (stating that a mere general rule that accepts the well-established concept of pre-contractual liability into the BGB would enhance transparency of the BGB but not help with the solution of particular cases).

⁹⁹ BT-Drucks. 14/6040, 162; see also, from a European perspective, M. LEHMANN, *ZEuP* 2009, 693, 709 f. (pre-contractual liability is too dynamic a concept for specific regulation).

¹⁰⁰ See, in particular, B. DAUNER-LIEB, *Kodifikation von Richterrecht*, in: W. ERNST-R. ZIMMERMANN (eds.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, 305, 316 ff.; J. KÖNDGEN, *Die Positivierung der culpa in contrahendo als Frage der Gesetzgebungsmethodik*, in: R. SCHULZE-H. SCHULTE-NÖLKE (eds.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, 2001, 231 ff.; C.-W. CANARIS, *JZ* 2001, 499, 519 f.

¹⁰¹ J. KÖNDGEN (note 100), 241 f.

¹⁰² S. LEIBLE (note 94), 226 and 233 (stressing that the transnational texts were able to achieve a higher level of specificity than the BGB by concentrating on a limited number of pre-contractual situations).

¹⁰³ C.-W. CANARIS, *JZ* 2001, 499, 519 (conceding that the provision is 'very vague and open').

¹⁰⁴ V. RIEBLE, *Die Kodifikation der culpa in contrahendo*, in: B. DAUNER-LIEB-H. KONZEN-K. SCHMIDT (eds.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, 2003, 137 ff.; B. DAUNER-LIEB (note 100), 316 ff., 327 f. and the discussion on Dauner-Lieb's contribution reported on

the prerequisites and the content of a claim¹⁰⁵. It merely seems to authorize the courts to continue with their case law¹⁰⁶. Whether it also serves the transparency and legal certainty that a codification is to bring about, was regarded as doubtful¹⁰⁷.

Almost twenty years after the reform, one may conclude that the provision did not do any harm¹⁰⁸. It did not impede the further development of the doctrine. On the contrary, one commentator remarks that the diversity of cases dealt with by the concept should warn against too detailed codification efforts¹⁰⁹. The statutory basis did not prevent the courts from going back to their pre-reform case law¹¹⁰ so that the intervention of the legislator did not work as a cut-off. When teaching pre-contractual liability, one often feels that students are quite happy to find some indication in the statute¹¹¹. The general rule might therefore also be regarded as an expression of a tendency in modern legislation – also found in other legal systems – to include provisions for

p. 330; see also J. KÖNDGEN (note 100), 233 ff. (codification of the doctrine is, in principle, possible but might be unnecessary as long as the legislator does not intend to interfere with the existing case law).

¹⁰⁵ B. DAUNER-LIEB (note 100), 317, whose criticism, however, referred to the first draft (the so-called ‘discussion draft’) which contained no more than a provision to the effect that an obligation with ancillary duties according to § 241 (2) BGB (see above 2.2.e) may arise by initiating the conclusion of a contract. The legislator took up this criticism by adding three instances, in which such an obligation may arise – arguably with hardly any palpable concretization. See also V. RIEBLE (note 104), 137 ff.; S. LEIBLE (note 94), 225 f.

¹⁰⁶ B. DAUNER-LIEB (note 100), 317 (‘Kodifikation als Blankettermächtigung’); J. KÖNDGEN (note 100), 236.

¹⁰⁷ B. DAUNER-LIEB (note 100), 317 and 327 f.; V. RIEBLE (note 104), 157; but see J. KÖNDGEN (note 100), 236 (if a codification is to reflect the status quo of legal development, pre-contractual liability ought to be mentioned in the code).

¹⁰⁸ S. LEIBLE (note 94), 228 f. (provision neither does any harm nor any good); T. PIERSON, *Probleme der Kodifikation von Richterrecht am Beispiel des § 311 BGB*, in: T. DUVE-S. RUPPERT (eds.), *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*, 2018, 549, 554 ff.; cf. the hope expressed by J. KÖNDGEN (note 100), 236.

¹⁰⁹ J.D. HARKE, in: *HKK*, vol. II/2 (note 39), § 311 II, III para. 28; but see V. RIEBLE (note 104), 139 (codification should have given answers to controversial questions of the concept within the statute).

¹¹⁰ Cf. S. LEIBLE (note 94), 228; for a historical perspective, see R. ZIMMERMANN, *Codification. The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, *ERCL* 2012, 367, 379 (legal doctrine is able to establish ‘lines of continuity thinking the old law to the new’).

¹¹¹ V. RIEBLE (note 104), 137 (the BGB has become more ‘study-friendly’); regarding this aim, see also C.-W. CANARIS, *JZ* 2001, 499, 519. It is, however, true that § 311 (2) BGB alone cannot help students because they have to read the provision together with § 241 (2) BGB and with § 280 (1) BGB, i.e. the provision that contains the legal consequence of a breach of a pre-contractual duty, see B. DAUNER-LIEB (note 100), 317 (adding that the important general limitation of available damages to the reliance interest is not apparent in § 311 (2) BGB, but see BT-Drucks. 14/6040, 162 f.).

pedagogical reasons¹¹² – something the draftsmen of the BGB of 1900 would never have considered. From this perspective, the incorporation of a general (and abstract) rule on pre-contractual liability also sheds light on the dynamic relationship between the legislature and the courtroom.

2.3. *Convergence and comparative dialogue*

On the European level, the unified approach towards remedies – an approach that relies on norms of a more general character – is gaining the upper hand. Legislators are inspired by European and international harmonization projects or induced by European directives to switch to this approach. This may be observed to an even greater extent in the French reform. As a consequence, legal systems may gradually converge. Problems that arise in one legal system may arise in a similar manner in other legal systems that have followed the same model. An optimistic assessment of this development would mean that comparative dialogue in European private law is strengthened¹¹³.

3. *The unaffected general part*

Taking a step back from the remedies system and looking again at the overall structure of contract regulation in Germany, one sees many areas which the ‘Schuldrechtsmodernisierung’ did not touch¹¹⁴: contract formation, validity, mistake, capacity, interpretation, representation, party and third party determination. Most of these questions are contained in the first book of the BGB, the famous general part. This general part is probably the part of the BGB that has been affected least by reform endeavours since 1900¹¹⁵. This in itself is a reason for having a closer look at it¹¹⁶.

¹¹² See also B. DAUNER-LIEB (note 100), 321 (‘Kodifikation als Lehrbuchzitat’).

¹¹³ See also S. GRUNDMANN-M.-S. SCHÄFER, *ERCL* 2017, 459, 470; R. ZIMMERMANN (note 6), 76 ff.

¹¹⁴ It also did not touch, among others, plurality of creditors and debtors, assignment, transfer of debts, set-off, or modalities of performance.

¹¹⁵ On the reform of the law of prescription in the context of the ‘Schuldrechtsmodernisierung’, see above note 31; for other modifications, see J. NEUNER (note 32), § 8 para. 15. For possible reasons of this stability, see J. MÜNCH (note 24), 153 (necessary modifications came from outside the BGB, such as constitutional or company law).

¹¹⁶ For a thorough discussion of the merits and problems of a general part, see J.P. SCHMIDT, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien. Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive*, 2009, 312 ff.; and, more briefly, J.P. SCHMIDT, *General Part* (note 24), 774, 775 f.; for a historical perspective, M. SCHMOECKEL, in: M. SCHMOECKEL-J. RÜCKERT-R.

The German general part should not be confused with introductory chapters to be found in a number of codifications – and most prominently in transnational texts – which stipulate ‘general principles’, such as freedom of contract or the binding force of contracts¹¹⁷. None of this is expressly spelled out in the BGB¹¹⁸. To the draftsmen of the BGB, these principles were the origin of legal rules, not legal rules in themselves¹¹⁹. They disapproved of the enactment of statements that they regarded as obvious or self-evident¹²⁰.

3.1. *Contract and juridical act*

As mentioned above, the BGB follows the technique of ‘factoring out’¹²¹ general rules. What can be regulated on a more abstract, more general level is factored out in a general part.

As far as contract law (the focus of this contribution) is concerned¹²², the general part of the BGB is built on the notion of the juridical act (‘Rechtsgeschäft’)¹²³. Contract is but one example of a juridical act. Unilateral declara-

ZIMMERMANN (eds.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK)*, vol. 1, 2003, vor § 1 paras. 43 ff.

¹¹⁷ Cf. S. VOGENAUER, ‘General Principles’ of Contract Law in *Transnational Instruments*, in: L. GULLIFER-S. VOGENAUER (eds.), *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law*, 2014, 291 ff. (discussing the history, problems and benefits of enacting such principles that are necessarily ‘indeterminate and open-textured’ and drafted in a ‘highly abstract and general rather than specific and concrete’ way, p. 313); see, eg, Art. 1101 ff. of the reformed French Code civil.

¹¹⁸ See M. SCHMOECKEL, in: *HKK*, vol. 1 (note 116), vor § 1 paras. 9 ff. (such introductory provisions tend to be expressions of the time in which they were drafted and are therefore in danger of becoming outdated). But see § 242 BGB on good faith and fair dealing that is, however, not drafted in the broad way in which it is today understood by German lawyers.

¹¹⁹ M. SCHMOECKEL, in: *HKK*, vol. 1 (note 116), vor § 1 para. 9 (tracing this attitude back to Savigny); J. RÜCKERT, in: *HKK*, vol. 1 (note 116), vor § 1 paras. 31 ff.; S. VOGENAUER (note 117), 296 f.; see also R. ZIMMERMANN, in: *HKK*, vol. 1 (note 116), vor § 1 para. 21.

¹²⁰ S. VOGENAUER (note 117), 296.

¹²¹ See above text accompanying note 24.

¹²² Of course, the general part contains more than the provisions on the juridical act which will be discussed in the following, such as prescription (§§ 194 ff. BGB, see above note 31), conditions (§§ 158 ff. BGB), computation of time (§§ 186 ff. BGB) or provisions on persons (natural persons, §§ 1 ff. BGB, associations, §§ 21 ff. BGB, and foundations, §§ 80 ff. BGB) and things (§§ 90 ff. BGB). It is, however, the notion of juridical act that shapes the image of the general part; without the juridical act, the general part would lose much of its substance (cf. to the same effect J. MÜNCH (note 24), 147, 151 f.). This pivotal position – as well as the particular focus of this contribution on the law of obligations – justify the decision to concentrate the following discussion on the example of the juridical act. Arguments advanced in this context can be generalized to the general part as a whole and vice versa.

¹²³ See §§ 104 ff. BGB.

tions such as the declaration of termination may be another example¹²⁴, as may be – outside the law obligations – the last will or dispositions of property. The term is not defined in the BGB. The draftsmen of the BGB certainly had a precise idea of what they meant by ‘juridical act’. Nevertheless, they deliberately abstained from including a definition into their codification because they did not want to impede legal development¹²⁵. They feared that a – more or less pedagogical – definition in the code could even be dangerous because it would be difficult to foresee borderline cases¹²⁶. These dangers were regarded as greater than the uncertainty flowing from the lack of a definition¹²⁷.

There is agreement that at the core of the notion we find ‘a declaration by one or more parties intended to create legal effect’¹²⁸. As the intention of the party is the essential element (and the ultimate reason) for a legal consequence to take place, ‘the juridical act is the legal instrument which puts into effect the principle of private autonomy’¹²⁹.

Focussing on the juridical act (instead of contract) means that questions of validity, capacity or interpretation are discussed on a higher level of abstraction¹³⁰. Hence, the question what is required for an offer to enter into a contract to take legal effect is not separated from the question when a unilateral declaration of termination takes effect. For example, only one provision is required to declare that both kinds of declaration need to be received and both can be freely revoked before they have been received by their addressee¹³¹. The same holds true of a declaration to avoid a contract or the conferral of authority upon a representative.

Additional need for regulation arises only where more precise or concrete rules for particular types of juridical acts – such as contracts – are required. For example, the BGB declares in general fashion that a declaration of intent

¹²⁴ On unilateral declarations, see C. HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung. Geschichte und Dogmatik*, 2011.

¹²⁵ R. ZIMMERMANN, in: *HKK*, vol. 1 (note 116), vor § 1 para. 21; M. SCHERMAIER, in: *HKK*, vol. 1 (note 116), vor § 104 paras. 4 f.

¹²⁶ See also N. JANSEN-R. ZIMMERMANN, *Vertragsschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht*, *AcP* 210 (2010), 196, 204 ff.

¹²⁷ Motive, in: B. MUGDAN, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, vol. 1, 1899, 421; see also W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. 2: *Das Rechtsgeschäft*, 4th ed., 1992, 31 ff.

¹²⁸ J.P. SCHMIDT, *Juridical Act*, in: *Max Planck Encyclopedia* (note 24), 1016, 1016; W. FLUME (note 127), 23 ff. Cf. the definitions in Art. 1100-1 French Code civil and Art. 3:33 Dutch Burgerlijk Wetboek.

¹²⁹ J.P. SCHMIDT, *Juridical Act* (note 128), 1016 f.; but see M. SCHERMAIER, in: *HKK*, vol. 1 (note 116), vor § 104 paras. 7 f.

¹³⁰ J.P. SCHMIDT, *Juridical Act* (note 128), 1017; J.P. SCHMIDT, *Der “juridical act” im DCFR: Ein nützlicher Grundbegriff des europäischen Privatrechts?*, *ZEuP* 2010, 304, 311.

¹³¹ § 130 (1) BGB.

– offer, unilateral termination, declaration of avoidance – will in principle survive the death of the party who has made the declaration¹³². For the particular case of contract formation, it then only needs to add a special rule on whether a declaration that functions as an offer to enter into a contract may also be accepted after the death of the offeror¹³³.

3.2. *Contract and unilateral promise*

The notion of juridical act does not necessarily imply that a unilateral promise is sufficient for obliging the promisor. A civil code could provide for such a rule¹³⁴. In the course of drafting the BGB, such a rule had in fact been discussed¹³⁵. There may even be good reasons for such a rule. In a system that is built on private autonomy, the autonomy to become somebody else's debtor by a mere unilateral declaration may appear as an extension of personal freedom – personal freedom that would otherwise be forced into the form of a bilateral contract¹³⁶. Nevertheless (and maybe unfortunately), this is not the approach of the BGB. Instead, a provision in the BGB declares in quite general fashion that the creation of an obligation by juridical act in principle requires conclusion of a contract¹³⁷.

3.3. *Advantages and problems of a general part*

Consequently, the BGB does not begin by establishing a law of contract but a law of juridical acts. This approach has not remained without criticism¹³⁸.

¹³² § 130 (2) BGB.

¹³³ § 153 BGB; see G. CHRISTANDL, *The 'dying' offer rule in European Contract Law*, ERCL 2011, 463 ff.

¹³⁴ For the comparative background M. HOGG, *Promises and Contract Law. Comparative Perspectives*, 2011; C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, 2005; M. ILLMER, *Promise, Unilateral*, in: *Max Planck Encyclopedia* (note 24), 1366 ff.

¹³⁵ For details, see R. ZIMMERMANN, *Vertrag und Versprechen. Deutsches Recht und Principles of European Contract Law im Vergleich*, in: *Festschrift für Andreas Heldrich*, 2005, 467 ff.; J. KLEINSCHMIDT, *Der Verzicht im Schuldrecht*, 2004, 26 ff.

¹³⁶ On this 'Vertragszwang', see P. HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, 1929 (reprint 1958), 121 f.; for discussion, see also J. KLEINSCHMIDT (note 135), 31 ff.

¹³⁷ § 311 (1) BGB (the only exception within the law of obligations are promises of reward in § 657 BGB); for evaluation in comparison with French law see J. KLEINSCHMIDT, *Der Vertragsschluss im neuen französischen Schuldrecht – Betrachtung aus Sicht des europäischen Vertragsrechts*, in: F. BIEN-J.-S. BORGHETTI (eds.), *Die Reform des französischen Vertragsrechts*, 2018, 83, 92 ff.

¹³⁸ For discussion, see D. MEDICUS-J. PETERSEN, *Allgemeiner Teil des BGB*, 11th ed., 2016, paras. 31 ff.; J. MÜNCH (note 24), 149 ff.; for a comprehensive discussion from the perspective

However, it seems apt to remember that the issue is more one of legislative technique than of content¹³⁹.

The notion of juridical act is frequently criticized as being too abstract¹⁴⁰. Critics state that it is difficult to understand without reading what follows dispersed in other parts of the code; rules that seem to belong together because they address related questions are torn apart¹⁴¹. Moreover, the notion is said to be incapable of fulfilling what it promises to do because modifications and amendments for particular types of juridical acts remain necessary¹⁴². While the idea of ‘contract’ can be readily grasped and understood, the concept of ‘juridical act’ appears artificial – like a vessel that still has to be filled in order to be sensibly used¹⁴³. Therefore, it is not surprising that similar points of criticism have been levelled against the DCFR for making use of the notion of juridical act¹⁴⁴.

While the idea of a juridical act has been received in legal scholarship in many European countries, notably in Italy¹⁴⁵, the accompanying legislative technique has found much less favour. A useful example of the alternative concept is Art. 1324 Codice civile¹⁴⁶. The Codice civile codifies a contract law, only to add that the rules on contracts apply with appropriate modifications to other juridical acts such as unilateral declarations. At first glance, this reference solution makes a statute easier to read and to apply¹⁴⁷. It focuses on the most important

of European contract law, J.P. SCHMIDT, in: N. JANSEN-R. ZIMMERMANN, *Commentaries* (note 2), Art 1:107 paras. 10 ff. with further references.

¹³⁹ J.P. SCHMIDT, *ZEuP* 2010, 304, 311.

¹⁴⁰ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 4th ed., 2016, para. 83; D. MEDICUS-J. PETERSEN (note 138), paras. 32 ff.; K. ZWEIFERT-H. KÖTZ (note 3), 146 (‘far too abstract a notion’); F. RANIERI (note 35), 149.

¹⁴¹ See H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, 2nd ed., 2012, paras. 12 f. (whose textbook – unlike most German textbooks – deals with ‘contract law’ instead of the juridical act); D. MEDICUS-J. PETERSEN (note 138), para. 36.

¹⁴² D. MEDICUS-J. PETERSEN (note 138), para. 32; J. MÜNCH (note 24), 153; K. ZWEIFERT-H. KÖTZ (note 3), 146 f. (deploring ‘an inexhaustible source of controversy’).

¹⁴³ M. SCHERMAIER, in: *HKK*, vol. 1 (note 116), vor § 104 paras. 1 and 3; O. LANDO, *Die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts und das deutsche Recht – ein Strukturvergleich*, in: *Festschrift für Winfried Tilmann zum 65. Geburtstag*, 2003, 963, 968.

¹⁴⁴ See, eg, P. HELLWEGE, *Allgemeines Vertragsrecht und “Rechtsgeschäfts”-lehre im Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, *AcP* 211 (2011), 665, 684 ff.; N. JANSEN-R. ZIMMERMANN, *AcP* 210 (2010), 196, 202 ff.; O. LANDO, *The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)*, *ERCL* 2007, 245, 249 ff.; F. RANIERI (note 35), 149.

¹⁴⁵ F. RANIERI (note 35), 135 ff.

¹⁴⁶ Cf. the similar technique adopted by Art. 1:107 PECL; on the position of the transnational texts, see J.P. SCHMIDT, in: N. JANSEN-R. ZIMMERMANN, *Commentaries* (note 2), Art 1:107 paras. 7 ff.

¹⁴⁷ J. MÜNCH (note 24), 152 (labelling the reference solution as ‘begnadet einfach’); K. ZWEIFERT-H. KÖTZ (note 3), 147. This has also been advanced in relation to the French reform

case of a juridical act and avoids adding yet another layer of rules to an already complex system¹⁴⁸. Moreover, application can be more flexible¹⁴⁹. Lawyers are forced to reflect upon the need for modifications in a particular instance and are not led to believe that the code will answer all their questions¹⁵⁰.

Nonetheless, there are reasons for the BGB approach. First, a rule that applies contract law ‘with appropriate modifications’ to other acts will always raise the question of what these modifications might be¹⁵¹. Factoring out rules on juridical acts eliminates this uncertainty because modifications for specific juridical acts will be spelled out expressly¹⁵². Secondly, this technique allows for a leaner and more coherent drafting style that refrains from repetitions¹⁵³. Thirdly, it avoids inconsistencies or gaps¹⁵⁴. Admittedly, it may be difficult to get acquainted with this technique¹⁵⁵. However, once it is understood, it is probably more stringent to apply. Furthermore, reference systems such as Art. 1324 Codice civile can also be demanding¹⁵⁶. In the background looms the question who should read a civil code: the trained lawyer or the layman¹⁵⁷? The drafters of the BGB of 1900 had a clear answer¹⁵⁸.

that opted for a similar solution (cf. Art. 1100-1 (2) French Code civil), see G. CHANTEPIE-M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, 2nd ed., 2018, para. 62; J. GHESTIN, *Observations générales, Les petites affiches* 4.9.2015 (no. 177), 17, both emphasizing the ‘pragmatic’ approach of the reformed code.

¹⁴⁸ G. CHANTEPIE-M. LATINA (note 147), para. 62 (pointing out the difference to the German approach).

¹⁴⁹ Cf. J.P. SCHMIDT, *General Part* (note 24), 775.

¹⁵⁰ Cf. K. ZWEIGERT-H. KÖTZ (note 3), 147; J.P. SCHMIDT, *General Part* (note 24), 775.

¹⁵¹ J.P. SCHMIDT, *ZEuP* 2010, 304, 314 with further references; J.P. SCHMIDT, in: N. JANSEN-R. ZIMMERMANN, *Commentaries* (note 2), Art 1:107 paras. 10 ff. (with the examples of interpretation and validity).

¹⁵² On the inevitable (and reasonable) need for such modifications J.P. SCHMIDT, *ZEuP* 2010, 304, 312; R. BORK (note 140), para. 84; for an illustration, see above text accompanying note 133.

¹⁵³ D. MEDICUS-J. PETERSEN (note 138), para. 31; J.P. SCHMIDT, *General Part* (note 24), 775; J.P. SCHMIDT, *ZEuP* 2010, 304, 311 and 315 (stating that the choice of the appropriate legislative technique will therefore also depend on the scope of the intended regulation: a contract law instrument like the PECL rightly goes without the juridical act, while a full-fledged codification like the BGB that also relies heavily on the notion of the juridical act in property law may benefit from factoring out the idea to a higher level of abstraction). According to J. NEUNER (note 32), § 7 para. 17, this advantage outweighs the complexity brought about by the different layers of regulation.

¹⁵⁴ R. BORK (note 140), para. 83; J. NEUNER (note 32), § 7 para. 12; J.P. SCHMIDT, *ZEuP* 2010, 304, 311.

¹⁵⁵ But see in defence of the BGB technique from a didactic perspective, J. NEUNER (note 32), § 7 para. 19.

¹⁵⁶ J.P. SCHMIDT, *General Part* (note 24), 775.

¹⁵⁷ Cf. O. LANDO (note 143), 968.

¹⁵⁸ Cf. M. SCHMOECKEL, in: *HKK*, vol. 1 (note 116), vor § 1 paras. 6 f.

3.4. *New challenges*

As seen above, fundamental criticism could not shatter the general part. Specific rules contained therein have, however, always been subject to discussion by legal scholarship. One particular topic is the ageing society. Should the rules on juridical acts and contract formation take into account the increasing number of citizens who reach a high age¹⁵⁹?

Another pressing topic are challenges of digitalization. Need the rules on emitting and receiving declarations of intent be adapted to electronic means of communication? Do we need specific rules on internet auctions? What about contracts that are concluded or executed automatically? In recent years, these and other questions have engendered a vivid and controversial debate in legal scholarship. The Federal Court of Justice has, for instance, been able to integrate what happens at an internet auction into the general framework of offer and acceptance¹⁶⁰. However, so far this debate has taken place largely outside the codification. Special care has only been taken of the electronic form (§ 126a BGB)¹⁶¹. Furthermore, specific provisions will be required on digital content as the object of a contract or on data as a particular category of legal objects in order to transpose the pertinent EU Directives¹⁶². Apart from that, it seems that the general part of the BGB, as far as contracts are concerned, and its law of obligations have stood the test of time and do not require a wholesale revision in light of the challenges of digitalization; whether adaptations for autonomous systems are necessary is the current focus of the debate¹⁶³. These

¹⁵⁹ See, eg, M. ROTH, *Die Rechtsgeschäftslehre im demographischen Wandel: Stärkung der Autonomie sowie Schutzkonzepte bei Älteren und Minderjährigen*, AcP 208 (2008), 451 ff.; M. SCHMOECKEL, *Die Geschäfts- und Testierfähigkeit von Demenzerkrankten*, NJW 2016, 433 ff.; A. SPICKHOFF, *Autonomie und Heteronomie im Alter*, AcP 208 (2008), 345 ff. See § 105a BGB that was introduced in August 2002 and enables adults, who because of their mental condition are incapable, nonetheless to enter into valid everyday transactions, cf. A. SPICKHOFF, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 1, 8th ed., 2018, § 105a paras. 1 f.

¹⁶⁰ For a brief summary, see J. BUSCHE, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 1 (note 159), § 145 paras. 17 ff.

¹⁶¹ The provision had been prompted by Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures; additional duties exist in consumer contracts, see §§ 312 ff. BGB (whose origin is again to be found in European law).

¹⁶² See above note 2.

¹⁶³ For discussion see, eg, the report delivered by F. FAUST to the 71. Deutscher Juristentag: *Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?*, in: *Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages*, vol. 1: Gutachten, A9, A88 (concluding that the legislator should not attempt to create specific provisions for current problems because these provisions would soon be outdated); G. BORGES, *Rechtliche Rahmenbedingungen für autonome Systeme*, NJW 2018, 977 ff. (juridical act needs to be adapted to autonomous systems); J. BUSCHE, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 1 (note 159), vor § 145 BGB paras. 37 ff. (traditional rules on juridical acts sufficient for automated declarations); P. HACKER, *Verhaltens- und Wissenszu-*

observations seem to speak in favour of drafting rules on juridical acts and contracts in a rather general fashion and relying on courts and legal scholarship for fine-tuning and necessary adaptations.

4. *A new approach towards consumer directives*

4.1. *Integration or separation?*

As seen above, the German ‘Schuldrechtsmodernisierung’ has also brought about a shift in the approach towards the transposition of directives on consumer law into national German law. In general, two approaches towards transposing consumer directives and towards consumer law in general may be envisioned.

The first approach is to keep the general law of contract on the one hand and rules that aim at the protection of specific groups on the other hand separate. Even at the time the BGB was enacted, special statutes outside the codification took care of the weaker position of buyers in instalment sales (1894), of certain business practices (1869) and of insurance contracts (1908) or imposed a strict liability for cars or railroads (1871)¹⁶⁴. While the BGB was said to follow a liberal approach enabling free and equal individuals to regulate their affairs, specific policy issues that called for an intervention of the legislator were addressed in special piecemeal statutes. This has been aptly described as a ‘conscious division of labour’¹⁶⁵. The general codification was regarded

rechnung beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, Rechtswissenschaft 2018, 243 ff.; F. KAINER-L. FÖRSTER, *Autonome Systeme im Kontext des Vertragsrechts, ZfPW 2020, 275 ff.* (legislation required for the increasing use of autonomous systems in the contractual sphere); D. PAULUS, *Die automatisierte Willenserklärung, JuS 2019, 960 ff.* (no new rule required for automated declarations, nor for autonomous declarations); D. PAULUS-R. MATZKE, *Smart Contracts und das BGB – Viel Lärm um nichts?, ZfPW 2018, 431 ff.* (existing provisions of the BGB are able to cope with smart contracts); L. SPECHT-S. HEROLD, *Roboter als Vertragspartner? Gedanken zu Vertragsabschlüssen unter Einbeziehung automatisiert und autonom agierender Systeme, MMR 2018, 40 ff.* (emphasizing the need to distinguish automated and autonomous declarations); G. SPINDLER, *Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, JZ 2016, 805 ff.* (more favourable towards enacting specific provisions on, for instance, semi-autonomous systems, since the development of solutions by the courts may take more time); G. TEUBNER, *Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten, AcP 218 (2018), 155, 177 ff.* (stating a need for regulation of autonomous declarations).

¹⁶⁴ R. ZIMMERMANN, in: *HKK*, vol. 1 (note 116), vor § 1 para. 19; for a detailed account of the relevant legislation, see R. ZIMMERMANN (note 6), 163 ff.; for the development after 1918, see B. MERTENS, *Einzelgesetze statt Kodifikation im Deutschen Reich nach 1918, ZNR 41 (2019), 2 ff.*

¹⁶⁵ J. RÜCKERT, *Das Bürgerliche Gesetzbuch – ein Gesetzbuch ohne Chance?, JZ 2003, 749, 751* (‘bewußte Arbeitsteilung’); B. MERTENS, *ZNR 41 (2019), 2, 3 f.*; see also W.-H. ROTH, *Europäischer Verbraucherschutz und BGB, JZ 2001, 475, 476* (‘zweispurig angelegte[s] Privatrecht’).

as the place for permanent and established regulation, while new or political issues were relegated to special legislation outside the BGB that could be more flexible and possibly only temporary¹⁶⁶. Later on, a statute on standard terms of contract followed in 1976 and on travel contracts in 1979, both of which aimed at protecting weaker parties but were not limited to consumer situations. Likewise, consumer law directives of the 1980s and 1990s were initially transposed in separate statutes each¹⁶⁷. On the surface, the codification was kept clean from rules with a specific protective concern. These statutes were incoherent tiny little islands¹⁶⁸. Nevertheless, in view of the pervasiveness and the practical importance of this specific legislation outside the BGB – suffice to point out the great number of contracts concluded on the basis of standard contract terms – a number of legal scholars observed a ‘marginalization’ of the codification or even a ‘decodification’¹⁶⁹.

In a way, an approach of separation is also adopted in Italian law¹⁷⁰. The Codice del consumo is the result of collecting dispersed statutes on consumer contracts¹⁷¹. In spite of its name, many Italian authors describe the Codice del consumo not so much as a *codification* in the technical sense but rather as a *compilation* of specific issues of consumer law¹⁷². They miss a systematic

¹⁶⁶ B. MERTENS, ZNR 41 (2019), 2, 3 (referring to Gottlieb Planck, one of the members of the drafting committee of the BGB, see G. PLANCK, *Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, AcP 75 (1889), 327 ff.).

¹⁶⁷ See, eg, the ‘Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften’ on doorstep selling of 1986, the ‘Verbraucherkreditgesetz’ on consumer credits of 1990, or the ‘Fernabsatzgesetz’ on distance contracts of 2000; for a description of the developments beginning in the 1970s, see R. ZIMMERMANN (note 6), 171 ff.

¹⁶⁸ See above note 21; a different metaphor is proposed by B. MERTENS, ZNR 41 (2019), 2, 3: the BGB as the central planet in the universe around which special statutes orbit; yet another metaphor can be found in R. ZIMMERMANN (note 6), 196 (‘a patchwork of special statutes ... added to the tapestry of private law’).

¹⁶⁹ See, with regard to the example of standard contract terms, J. BASEDOW, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 2 (note 56), vor § 305 para. 18; for discussion of a ‘crisis of the idea of codification’ or ‘decodification’, see R. ZIMMERMANN, ERCL 2012, 367, 383 with further references; on ‘decodification’ and ‘recodification’ see also G. ALPA, *Harmonisation of and Codification in European Contract Law*, in: S. VOGENAUER-S. WEATHERILL (note 61), 149, 158 ff.

¹⁷⁰ Often, legal scholarship distinguishes three approaches (special ‘piecemeal’ statutes, special codification concerning consumer law, integration into a comprehensive codification), see, eg, M. GEBAUER, *Das neue italienische Verbrauchergesetzbuch (codice del consumo) – Kodifikation oder Kompilation?*, in: *Jahrbuch für italienisches Recht*, vol. 20, 2007, 3, 9; M. TESCARO, *Das neue italienische “Verbrauchergesetzbuch”*, GPR 2006, 158; R. ZIMMERMANN, *Contract Law Reform* (note 61), 83; G. WAGNER, ZEuP 2016, 87, 89 ff. For the reasons explained in the following, this contribution subsumes the first two of these three under a common category.

¹⁷¹ M. GEBAUER (note 170), 9; M. TESCARO, GPR 2006, 158, 159.

¹⁷² R. OMODEI-SALÈ, *Der neue italienische Codice del consumo: Echte Kodifikation oder reine Kompilation?*, ZEuP 2007, 785, 796 f. (convincingly emphasizing the similarity with the French Code de la consommation); M. TESCARO, GPR 2006, 158, 160, both with further references;

coordination of the various questions addressed by the statute¹⁷³. However, in view of the sectoral character of the European directives, probably not much more can be hoped for¹⁷⁴. The Codice del consumo connects the islands with bridges – with the useful consequence that they become more visible on the legal map for citizens and lawyers¹⁷⁵. However, they remain islands.

With the ‘Schuldrechtsmodernisierung’, the German legislator shifted to the second approach and integrated a number of special statutes on consumer law into the codification¹⁷⁶. The previous special statutes were abolished. This is particularly apparent in sales law: The general rules on sales law (§§ 433 ff. BGB) are to a large extent modelled on the regime of the Consumer Sales Directive that has been extended, as explained above¹⁷⁷, to all kinds of sales. These general rules are followed by a small number of rather technical provisions that deviate from these general rules and only apply to consumer sales (§§ 474 ff. BGB) – provisions that are needed for compliance with the directive and at the same time could not be extended outside consumer sales. Likewise, we find sections in the BGB, for example, on the right to withdraw from a distance contract, on information duties in e-commerce, or on consumer credit that modify the general rules on contracts for credit. These provisions are not collated in one single location in the codification but rather spread over the general part and, more importantly, the law of obligations¹⁷⁸. This reflects the

see also B. PASA-M. WEITENBERG, *Der italienische Codice del consumo – verbesserter Verbraucherschutz durch neue Kodifikation?*, VuR 2005, 446, 448 ff.

¹⁷³ M. TESCARO, GPR 2006, 158, 160; the Italian discussion is summarized by M. GEBAUER (note 170), 4.

¹⁷⁴ M. GEBAUER (note 170), 8, 15; but see H.-W. MICKLITZ, *Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?*, in: *Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages*, vol. 1, 2012, A1, A25 (advocating a consumer code based on the French model for German law).

¹⁷⁵ On this advantage of a compilation (which it shares with the integrated approach), see M. GEBAUER (note 170), 9.

¹⁷⁶ First indications of this shift became visible in the transposition of the Directive on distance contracts of 1997, when the German legislator included definitions of consumer (§ 13 BGB) and professional (§ 14 BGB) in the BGB and lay the basis for a general rule on the consumer’s right of withdrawal in a provision that was meant to merge the existing withdrawal rights in special statutes. The legislator of these provisions declared that it wished to ‘seize the occasion to harmonize at least fundamental notions of consumer legislation’ in the BGB in order to attenuate issues of delimitation and interpretation, BT-Drucks. 14/2658, 29.

An integrated approach is also adopted by the DCFR or the proposed CESL. However, it has been criticized that the drafters of the DCFR missed the opportunity of a critical revision of the consumer-*acquis* and thus no ‘true and intellectually satisfactory integration has ... taken place’, see H. EIDENMÜLLER-F. FAUST-H.C. GRIGOLEIT-N. JANSEN-G. WAGNER-R. ZIMMERMANN, *The Common Frame of Reference for European Private Law – Policy Choices and Codification Problems*, (2008) 28 *Oxford Journal of Legal Studies* 659, 707.

¹⁷⁷ See above 1.2.a).

¹⁷⁸ For a description in English, see R. ZIMMERMANN (note 6), 187 ff.

legislator's aim to integrate each issue into the logic of the BGB in a location where it belongs from an intellectual or systematic perspective.

4.2. *Reasons for an integrated approach*

It is open to discussion which approach is to be preferred¹⁷⁹. Nothing in the Consumer Sales Directive nor in the previous reform debate suggested (or even necessitated) the shift taken by the German reform¹⁸⁰. In fact, despite attempts at a revision of the consumer-*acquis*¹⁸¹, EU consumer law is still to a large extent uncoordinated; a call for a horizontal instrument of consumer protection was unsuccessful. The shift to an integrated approach is therefore rightly characterized as one of the two 'truly innovative and autonomous move[s] of the German legislature'¹⁸².

In substance, the shift recognizes the fact that the original idea of a purely 'formal' contract law could no longer be upheld in modern times. In fact, private law had already undergone a significant 'materialization'¹⁸³: sometimes

¹⁷⁹ Cf. the discussion in, eg, B. GSELL, *Verbraucherrealitäten und Verbraucherrecht im Wandel*, JZ 2012, 809 ff.; H.-W. MICKLITZ (note 174); P.-C. MÜLLER-GRAFF, *Kodifikationsgewinn durch Inkorporation des Inhalts von Schuldrechtsrichtlinien der EG in das BGB?*, GPR 2009, 106 ff.; T. PFEIFFER, *Die Integration von "Nebengesetzen" in das BGB*, in: W. ERNST-R. ZIMMERMANN (note 100), 481 ff.; W.-H. ROTH, JZ 2001, 475 ff.; A. VON VOGEL, *Verbrauchervertragsrecht im Privatrechtssystem*, GPR 2005, 164 ff.; R. ZIMMERMANN (note 6), 194 ff.; and the contributions by J. SCHMIDT-RÄNTSCH (p. 169 ff.), H. DÖRNER (p. 177 ff.), H.-W. MICKLITZ (p. 189 ff.) and P. ULMER (p. 215 ff.) in R. SCHULZE-H. SCHULTE-NÖLKE (note 100). Cf. also from a French-German perspective E. POILLOT, *Les codes de l'intégration du droit de la consommation dans le système juridique. Regards franco-allemands*, in: *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz*, 2018, 671 ff.

¹⁸⁰ T. PFEIFFER (note 179), 482 f., 485 ff.; W.-H. ROTH, *Die Schuldrechtsmodernisierung im Kontext des Europarechts*, in: W. ERNST-R. ZIMMERMANN (note 100), 225, 226 f. Remarkably, a coordination of consumer contract law and general contract law had been among the issues of the broad reform studies originally commissioned by the Ministry of Justice (see above note 9). The relevant report had been prepared by H.P. WESTERMANN, *Verbraucherschutz*, in: BUNDESMINISTER DER JUSTIZ (note 9), vol. 3, 1983, 1 ff., who suggested that a protection of consumers as the weaker party be dealt with within the BGB, preferably by improving existing instruments. However, this part of the reform plans were initially not followed up. This is why R. ZIMMERMANN (note 6), 196 f. feels that German lawyers had been 'caught by surprise' and that the implementation of the integrated approach would have benefited from more time for a thorough consideration of the issues involved.

¹⁸¹ For a detailed analysis, see H. EIDENMÜLLER-F. FAUST-H.C. GRIGOLEIT-N. JANSEN-G. WAGNER-R. ZIMMERMANN, *Revision des Verbraucher-acquis*, 2011; H. EIDENMÜLLER-F. FAUST-H.C. GRIGOLEIT-N. JANSEN-G. WAGNER, *Towards a Revision of the Consumer Acquis*, (2011) 48 *Common Market Law Review* 1077 ff.

¹⁸² S. GRUNDMANN-M.-S. SCHÄFER, *ERCL* 2017, 459, 473 (the other being the generalization of the remedial system provided by the Consumer Sales Directive, see above 2.).

¹⁸³ See the seminal article by C.-W. CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner "Materialisierung"*, *AcP* 200 (2000), 273 ff.

even forced to do so by the constitutional court, private law courts had come to use the general clauses in the BGB such as ‘good morals’ (§ 138 (1) BGB) or ‘good faith’ (§ 242 BGB) to address specific policy concerns. Before the legislator took care of standard contract terms in a special statute in the 1970s, courts had controlled such terms based on the general clause on good faith in the BGB¹⁸⁴. Another prominent example are suretyships by close relatives that had been invalidated because they were denounced as being *contra bonos mores*¹⁸⁵. These interventions were not intended to restrict private autonomy but rather to re-establish private autonomy of weaker parties. Formal and material aspects of contract law are so intertwined that it is almost impossible to distinguish them¹⁸⁶.

If, then, general private law and consumer law basically follow the same objective, consumer law should not be relegated to special statutes that tend to convey the idea of being something special or exceptional¹⁸⁷. Integrating consumer law into the codification re-establishes the unity of the legal order; and it re-establishes the central position of the codification of private law¹⁸⁸. It also avoids the co-existence of conflicting regimes as has been discussed in the context of the consumer-buyer’s remedies in Italy or in France¹⁸⁹. After all, consumer contracts are not fundamentally different from contracts in general private law¹⁹⁰. An integrated approach reflects this doctrinal position and aligns the formal presentation of consumer law with its substantive character¹⁹¹. Only where structural weaknesses of the consumer have to be counter-balanced by information duties or making certain rules (semi-)mandatory, specific rules

¹⁸⁴ See J. BASEDOW, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 2 (note 56), vor § 305 para. 12; P. HELLWEGE, in: *HKK*, vol. II/2 (note 39), §§ 305-310 (I) paras. 16 ff.

¹⁸⁵ See the brief summary in C. ARMBRÜSTER, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 1 (note 159), § 138 paras. 92 ff.

¹⁸⁶ R. ZIMMERMANN, *ERCL* 2012, 367, 383; cf. also J. RÜCKERT, *JZ* 2013, 749, 757.

¹⁸⁷ R. ZIMMERMANN, *Contract Law Reform* (note 61), 84 f.; R. ZIMMERMANN, *ERCL* 2012, 367, 383 f.; R. ZIMMERMANN (note 6), 224 f.; W.-H. ROTH, *JZ* 2001, 475, 487; B. GSELL, *JZ* 2012, 809, 813; see also H.P. WESTERMANN (note 180), 67 ff.

¹⁸⁸ BT-Drucks. 14/6040, 97; cf. J. SCHMIDT-RÄNTSCH (note 179), 171.

¹⁸⁹ For Italy: M. GEBAUER (note 170), 14; for France: P. MALAURIE-L. AYNÈS-P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 11th ed., 2020, paras. 228 ff.; L. BEIL, *Personale Differenzierung im Kaufrecht*, 2018, 38 ff.

¹⁹⁰ S. GRUNDMANN-M.-S. SCHÄFER, *ERCL* 2017, 459, 474; S. GRUNDMANN, *Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht – warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechts-Richtlinie so ähnlich?*, *AcP* 202 (2002), 40, 68 ff.

¹⁹¹ B. GSELL, *JZ* 2012, 809, 813; J.P. SCHMIDT, *Zivilrechtskodifikation* (note 116), 226; see also BT-Drucks. 14/6040, 97: an integrated approach ensures a homogenous regulation of private law and an orientation of consumer law on the general principles underlying the BGB. It is clear that authors who prefer a different perspective on consumer law may reach a different conclusion and prefer a separate consumer code, see, eg, M. SCHMOECKEL, in: *HKK*, vol. II/2 (note 39), vor §§ 312 ff. para. 58.

are needed and can find their appropriate place in a code¹⁹². These protective instruments are by no means alien to general private law¹⁹³. This is particularly apparent in areas that play an important role in consumer protection but are not limited to consumer contracts, such as standard contract terms or package travel¹⁹⁴. The example of standard contract terms may ultimately illustrate a reintegration of a legal doctrine that had evolved with the help of general clauses contained in the BGB and then been relegated to a special statute back into the central codification¹⁹⁵. Integration of consumer law into the codification of general private law therefore helps the overall aim of a codification to present an area of the law as a coherent and systematic whole¹⁹⁶.

Further arguments may be added to this central consideration. First, integration into the general codification of private law enhances the visibility of consumer law¹⁹⁷. It will be dealt with in commentaries and treatises on private law and not in books that are of a somewhat specialist nature¹⁹⁸. The German legislator declared that it hoped to bring about an increased transparency and intelligibility of all those areas that would be integrated into the BGB¹⁹⁹. Admittedly, a separate consumer code will also improve the visibility of consumer law²⁰⁰. At first glance, it may even be more accessible for it rounds up all

¹⁹² R. ZIMMERMANN, *Contract Law Reform* (note 61), 85.

¹⁹³ H. DÖRNER (note 179), 177 f.; T. PFEIFFER (note 179), 494 ff.; W.-H. ROTH, *JZ* 2001, 475, 487; J. RÜCKERT, *JZ* 2013, 749, 757; R. ZIMMERMANN, *Contract Law Reform* (note 61), 85 (pointing to related devices such as pre-contractual liability or mandatory law contained in the BGB from its inception); but see H.-W. MICKLITZ (note 174), A31 (consumer law has remained an alien element in the BGB); cf. G. ALPA (note 169), 152 ff. (distinguishing between free negotiation and market regulation intervening from outside).

¹⁹⁴ T. PFEIFFER (note 179), 489; J.P. SCHMIDT, *Zivilrechtskodifikation* (note 116), 285 f. (a regulation of standard terms exclusively in a separate consumer statute disguises the fact that the issue is not limited to consumer contracts, while leaving the issue out of a separate consumer statute would necessarily render the statute incomplete); W.-H. ROTH, *JZ* 2001, 475, 486 and 488.

¹⁹⁵ J. BASEDOW, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, vol.2 (note 56), vor § 305 para. 19; W.-A. ACHILLES, *Vom Bürgerlichen Gesetzbuch zum Verbrauchergesetzbuch? – Zum Perspektivwechsel des Gesetzgebers im Kaufrecht*, *JZ* 2018, 953, 955 characterizes the enactment of the Act on standard contract terms in 1976 as the turning point in the legislator's perspective on contract law, openly aiming to restore equality between unequal contracting parties. But see P. ULMER, *Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk*, *JZ* 2001, 491 ff. (in favour of a separate statute on standard contract terms).

¹⁹⁶ S. GRUNDMANN-M.-S. SCHÄFER, *ERCL* 2017, 459, 474; T. PFEIFFER (note 179), 487 f., 499; W.-H. ROTH, *JZ* 2001, 475, 488; J.P. SCHMIDT, *Zivilrechtskodifikation* (note 116), 282, 287; R. ZIMMERMANN (note 6), 226; R. ZIMMERMANN, *ERCL* 2012, 367, 383 f.

¹⁹⁷ S. GRUNDMANN-M.-S. SCHÄFER, *ERCL* 2017, 459, 473.

¹⁹⁸ S. GRUNDMANN-M.-S. SCHÄFER, *ERCL* 2017, 459, 473; see also J. RÜCKERT, *JZ* 2003, 749, 755.

¹⁹⁹ BT-Drucks. 14/6040, 97. R. ZIMMERMANN (note 6), 197 criticizes the fact that a few specific statutes outside the BGB have remained even after the reform.

²⁰⁰ See H.-W. MICKLITZ (note 174), A25 and above note 175.

consumer-specific legislation in one place, while an integrated approach leads to the relevant rules being spread over the general codification of private law²⁰¹. However, the latter approach forces the legislator to account for the doctrinal localization of a rule in the general system of private law²⁰². Furthermore, a separation of consumer law and general private law will require the reader to turn to two separate instruments because a consumer code will never address all issues that are relevant to a consumer contract²⁰³.

While, secondly, it is true that separate legislation on consumer contracts is probably more flexible and open to adaptation in view of future developments on national and European level²⁰⁴, the need for integrating new rules into an existing codification may also prove beneficial: before enacting a new provision, the legislator has to assess where to place the provision, whether it will distort the coherence of the codification and, ultimately, whether it is really necessary²⁰⁵.

Finally, there are European directives, such as the Late Payment Directive, whose scope of application is not limited to consumer contracts. If these directives are transposed in the BGB, the floodgates for European harmonization measures redesigning the appearance of the codification are already open²⁰⁶.

4.3. *Challenges of an integrated approach*

It is true that the integrated approach has turned the BGB into a ‘permanent construction site’²⁰⁷. The pointillist style of EU directives stands in stark con-

²⁰¹ This is emphasized by M. SCHMOECKEL, in: *HKK*, vol. II/2 (note 39), vor §§ 312 ff. para. 57.

²⁰² P.-C. MÜLLER-GRAFF, *GPR* 2009, 106, 116; J.P. SCHMIDT, *Zivilrechtskodifikation* (note 116), 282; but see M. GEBAUER (note 170), 9 (integrated approach does not necessarily entail a more systematic coordination between consumer law and general private law than the separate approach).

²⁰³ W.-H. ROTH, *JZ* 2001, 475, 485 f.; J.P. SCHMIDT, *Zivilrechtskodifikation* (note 116), 285; R. ZIMMERMANN (note 6), 226; the legislator mentions the persuasive example of consumer credits, BT-Drucks. 14/6040, 97: before the reform, the credit agreement was regulated in the BGB with additional consumer-specific rules in the Consumer Credit Act of 1990. Incidentally, the integration of consumer credit legislation into the BGB also served as an opportunity for a revision of the provisions on credit agreements in general, see R. ZIMMERMANN (note 6), 192 ff.

²⁰⁴ H.-W. MICKLITZ (note 174), A25 (‘Der schwerfällige Tanker BGB kann mit der Dynamik des wendigen Verbraucherrechts nicht Schritt halten,...’); K. TONNER, *Das Grünbuch der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht für Verbraucher und Unternehmer – Zur Rolle des Verbrauchervertragsrechts im europäischen Vertragsrecht*, *EuZW* 2010, 767, 770.

²⁰⁵ J.P. SCHMIDT, *Zivilrechtskodifikation* (note 116), 286; cf. also W.-H. ROTH, *JZ* 2001, 475, 483, 489 f. But see H.-W. MICKLITZ (note 174), A25 f.

²⁰⁶ W.-H. ROTH, *JZ* 2001, 475, 488.

²⁰⁷ W.-H. ROTH, *JZ* 2001, 475, 488; R. ZIMMERMANN, in: *HKK*, vol. 1 (note 116), vor § 1 para. 34.

trast to the original drafting style of the BGB²⁰⁸. The original intention of the legislator to confine the BGB to matters of a certain permanence and stability is called into question by quickly changing guidelines from EU directives²⁰⁹. However, the following consolation has been put forward: it is preferable to live on a vivid construction site than in a museum that does not reflect the dynamics of modern legal development²¹⁰.

If, then, an integrated approach is to be preferred, regard should also be had to its challenges. First, there is a danger that the aim of consumer protection informs general private law to an extent that is considered too large²¹¹. An example are the provisions on supplementary performance in sales law²¹². If a buyer has received defective goods, the Consumer Sales Directive allows for supplementary performance either by repair or by replacement. The choice between these two methods of cure is on the buyer; the seller is restricted to how he effects repair or replacement, as the case may be, within the branch chosen by the buyer²¹³. Granting the buyer the choice is meant to afford him additional protection and therefore this rule cannot be derogated from in all Member States. However, in integrating the Consumer Sales Directive into general sales law, the German legislator has extended the idea to all types of sales contracts. It is very questionable whether the choice between the two methods of cure ought to be on the buyer²¹⁴. In general, the seller will be in a better position to evaluate the cost of the two kinds of supplementary performance²¹⁵. Therefore, it can be claimed that the deliberate generalization of the Consumer Sales Directive has led to an economically unsound provision²¹⁶. However, this experience can also be told

²⁰⁸ W. FLUME, *Vom Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung*, ZIP 2000, 1427, 1429; critical voices are collected by R. ZIMMERMANN (note 6), 200 ff. under the heading “‘Throw-away’ legislation’ (the image goes back to Hans Hermann Seiler).

²⁰⁹ M. SCHMOECKEL, in: *HKK*, vol. II/2 (note 39), vor §§ 312 ff. para. 56; the list of directives that were substantially amended or modified, for example by the Consumer Rights Directive or concerning package travel or consumer credit, is long.

²¹⁰ R. ZIMMERMANN, *Contract Law Reform* (note 61), 87; see also S. GRUNDMANN-M.-S. SCHÄFER, *ERCL* 2017, 459, 474 (keeping consumer law outside, would leave the BGB ‘outdated and devoid of dynamics’); but see W. FLUME, *ZIP* 2000, 1427, 1429 (BGB a ‘cultural monument’).

²¹¹ W.-A. ACHILLES, *JZ* 2018, 953, 956 ff. (referring both to sales law and to standard contract terms the control of which he describes as oriented on consumer contracts even in b2b situations); H.-W. MICKLITZ (note 174), A32 ff.; P.-C. MÜLLER-GRAFF, *GPR* 2009, 106, 116 f.; M. SCHMOECKEL, in: *HKK*, vol. II/2 (note 39), vor §§ 312 ff. para. 58.

²¹² Cf. W.-H. ROTH, *JZ* 2001, 475, 486 f.; W.-A. ACHILLES, *JZ* 2018, 953, 958, adding the examples of costs for removal and installation (see below note 226) and the relevance of public statements for assessing a lack of conformity of the goods (see § 434 (1)3 BGB).

²¹³ § 439 (1) BGB based on Art. 3 (2) of the Consumer Sales Directive.

²¹⁴ For discussion, see J. KLEINSCHMIDT, in: N. JANSEN-R. ZIMMERMANN, *Commentaries* (note 2), Appendix to Art 9:102 (1) paras. 5 ff. with further references.

²¹⁵ H. SIVESAND, *The Buyer’s Remedies for Non-Conforming Goods*, 2005, 106.

²¹⁶ While Art. 111 (1) CESL had given the choice to the consumer buyer, the proposed

from a different angle: uniting general private law and consumer law in one codification may serve as a constant reminder for the legislator to consider whether a particular rule should be part of general private law or kept consumer-specific²¹⁷.

Second, the integrated approach implies the methodological challenge that seemingly ‘national’ rules are in fact based on EU law and therefore need to be interpreted in accordance with the European directives on which they are based²¹⁸. An example is provided by the general provision on termination for breach in § 323 (1) BGB. The wording of this provision requires the creditor to fix an additional period for performance that has to lapse to no avail before he may terminate the contract²¹⁹. The Consumer Sales Directive, in contrast, only requires an additional period to have lapsed but does not presuppose that this period be ‘fixed’ by the creditor²²⁰. The German Federal Court of Justice has, however, interpreted the BGB requirement of ‘fixing’ an additional period in a very loose way: Every request for immediate performance by the creditor or any other statement making clear that performance is to be effected within a limited period of time will suffice²²¹.

Third, a separate approach could allow for more precise transposition²²². There is the problem of provisions in the BGB that – despite all efforts of interpretation – turn out to be incompatible with EU law but may otherwise be regarded as sound in substance. This issue may especially arise as a corollary of the legislator’s decision to generalize the approach of the Consumer Sales Directive to all kinds of sales contracts²²³. The question then is whether such ‘hybrid’²²⁴ provisions that are possibly drafted in too general a manner should receive a ‘split’ application *ratione personae*²²⁵. An example is the provision on the compensa-

CESL had left the choice to the seller outside consumer contracts, see G. WAGNER, *Ökonomische Analyse des CESL: Das Recht zur zweiten Andienung*, ZEuP 2012, 797, 819. See also the comparative assessment by L. BEIL (note 189), 160 ff.

²¹⁷ See S. GRUNDMANN-M.-S. SCHÄFER, ERCL 2017, 459, 473 f.; P.-C. MÜLLER-GRAFF, GPR 2009, 106, 117.

²¹⁸ See M. SCHMOECKEL, in: HKK, vol. II/2 (note 39), vor §§ 312 ff. paras. 56, 58 f.

²¹⁹ The same requirement is contained in § 281 (1) BGB as a prerequisite before the creditor may claim damages in lieu of performance.

²²⁰ Art. 3 (5) Consumer Sales Directive; for discussion of the problem, see W. ERNST, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 3 (note 67), § 323 para. 51 with further references.

²²¹ BGH NJW 2016, 3654; BGH NJW 2015, 2564; BGH NJW 2009, 3153; for discussion and criticism, see for example the case notes by T. RIEHM, JuS 2015, 1121 and F. FAUST, JZ 2010, 202 ff.

²²² Cf. H. DÖRNER (note 179), 181; M. GEBAUER (note 170), 10 (where the integrated approach strives for coordination, it runs the risk of incorrectly transposing the directive).

²²³ See above 1.2.a).

²²⁴ H. DÖRNER (note 179), 182 ff.

²²⁵ Cf. L. BEIL (note 189), 125 ff.; S. LORENZ, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 4, 8th ed., 2019, vor § 474 para. 4.

tion for benefits if the buyer returns a defective good in the course of replacement²²⁶. The ‘Schuldrechtsmodernisierung’ deliberately required the buyer to make good the use he had of the defective item²²⁷. In line with the ‘große Lösung’ chosen by the ‘Schuldrechtsmodernisierung’, the wording of the provision did not distinguish between consumer sales and other contracts²²⁸. However, in its *Quelle*-ruling (which was triggered by a request for a preliminary ruling by the German Federal Court of Justice)²²⁹ the ECJ found this obligation of the buyer to be incompatible with the requirement in the Consumer Sales Directive that supplementary performance has to be ‘free of charge’; if the consumer-buyer had to compensate benefits derived from the replaced goods, he might be dissuaded from asserting his rights under the directive²³⁰. As a consequence and in conformity with the directive, the provision as it was found in the BGB could no longer apply to consumer sales but only to other contracts of sale, although this limited scope was not apparent from the more general wording of the provision²³¹. The Federal Court of Justice justified the split with the general will of the German legislature to comply with its EU obligations²³². This ‘split’ interpretation had not been apparent to the citizen from the wording of the code. Therefore, only a few weeks after this decision had been handed down by the Federal Court of Justice, the legislator stepped in to restore the transparency required in the transposition of a directive and formulated a special rule which excludes a compensation of benefits in the case of consumer sales²³³.

²²⁶ The saga of the costs for removal of the defective goods and the installation of new, conforming goods in the wake of the Weber/Putz-ruling of the ECJ (ECLI:EU:C:2011:396) provides another insightful example, see BGH NJW 2013, 220; BGH NJW 2014, 2183; and § 439 (3) BGB that entered into force on January 1, 2018 and no longer distinguishes between party roles; G. WAGNER, *ZEuP* 2016, 87, 94 ff.

²²⁷ See §§ 439 (4), 346 (1) BGB in the version of 2002; the legislative intention is clearly expressed in BT-Drucks. 14/6040, 232 f.

²²⁸ In fact, the legislator thought that an application of the provision to consumer sales was in conformity with the directive, BT-Drucks. 14/6040, 233.

²²⁹ See BGH NJW 2006, 3200 with ample references on the German discussion preceding the decision.

²³⁰ ECJ 17 April 2008 – case C-404/06 – *Quelle/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, ECLI:EU:C:2008:231; see S. STIJNS-S. JANSEN, *Consumer Sales – Remedies*, in: E. TERRYNG. STRAETMANS-V. COLAERT (eds.), *Landmark Cases of EU Consumer Law*, 2013, 701 ff.

²³¹ BGH NJW 2009, 427.

²³² This contribution is not the place to retrace the rich and controversial methodological discussion that accompanied the decision by the Federal Court of Justice. Cf. the succinct and critical discussion of the consequences ensuing from using the Consumer Sales Directive as a ‘blueprint’ for general sales law by G. WAGNER, *ZEuP* 2016, 87 ff., in particular 115 ff. (for an approach that – like the German comprehensive approach – uses the Consumer Sales Directive as a model for general sales law, CJEU decisions on the underlying directive may have ‘disruptive effects’).

²³³ See, today, § 475 (3)1 BGB; the provision entered into force as of December 16, 2008.

5. *Conclusions and outlook*

Unlike the French reform, the German ‘Schuldrechtsmodernisierung’ covered only certain parts of contract law. In particular, the relevant aspects of the general part of the BGB with its reliance on the notion of juridical act had not been changed. It seems that the need for reforming this most general layer of contract law has been slight; whether this will hold true with regard to the challenges posed by autonomous systems remains to be seen. The courts have been able to adapt the general rules on juridical acts and formation of contracts to modern developments. The rules are formulated sufficiently wide, and the legislator of 1900 was conscious not to impede legal development by writing too much legal doctrine into the text of the BGB. It is true that this approach makes the general part appear very technical and hardly accessible for the uninitiated. Nevertheless, once it is understood, it can be applied with logic and coherence.

In those areas where the reform has changed the face of the BGB, we can observe a trend towards generalization. The remedial regime as the main object of the reform is based on the ambition of one general system of remedies for non-performance. The reform intended to overcome inconsistencies and complexities stemming from specialization or compartmentalization. However, special norms remain – and should remain – to a certain extent where this is justified.

Moreover, the reform has added a number of general rules to enshrine judicial developments. This changed the face and style of the BGB, but it did not change the substance of the law. Rather, it was to bring the text of the statute in line with the actual state of the law.

Which way to choose for dealing with consumer law, and in particular with the transposition of consumer law directives, is no easy question. The German approach of integrating consumer law into the general codification entails certain challenges. On balance, however, the better arguments speak in favour of an integrated approach. One observation is, however, completely independent from the approach chosen: the reform was able to switch from one approach to the other without causing a mess. This underlines the observation that path-dependency – ie adherence to an approach once chosen – is but a minor argument which can be overcome.

GREGOR CHRISTANDL

NORME GENERALI SUL CONTRATTO NELL'ATTUALE DISCUSSIONE IN AUSTRIA

SOMMARIO: 1. Il diritto dei contratti nella codificazione austriaca. – 2. Le norme generali sul contratto. – 3. Discussioni e proposte di riforma. – 4. Modernizzazione delle norme generali sul contratto nell'era digitale. – 5. Verso un diritto delle obbligazioni di dati (*Datenschuldrecht*)?. – 6. Conclusioni.

1. *Il diritto dei contratti nella codificazione austriaca*

Il Codice civile generale (ABGB), promulgato nel 1811, è insieme al *Code civil* francese tra i più vecchi codici civili ancora in vigore in Europa. Con l'obiettivo di unificare i vari diritti locali vigenti nell'Impero asburgico dell'epoca, il codice civile "generale" è frutto di un lungo processo di elaborazione avviato già alla metà del Settecento e risulta prevalentemente ispirato sulle idee dell'illuminismo e del giusnaturalismo razionalista dei sovrani illuminati.¹ A differenza del *Code napoléon*, infatti, il codice austriaco è fondato sull'idea della preesistenza dei diritti soggettivi e considera il codice lo strumento migliore per dare attuazione e conferire certezza giuridica ai diritti soggettivi preesistenti.²

¹ G.E. KODEK, *200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – Das ABGB im Wandel der Zeit*, ÖJZ 2011, 490 ss.; P. APATHY, *200 Jahre ABGB – ein Rückblick, in 200 Jahre ABGB – Evolution einer Kodifikation*, 2012, 47. Per un'efficace presentazione della codificazione austriaca in lingua italiana vedi A. GAMBARO in A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 2^a ed., 394 ss. Per una disamina della storia legislativa del codice civile austriaco v. R. GARRÉ, *Il passaggio dal tardo diritto comune alla codificazione giusnaturalista visto dalla specola della teoria della consuetudine*, in P. CARONI-E. DEZZA, *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*, 2006, 35 ss; sull'impatto dell'ABGB nel dibattito per la riforma del codice civile italiano nei primi anni del Novecento v. M.R. DI SIMONE, *L'ABGB e il dibattito per la riforma del codice civile italiano nei primi anni del Novecento*, in P. CARONI-E. DEZZA, *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*, 2006, 409 ss.

² È il § 16 ABGB che riconosce la preesistenza dei diritti spettanti all'uomo come persona. Recita, nella versione ufficiale italiana: "Ogni uomo ha dei diritti innati che si conoscono colla sola ragione, perciò egli è da considerarsi come una persona. La schiavitù o proprietà sull'uomo, e l'esercizio della potestà ad essa relativa non solo tollerati in questi Stati." Codice civile generale austriaco, Parte I, Edizione seconda e sola ufficiale, Milano, 1815. Sul significato programmatico del § 16 ABGB v.: F.S. MEISSEL, *Verfassungsrechtliche Aspekte des § 16 ABGB*, Festschrift Mayer, 2011, 371 ss.

Dal punto di vista strutturale, l'ABGB segue, alla stregua del *Code civil* francese, il classico schema tripartito gaiano *personae – res – actiones*.³ Una breve parte introduttiva contenente disposizioni sulla legge in generale, simile alle preleggi nel codice civile italiano, è seguita dalla prima parte sul diritto delle persone, dalla seconda parte sul diritto delle cose e dalla terza e ultima parte dedicata alle disposizioni comuni al diritto delle persone e delle cose. Rientrano in quest'ultima parte, per esempio, norme sulla conservazione della garanzia patrimoniale (fideiussione, ipoteca, pegno, §§ 1342-1374), norme sulla modificazione del rapporto obbligatorio (novazione, transazione, cessione del credito, delegazione di pagamento, accollo §§ 1375-1410) e norme sull'estinzione di diritti reali e di credito (usucapione e prescrizione, §§ 1451-1502).

Il diritto dei contratti è disciplinato nel secondo libro sui diritti sulle cose (*Von dem Sachenrechte*), all'interno del quale la seconda sezione tratta dei "diritti personali sulle cose" (*Von den persönlichen Sachenrechten*) e cioè delle obbligazioni. Esordisce questa sezione con il 17° capitolo intitolato "Sui contratti e sui negozi giuridici in generale". Se quindi vogliamo individuare norme generali sul contratto nel diritto civile austriaco, le troviamo sicuramente in questo capitolo che ricomprende i §§ 859 – 937 ABGB. Nella versione originaria del codice, questa parte generale sui contratti portava il titolo "Dei Contratti". È solo in occasione della terza revisione parziale del codice civile attuata nel 1916 (3. Teilnovelle)⁴, fortemente ispirata all'allora neo-codificazione tedesca, che il titolo fu modificato ed esteso anche al negozio giuridico che così trovò ingresso nel codice civile austriaco.⁵ Sin da allora il § 859 ABGB, nel delineare le fonti delle obbligazioni alla stregua dell'art. 1173 c.c. italiano, dispone che i diritti personali sulle cose, in virtù dei quali una persona si obbliga ad una prestazione nei confronti di altri, trovano la loro fonte o immediatamente in una legge, o in un negozio giuridico ovvero in un danno subito.

2. Le norme generali sul contratto

Il menzionato 17° capitolo contenente le norme generali sui contratti e sui negozi giuridici è stato profondamente riformato in occasione della terza revisione parziale del codice avvenuta nel 1916 (3. Teilnovelle) e contiene nella sua versione vigente regole sulla promessa al pubblico (§§ 860-860b, introdotte solo

³ G.E. KODEK, *200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – Das ABGB im Wandel der Zeit*, ÖJZ 2011, 491.

⁴ Kaiserliche Verordnung über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, RGBl 69/1916.

⁵ C. WENDEHORST, *Zum Einfluss pandektistischer Dogmatik auf das ABGB*, in *Festschrift 200 Jahre ABGB*, 2011, 87.

nel 1916 e fortemente ispirate ai §§ 657-661 BGB), sulla formazione del contratto (§ 861-864a), sui requisiti del contratto (capacità, errore negoziale, possibilità e liceità, §§ 865-880a), sul contratto a favore di terzi (§§ 881-882, disciplinato solo nel 1916 e fedele al modello tedesco), sulla forma dei contratti (§§ 883-886) sulla solidarietà attiva e passiva (§§ 888-896), sugli elementi accessori del contratto (§§ 897-913, condizione, motivo, tempo, ora, modalità di adempimento, caparra confirmatoria, caparra penitenziale, spese accessorie), sui contratti e negozi a titolo corrispettivo in generale (§ 917-921, tariffe legali nei contratti sinallagmatici, conseguenze dell'inadempimento, risoluzione del contratto e risarcimento del danno), sulla garanzia per vizi (§§ 922-933b), sulla rescissione per lesione enorme (§ 934, 935) sul contratto preliminare (§ 936) nonché sul divieto della generica rinuncia ad eccezioni di invalidità di un contratto (§ 937).

Anche in tempi più recenti, il legislatore austriaco è intervenuto su alcune di queste norme generali. Ciò vale in particolare per le disposizioni sulla garanzia per vizi della cosa che sono state aggiornate alla direttiva (CE) n. 1999/44 nel 2001⁶ e più recentemente alla direttiva (UE) n. 2011/83 sui diritti dei consumatori nel 2013.⁷ Inoltre, in tempi piuttosto recenti e nel corso della riforma del codice di commercio (ora intitolato: Unternehmensgesetzbuch (UGB), Codice dell'Impresa)⁸, sono state introdotte disposizioni sull'adempimento delle obbligazioni generiche (§ 905a), sull'adempimento delle obbligazioni alternative con diritto di scelta del creditore (§ 906 c. 2) nonché sul luogo e modo di adempimento delle obbligazioni pecuniarie (§ 907a-907b). La recentissima direttiva (UE) 2019/771 su determinati aspetti dei contratti di vendita di beni e la direttiva (UE) 2019/770 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuti digitali non sono state ancora attuate. È discusso se queste direttive non debbano almeno in parte essere attuate mediante una revisione delle relative disposizioni generali sui contratti nel codice per introdurre una disciplina generale nell'ordinamento austriaco che si applica anche al di là del settore consumeristico.⁹

⁶ BGBl I 48/2001. La riforma è entrata in vigore il 1 gennaio 2002.

⁷ R. WELSER, *Das neue Gewährleistungsrecht*, in *ecolex* 2001, 420 ss. Per un confronto e una valutazione critica del recepimento del diritto europeo sulla garanzia per vizi negli ordinamenti austriaco e tedesco v. S. AUGENHOFER, *Das Gewährleistungsrecht in Österreich und Deutschland als Beispiele für eine holprige Harmonisierung des europäischen Kaufrechts*, *JBl* 2019, 2 ss.

⁸ Per una valutazione critica della bozza del codice dell'impresa cfr. K. SCHMIDT, *Der Entwurf eines Unternehmensgesetzbuchs – eine rechtspolitische Analyse*, *JBl* 2004, 31 ss.; per una discussione generale F. HARRER-P. MADER, *Die HGB-Reform in Österreich*, 2005.

⁹ Cfr. al riguardo U. KRENMAYR-S. SCHWAMBERGER, *Bericht zur Podiumsdiskussion unter der Leitung von Johannes Stabentheiner: „Bewertung und erste Überlegungen zur Umsetzung in Österreich“*, in J. STABENTHEINER-C. WENDEHORST-B. ZÖCHLING-JUD, *Das neu europäische Gewährleistungsrecht*, 2019, 243 ss.

3. Discussioni e proposte di riforma

In occasione del bicentenario del codice civile austriaco nel 2012 e già qualche anno prima la dottrina si è occupata della questione se era necessario avviare una riforma della parte generale delle obbligazioni e dei contratti.¹⁰ È stato osservato che per via di una riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti si dovrebbe cercare di restituire un ruolo centrale alla codificazione rispetto all'intero traffico giuridico di beni e servizi.¹¹ Tale centralità del codice andrebbe riconquistata attraverso l'implementazione nel codice sia del diritto dei consumatori¹² sia della disciplina sui contratti commerciali tipici.¹³ Inoltre andrebbero colmate le lacune normative nel codice create dagli sviluppi e dai cambiamenti nel mondo economico. Oltre alla tipizzazione di una serie di contratti socialmente tipici (leasing, franchising, conto corrente),¹⁴ è stato proposto di intervenire per colmare le lacune più gravi createsi nella parte generale. Ciò varrebbe in particolare per la responsabilità precontrattuale, tuttora priva di disciplina specifica nel codice austriaco.¹⁵ È stata auspicata la codificazione della responsabilità precontrattuale non per modificare le soluzioni consolidate in giurisprudenza, ma per rendere più trasparente il codice attraverso il suo aggiornamento all'interpretazione delle corti che hanno sempre riconosciuto la rilevanza giuridica di tale tipo di responsabilità a prescindere da una sua disciplina normativa.¹⁶

¹⁰ Cfr. per esempio: G. GRAF, *ABGB forever? Kritische Anmerkungen zur Aktualität des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, in C. FISCHER-CZERMAK-G. HOPF-M. SCHAUER, *Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend*, 2003, 1 ss.; B. LURGER, *Integration des Verbraucherrechts in das ABGB?*, in C. FISCHER-CZERMAK-G. HOPF-M. SCHAUER, *Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend*, 2003, 11 ss.; B.A. KOCH, *Die österreichische Rechtsgeschäftslehre im Lichte des DCFR – Gibt es Anpassungsbedarf im ABGB?*, in *Festschrift 200 Jahre ABGB*, 2011, 1703 M. SCHAUER, *Reformbedarf im Allgemeinen Teil und im Schuldrecht Allgemeiner Teil*, in C. FISCHER-CZERMAK-G. HOPF-M. SCHAUER, *ABGB 2011 Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform*, 2008, 51 ss.; R. WELSER, *Die Bestrebungen zur Reform des ABGB*, in R. WELSER, *Reformen im österreichischen und im türkischen Recht*, 2010, 17 ss.; M. SCHAUER, *Schuldrecht – Reformbedarf oder Kontinuität?* in *200 Jahre ABGB*, 2012, 183 ss.

¹¹ M. SCHAUER, *Schuldrecht – Reformbedarf oder Kontinuität?* in *200 Jahre ABGB*, 2012, 187.

¹² B. LURGER, *Integration des Verbraucherrechts in das ABGB?*, C. FISCHER-CZERMAK-G. HOPF-M. SCHAUER, *Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend*, 2003, 128 ss.; E.A. KRAMER, *Der Vollständigkeitsanspruch der Kodifikation und das Problem der Nebengesetze zum ABGB*, in *ABGB 2011, Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform*, 2008, 35 ss.;

¹³ M. SCHAUER, *Schuldrecht – Reformbedarf oder Kontinuität?* in *200 Jahre ABGB*, 2012, 188.

¹⁴ C. FISCHER-CZERMAK, *Kodifikation neuer Vertragstypen – Kodifikationsproblematik aus österreichischer Sicht*, in *c, Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend*, 2003, 157 ss.; M. SCHAUER, *Schuldrecht – Reformbedarf oder Kontinuität?*, *Festschrift 200 Jahre ABGB*, 2012, 187 ss.

¹⁵ M. SCHAUER, *Reformbedarf im Allgemeinen Teil und im Schuldrecht Allgemeiner Teil*, in C. FISCHER-CZERMAK-G. HOPF-G. KATHREIN-M. SCHAUER, *ABGB 2011 Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform*, 2008, 57 ss.

¹⁶ M. SCHAUER, *Reformbedarf im Allgemeinen Teil und im Schuldrecht Allgemeiner Teil*, in C.

Rispetto alla disciplina dell'inadempimento è stata avanzata la proposta¹⁷ di seguire il modello monistico della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale adottato anche dalla riforma del diritto delle obbligazioni in Germania in tema di inadempimento nei contratti.¹⁸ Il sistema attuale è basato su un sistema eterogeneo di inadempimenti, tra cui la mora, l'impossibilità sopravvenuta, la garanzia per vizi e la rescissione per lesione. È stato dunque suggerito di ridurre tali ipotesi di mancata o inesatta attuazione del contratto ad un'ipotesi unitaria consistente nella violazione del contratto (*Vertragsverletzung*). Ovviamente, anche con questo sistema monistico non si potrebbe fare a meno di differenziare tra violazioni gravi e meno gravi, ma esso creerebbe comunque il grande vantaggio di portare a soluzioni coerenti e non contraddittorie. Inoltre, attenuerebbe le difficoltà riscontrabili nella distinzione tra adempimento inesatto e *aliud* e l'impossibilità originaria potrebbe essere qualificata come inadempimento ed equiparata all'impossibilità sopravvenuta con riguardo ai suoi effetti verso il creditore. Con un'unitaria nozione di violazione del contratto si è pensato di poter armonizzare anche le conseguenze giuridiche della mancata attuazione del programma contrattuale in termini di azione di adempimento o, in alternativa, domanda di risoluzione, fatto salvo in ogni caso il diritto al risarcimento del danno.¹⁹

La rescissione per lesione enorme, prevista dal § 934 ABGB, è un rimedio che in vista di una riforma del codice austriaco è stato messo in discussione²⁰ poiché esso risulta senza paragoni nel panorama degli altri ordinamenti europei, in particolare sembra del tutto peculiare la sua attuale ampia applicabilità a qualsiasi tipo di contratto a titolo corrispettivo. Secondo il § 934 ABGB, la parte contrattuale può domandare la rescissione del contratto e il risarcimento del danno se il corrispettivo fissato nel contratto risulti inferiore alla metà del comune valore dell'oggetto nel momento della conclusione del contratto. La rescissione può essere evitata solo quando la controparte sia disposta a pagare la differenza fino al valore comune. Tale rimedio è stato criticato per la rigidità dei suoi requisiti che si frappone ad una valutazione complessiva di tutte le circostanze alle quali si suole far riferimento invece in Germania dove ipotesi di gravi difetti sinallagmatici vengono risolti in vir-

FISCHER-CZERMAK-G. HOPF-G. KATHREIN-M. SCHAUER *ABGB 2011 Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform*, 2008, 66

¹⁷ M. SCHAUER, *Schuldrecht – Reformbedarf oder Kontinuität?* in *200 Jahre ABGB*, 2012, 193.

¹⁸ Sul cuore della riforma del diritto delle obbligazioni in Germania cfr. G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 12 ss.

¹⁹ R. WELSER, *Reform des österreichischen Leistungsstörungenrechts*, in C. FISCHER-CZERMAK-G. HOPF-M. SCHAUER, *Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend* (2003) 82 ss.

²⁰ M. SCHAUER, *Reformbedarf im Allgemeinen Teil und im Schuldrecht Allgemeiner Teil*, in C. FISCHER-CZERMAK-G. HOPF-G. KATHREIN-M. SCHAUER, *ABGB 2011 Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform*, 2008, 66 s.

tù della clausola generale della contrarietà al buon costume (§ 138 BGB).²¹

Rispetto alla disciplina dei vizi del consenso è stato proposto di introdurre una disciplina dell'errore di diritto e cioè dell'errore sugli effetti giuridici di un determinato atto (*Rechtsfolgenirrtum*).²² Finora, in assenza di una specifica disciplina positiva, la giurisprudenza nega rilevanza a tale errore che viene qualificato come irrilevante errore sui motivi.²³ Inoltre è stato proposto di disciplinare anche l'errore bilaterale o comune (*gemeinsamer Irrtum*) che non è disciplinato dal codice austriaco e la cui rilevanza è stata messa in discussione dalla dottrina.²⁴ La giurisprudenza, al contrario, ha sempre riconosciuto piena rilevanza anche all'errore comune.²⁵

Pure in tema di forma del contratto non sono mancate proposte di riforma. Da un lato è stato suggerito di ridurre le ipotesi in cui la forma è richiesta *ad substantiam* allo scopo di realizzare al massimo il principio della libertà della forma e dall'altro è stato proposto di tener conto delle nuove forme, specie della forma elettronica che attualmente risulta disciplinata in una legge speciale (SigG), mentre andrebbe inserita fra le forme previste dal codice così come è avvenuto in Germania (§ 126a^oBGB). Si è pertanto proposto di integrare la vecchia disposizione del § 886 ABGB con la disciplina sulla forma elettronica.²⁶

L'elenco delle proposte di riforma della parte generale dei contratti è molto lungo e non è possibile in questa sede riportarle tutte. È importante, tuttavia, sottolineare che la discussione sulla riforma, che finora purtroppo a livello legislativo non ha prodotto ancora frutti concreti, ha dimostrato la indiscussa rilevanza e importanza della parte generale relativa ai contratti. Che il codice abbia bisogno di una parte generale sul contratto non è mai stato messo in discussione e il fatto che, a differenza del codice tedesco, la parte generale in Austria si limiti al contratto e ai negozi giuridici è sempre stato visto come vantaggio.²⁷

²¹ M. SCHAUER, *Reformbedarf im Allgemeinen Teil und im Schuldrecht Allgemeiner Teil*, in C. FISCHER-CZERMAK-G. HOPF-G. KATHREIN-M. SCHAUER, *ABGB 2011 Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform*, 2008, 67.

²² M. SCHAUER, *Reformbedarf im Allgemeinen Teil und im Schuldrecht Allgemeiner Teil*, in C. FISCHER-CZERMAK-G. HOPF-G. KATHREIN-M. SCHAUER, *ABGB 2011 Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform*, 2008, 67.

²³ V. per esempio: OGH 03.11.1982 1 Ob 33/82; OGH 24.09.2012 9 ObA 51/12h; OGH 17.07.2013 3 Ob 50/13v. Per una critica dell'orientamento giurisprudenziale al riguardo v. P. RUMMEL in P. RUMMEL-M. LUKAS, *ABGB⁴ § 871 ABGB*, Rz. 18.

²⁴ P. RUMMEL, *Anmerkungen zum gemeinsamen Irrtum und zur Geschäftsgrundlage*, JBl 1981, 1 ss.; condivide tale critica A. KLETECKA, in R. WELSER-A. KLETECKA, *Bürgerliches Recht*, Band I, 15a ed. 2018, 172.

²⁵ OGH 19. 5. 1998, 1 Ob 34/98 a, *RdW* 1998, 664; 25. 11. 1998, 9 ObA 306/98 k, *RdA* 1999, 231; 22. 3. 2004, 1 Ob 23/04 w, *ecolex* 2004/272, 606.

²⁶ M. SCHAUER, *Reformbedarf im Allgemeinen Teil und im Schuldrecht Allgemeiner Teil*, in C. FISCHER-CZERMAK-G. HOPF-G. KATHREIN-M. SCHAUER, *ABGB 2011 Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform*, 2008, 63.

²⁷ V. per esempio M. SCHAUER, *Reformbedarf im Allgemeinen Teil und im Schuldrecht Allge-*

Le proposte di riforma passate in rassegna in parte rispecchiano anche l'esigenza di adeguare le norme generali al contesto economico-sociale attuale. Ciò vale, per esempio, per la proposta di introdurre nuovi tipi di contratto, per la proposta di disciplinare la forma elettronica all'interno del codice e pure per la proposta di incorporare il codice del consumo nel codice civile. Per il resto, però, le discussioni sulla riforma riguardavano aspetti tecnici della materia e non avevano, almeno non in primo luogo, lo scopo di adeguare le norme alle esigenze moderne, specie a quelle dovute all'incidenza del diritto europeo e all'impatto delle tecnologie sul fenomeno contrattuale.

4. *Modernizzazione delle norme generali sul contratto nell'era digitale*

Più recentemente, la discussione sull'esigenza di riformare il diritto dei contratti è stata rinvigorita in occasione del 20° convegno dell'Associazione dei Giuristi Austriaci (*Österreichischer Juristentag*) del 2018. La sezione civilistica di tale Associazione si è occupata della domanda se il diritto dei contratti contenuto nel codice civile austriaco avesse bisogno di essere adeguato alle esigenze nuove sorte in seguito alla digitalizzazione di importanti aspetti della nostra vita quotidiana.²⁸

La domanda si è imposta anche in considerazione dell'imminente attuazione della direttiva 2019/770(UE) concernente i contratti di fornitura di contenuto digitale ai consumatori. Al riguardo, infatti, ci si è chiesti se questa direttiva debba essere implementata nel codice o se sia preferibile, invece, attuarla in una legge speciale. Gli autori del parere predisposto su incarico dell'Associazione dei giuristi austriaci si sono espressi favorevoli ad un'attuazione in una legge speciale poiché ritengono che l'armonizzazione massima perseguita dalla direttiva nonché la tipizzazione in virtù dell'oggetto aliena alla sistematica del codice civile austriaco militerebbero a favore di una tale legge speciale.²⁹ In occasione del convegno dell'Associazione, però, tale opinione non ha trovato il consenso dei partecipanti sia perché la disciplina contenuta nella direttiva potrebbe assumere rilevanza anche al di là del diritto dei consumatori sia perché andrebbe in ogni caso evitata una totale scissione del diritto dei contratti in ordine alle forniture di contenuti digitali.³⁰ È prevalsa poi l'opinione

meiner Teil, in C. FISCHER-CZERMAK-G. HOPF-G. KATHREIN-M. SCHAUER, *ABGB 2011 Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform*, 2008, 54 s.

²⁸ N. FORGÓ-B. ZÖCHLING-JUD, *Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter*, in *Verhandlungen des zwanzigsten österreichischen Juristentages (ÖJT)* Salzburg 2018, vol. II/1, 2018.

²⁹ N. FORGÓ-B. ZÖCHLING-JUD, *Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter*, in *Verhandlungen des zwanzigsten österreichischen Juristentages (ÖJT)* Salzburg 2018, vol. II/1, 2018, 105 s.

³⁰ C. WENDEHORST, *Schlussbericht der Abteilung Zivilrecht*, reperibile su: <https://www.>

di attuare la direttiva almeno in parte nel codice e per il resto in una legge speciale.³¹ Alla fine, il legislatore austriaco ha deciso di attuare sia la direttiva sui contratti di fornitura di contenuti digitali sia la direttiva sulle garanzie per i beni di consumo (2019/771 (UE)) in un'apposita legge speciale intitolata *Verbrauchergewährleistungsgesetz* (legge sulla garanzia per consumatori).³²

Poiché la fornitura di contenuti digitali spesso costituisce oggetto di un contratto di durata, è stata sollevata anche la domanda più generale se andrebbe predisposta una disciplina generale per i contratti di durata nel codice a prescindere dallo specifico oggetto del contratto. È stata ritenuta opportuna, benché difficile, l'introduzione di una disciplina specifica sui requisiti di ammissibilità e sugli effetti del recesso unilaterale dal contratto di durata.³³

5. Verso un diritto delle obbligazioni di dati (*Datenschuldrecht*)?

Un altro aspetto importante riguarda il ruolo di dati come oggetto della controprestazione nel contratto. Al riguardo appare particolarmente interessante la domanda di qualificazione di tali contratti e quindi se possano qualificarsi come contratti a titolo oneroso o debbano invece considerarsi a titolo gratuito. Come nel diritto italiano, anche nel diritto austriaco la distinzione tra contratto a titolo oneroso e contratto a titolo gratuito ha importanti conseguenze giuridiche,³⁴ sia rispetto all'interpretazione, sia rispetto all'annullamento per errore sul motivo sia per le conseguenze giuridiche dell'inadempimento, della garanzia per vizi della cosa e per la rescissione per lesione enorme applicabile ai soli contratti sinallagmatici. Secondo l'opinione tradizionale è considerato contratto a titolo oneroso qualsiasi contratto che non sia stipulato per spirito di liberalità e quindi anche il contratto mediante il quale una parte acquista servizi digitali verso la prestazione del consenso al trattamento dei propri dati

[juristentag.at/files/juristentag/pdf/Schlussbericht%20Abteilung%20Zivilrecht%202020.%20%C3%96JT.pdf](https://www.juristentag.at/files/juristentag/pdf/Schlussbericht%20Abteilung%20Zivilrecht%202020.%20%C3%96JT.pdf)

³¹ U. KRENMAYR-S. SCHWAMBERGER, *Bericht zur Podiumsdiskussion unter der Leitung von Johannes Stabentheiner: Bewertung und erste Überlegungen zur Umsetzung in Österreich*, in J. STABENTHEINER-C. WENDEHORST-B. ZÖCHLING-JUD, *Das neu europäische Gewährleistungsrecht*, 2019, 246.

³² Per un'illustrazione delle ragioni che hanno indotto il legislatore ad attuare entrambe le direttive in un'apposita legge speciale vedi https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/ME/ME_00107/fnameorig_937793.html.

³³ N. FORGÓ-B. ZÖCHLING-JUD, *Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter*, in *Verhandlungen des zwanzigsten österreichischen Juristentages (ÖJT)* Salzburg 2018, vol. II/1, 2018, 231.

³⁴ Cfr. al riguardo A. KLETECKA, in R. WELSER-A. KLETECKA, *Bürgerliches Recht*, Band I, 15a ed. 2018, 123.

personali.³⁵ Tale qualificazione viene tuttavia messa in discussione dalle circostanze del caso concreto, dove spesso colui che mette a disposizione i propri dati rimane inconsapevole del fatto che in tal modo esegue la controprestazione per i servizi offerti. Anche l'operatore professionale che offre tali servizi non ha necessariamente l'intenzione di concludere un contratto a titolo oneroso e ciò vale in particolare per le conseguenze giuridiche derivanti dall'eventuale inadempimento dell'obbligazione di mettere a disposizione i dati personali. Se il soggetto che fruisce dei servizi non fornisce i propri dati, revoca il consenso al trattamento dei dati o trasmette dati non veritieri, tale comportamento rimane tipicamente senza conseguenze giuridiche e viene semmai sanzionato con l'impedimento di accesso ai servizi offerti. Risulta evidente dunque che le regole sui contratti a titolo oneroso non sono in grado di rispondere alle esigenze concrete che sorgono in ordine a dati personali come controprestazione di un contratto a titolo oneroso e in particolare non sono coordinate con la disciplina specifica del Regolamento generale sulla protezione dei dati (Regolamento(UE) 2016/679). È stato proposto dunque di introdurre nel codice civile austriaco un c.d. *Datenschuldrecht* ossia un diritto delle obbligazioni dei dati, applicabile sempre quando oggetto di una delle prestazioni contrattuali è la fornitura di dati a prescindere dalla qualificazione del contratto come gratuito o oneroso.³⁶ Secondo i suoi proponenti tale diritto delle obbligazioni di dati andrebbe introdotto con ambito di applicazione soggettivo generale e rispetto a tutti i contratti nei quali i dati costituiscono il "mezzo di pagamento" per essere poi trattati e utilizzati a fini commerciali. In generale, andrebbero applicate le norme relative ai contratti onerosi con alcune modifiche importanti, specie in tema di garanzia per vizi, dove andrebbe escluso, per gli evidenti problemi pratici, il rimedio della riduzione del prezzo nel caso in cui la prestazione della controparte risulti difettosa. L'impasse andrebbe superato attraverso un'obbligazione di pagare un sovrapprezzo in denaro che corrisponderebbe al valore dei dati che sono stati forniti senza la dovuta controprestazione. Le difficoltà pratiche di determinazione di tale valore si frappongono tuttavia ad una tale soluzione. Per questo motivo è stato proposto di seguire il modello della direttiva concernente i contratti di fornitura di contenuto digitale che prevede il rimedio della riduzione del prezzo per i soli contratti dove la controprestazione consiste nel pagamento di una somma in denaro, mentre non è applicabile ai contratti nei quali la controprestazione consiste nella fornitura di dati personali (art. 14 c. 4 direttiva (UE) 2019/770). Inoltre andrebbe escluso un diritto all'adempimento dell'obbligazione di fornire dati personali con conseguente inapplicabilità delle norme relative all'inadempimento contrattuale (mora, risarcimento per

³⁵ W. ZANKL-F. KNAIPP, *Aktuelle Rechtsfragen bei Download und Anwendung von Apps*, *ecolex* 2005, 544.

³⁶ N. FORGÓ-B. ZÖCHLING-JUD, *Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter*, in *Verhandlungen des zwanzigsten österreichischen Juristentages (ÖJT)* Salzburg 2018, vol. II/1, 2018, 256.

inadempimento). Ciò discende già dal Regolamento generale sulla protezione dei dati, ma andrebbe riconfermato anche nel diritto delle obbligazioni. Ci si chiede inoltre se possa trovare applicazione il regime della garanzia per vizi anche alla prestazione di chi mette a disposizione i propri dati. Si risponde che ciò sarebbe escluso dal Regolamento europeo rispetto a dati personali, ma andrebbe in ogni caso confermato in caso di dati diversi non riguardanti persone messi a disposizione della controparte. Se possa essere chiesta la risoluzione del contratto nel caso in cui il soggetto decida di revocare il suo consenso al trattamento dei suoi dati, è una domanda difficile, in quanto la risoluzione del contratto come conseguenza di una tale revoca potrebbe rendere la revoca del consenso al trattamento dei dati personali più gravosa e porsi pertanto in contrasto con l'art. 7 c. 3 del regolamento generale sulla protezione dei dati che prevede che "Il consenso è revocato con la stessa facilità con cui è accordato".³⁷

Nella discussione relativa alla questione dei dati come controprestazione è stata discussa anche la domanda se i dati possano essere qualificati come beni, nel senso di cose che possono formare oggetto di diritti reali.³⁸ Questa visione è stata criticata nella discussione e ciò in particolare per le specifiche caratteristiche di dati che a differenza delle cose materiali ammettono una riproduzione almeno tecnicamente illimitata. In particolare si è ritenuto che i dati non richiedono la soluzione di questioni di attribuzione, bensì di accesso all'informazione per cui il luogo più adeguato di regolamentazione sarebbe il diritto della protezione dei dati, il diritto delle proprietà intellettuale e il diritto alla libertà d'informazione.³⁹

Con riferimento ai *smart contracts* basati sulla tecnologia *blockchain* dove i presupposti della conclusione e pure dell'adempimento del contratto vengono programmati con un algoritmo *ex ante* non si ritiene che tali contratti possano sottrarsi all'applicabilità delle norme generali in tema di contratto, che si ritengono senz'altro applicabili e adeguati per regolare anche tale fenomenologia contrattuale.⁴⁰

³⁷ Cfr. per uno schema delle questioni da affrontare in un tale diritto delle obbligazioni di dati N. FORGÓ-B. ZÖCHLING-JUD, *Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter*, in *Verhandlungen des zwanzigsten österreichischen Juristentages (ÖJT)* Salzburg 2018, vol. II/1, 2018, 268 ss.

³⁸ In Germania è stato un gruppo di lavoro dei ministri di giustizia dei Länder ad escludere che i dati possano costituire oggetto di diritti reali: *Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder*, Bericht v. 15.5.2017, abrufbar unter: https://jm.rlp.de/fileadmin/mjv/Jumiko/Fruehjahrskonferenz_neu/Bericht_der_AG_Digitaler_Neustart_vom_15_Mai_2017.pdf. Sul punto v. da ultimo T. HOEREN, *Datenbesitz statt Dateneigentum – Erste Ansätze zur Neuansichtung der Diskussion um die Zuordnung von Daten*, in *Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung* 2019, 5 ss.

³⁹ N. FORGÓ-B. ZÖCHLING-JUD, *Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter*, in *Verhandlungen des zwanzigsten österreichischen Juristentages (ÖJT)* Salzburg 2018, vol. II/1, 2018, 351 ss.

⁴⁰ N. FORGÓ-B. ZÖCHLING-JUD, *Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegun-*

6. Conclusioni

È in corso dunque un'ampia discussione in Austria sull'esigenza di riformare le norme generali sui contratti sia con riguardo a questioni tecniche generali allo scopo di aggiornare le disposizioni del codice ai consolidati orientamenti giurisprudenziali sia per far riconquistare al codice la sua centralità nel diritto delle obbligazioni e dei contratti. Dall'altro lato si nota, specie nei tempi più recenti, un'intensa discussione sull'esigenza di adeguare il diritto dei contratti alle nuove esigenze dovute alla digitalizzazione di ampi settori della nostra vita quotidiana. Al riguardo sono state fatte alcune importanti proposte per agevolare la soluzione di problemi pratici sorti nell'era digitale. Ciò vale in particolare per la proposta di un c.d. *Datenschuldrecht*, un diritto delle obbligazioni di dati.

Comunque prevale tuttora l'opinione che il codice civile austriaco con le sue forti radici nel diritto naturale, con lo stile aperto e flessibile delle sue disposizioni e con la sua forte tendenza di favorire il "diritto dei giuristi" creato da giurisprudenza e dottrina al di là del codice, sia senz'altro in grado di fungere da fonte per la soluzione delle più importanti questioni sollevate anche nell'odierno contesto della c.d. digitalizzazione. Una rivoluzione digitale del diritto dei contratti pertanto non è verosimile. Ciò non significa, tuttavia, che il legislatore non sia comunque tenuto ad intervenire per modernizzare le disposizioni esistenti e per integrarle. La discussione per una tale riforma è partita in occasione dell'attuazione della direttiva (UE) 2019/770 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuti digitali e sarà certamente approfondita nel prossimo futuro.

AURELIO GENTILI

SULL'ATTUALITÀ DELLE NORME DI PARTE GENERALE DEL DIRITTO DEI CONTRATTI

SOMMARIO: 1. Le due funzioni di una parte generale del diritto contrattuale. – 2. La funzione di conformare: a) struttura dell'atto di autonomia e differenze di disciplina e di concezione. – 3. (*segue*) b) l'atto di autonomia come 'regola'. – 4. La funzione di sindacarne i fini: la *ratio* comune delle forme di invalidità ed inefficacia. – 5. Attualità della parte generale e possibilità di revisione.

1. *Le due funzioni di una parte generale del diritto contrattuale*

Si dice che il fine giustifichi i mezzi. Prima di giustificarli però, il fine secondo me conforma i mezzi, perché mezzi inadatti sono sempre ingiustificati. Gli atti di autonomia privata¹ sono appunto mezzi per un fine, cioè uno strumento da forgiare per uno scopo da valutare; e lo scopo richiede che i comportamenti siano guidati in modo da raggiungerlo. Questo aspetto è, e sarà sempre, indispensabile ad ogni atto privato, e per questo penso che le norme generali del codice sugli atti di autonomia privata non possano tramontare. Perché esse hanno necessariamente due funzioni insostituibili: quella di conformare gli atti e quella di selezionare i fini.

Del resto, se un ordinamento serve a dire chi può o deve fare cosa e come, sono queste – senza bisogno di dimostrazione – le due funzioni delle norme².

¹ A tal proposito, tralasciando qui i classici, perché noti a tutti, e venendo alla letteratura recente, *ex plurimis*, AA.VV., *Giurisprudenza per principi ed autonomia privata*, a cura di S. MAZZAMUTO-L. NIVARRA, Torino, 2016; R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003; F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Torino, 2015; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2008; AA.VV., *I mobili confini dell'autonomia privata*, a cura di M. PARADISO, Milano, 2005; AA.VV., *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, a cura di R. TOMMASINI, Torino, 2007; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, in *Studi di diritto privato*, Torino, 2002; A. ORESTANO, *Accordo normativo e autonomia negoziale*, in *Quaderni romani di diritto privato*, Padova, 2000.

² Si veda a proposito H.L. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, 26; E. BULYGIN, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995, 29. Più in generale, N. BOBBIO, *Teoria della norma*

Le norme generali si sono rivelate nella storia il modo migliore di assolvere queste due funzioni. Però le due funzioni (forgiare lo strumento, e selezionare il fine) obbediscono a ragioni diverse perché nel forgiare l'atto la pretesa onnipotenza dei legislatori ha in realtà scarso campo.

La strutturazione dell'atto obbedisce infatti anzitutto a regole di logica giuridica dalle quali nessun legislatore, a mio parere, può prescindere. Invece, quando si tratta di selezionare i fini, si affronta una questione di politica legislativa in cui le scelte possono essere esercitate con grande discrezionalità.

Le norme generali – di cui noi abbiamo lungamente parlato in questo convegno – hanno come ho detto un ruolo in entrambe le funzioni (forgiare gli atti, selezionare i fini) ma, per le diverse ragioni dei due campi, in modo diverso; e perciò è il caso di considerarle separatamente.

2. *La funzione di conformare: a) struttura dell'atto di autonomia e differenze di disciplina e di concezione*

La prima funzione delle norme generali è di conformare lo strumento, l'atto di autonomia, e conformarlo ovviamente introduce il discorso sulla sua struttura.

Non a caso, in tutti gli ordinamenti è proprio nelle norme generali che si cerca di definire la struttura dell'atto di autonomia. Tutti i codici hanno una parte generale, tutte le parti generali si occupano del contratto o, a volte, ancor più ampiamente della dichiarazione di volontà, o dell'atto giudico, o del negozio.

Penso che questa funzione sia ineliminabile. Infatti, gli ordinamenti che non hanno norme generali sono costretti a ricavarle astruendo dalle particolari. Questa è stata – per ricordarla rapidamente – l'esperienza del diritto romano³, nato senza norme generali nel tempo della sua vigenza, rielaborato nel tempo del suo uso scientifico, pervenendo grado a grado a norme sempre più generali. Questo si fa oggi nei singoli settori per enucleare sub-principi della materia.

Carmelita Camardi e Mario Libertini in apertura dei nostri lavori ci hanno detto – e avevano certamente buone ragioni – che la frammentazione del sistema in settori – i settori ai quali alludevo, con i relativi codici di settore – sposterebbe a questi la funzione definitoria della struttura e della conformazione dell'atto giuridico come strumento di autonomia, e che dei principi generali oggi avrebbero senso soltanto all'interno dei settori. A mio giudizio c'è senz'al-

giuridica, Torino, 1958, 227; M. JORI-A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, 2^a ed., Torino, 1995, 251.

³ Sul tema, P. BONFANTE, *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1926, 107 ss., 125 ss., 135 ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, 30, 38 ss.; L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 1989.

tro del vero, ma essi stessi (Carmelita Camardi e Mario Libertini) ci hanno detto anche che una parte generale ha senso almeno in funzione di disciplina residuale se e finché c'è un codice civile. Bene, un codice civile c'è e quindi, anche se esso non impedisce di potenziare i principi di settore, mi pare che finché c'è conservi esso stesso la funzione di continuare a fornire la struttura basilare dello strumento di autonomia, oltre che la sua disciplina residuale laddove non si applicano le norme speciali dei singoli settori.

Definire lo strumento – come dicevo – introduce il discorso sulla sua struttura. L'autonomia è una dimensione comune agli ordinamenti e allora verrebbe da supporre che comune sia anche lo strumento dell'autonomia. È così? A prima vista non è così, perché quando si viene al dunque le discipline dell'atto di autonomia privata si diversificano e le concezioni che le ispirano si contrappongono.

Le discipline si diversificano, l'abbiamo sentito a cavallo di tutto il convegno. Faccio degli esempi: negli ordinamenti latini è elemento dell'atto la causa, però oggi il primo e più antico di essi, invece, la disconosce, quantomeno nella conoscenza del *nomen iuris*⁴. Nel *common law* la causa non c'è, c'è però la *consideration*, che è uguale e diversa. In quelli germanici normalmente non si parla della causa del contratto. Differenze, dunque.

E ancora. Si è parlato in questo convegno anche stamattina di proposta, revoca della proposta, durata della proposta. Le disposizioni dei vari codici europei sulla durata e sull'accettazione della proposta sono piuttosto diverse in Germania, in Austria, in Portogallo, in Svizzera, in Olanda. Altre differenze.

E poi. Si è parlato di regole di forma, di forma degli atti comuni, starei per dire 'cartacei', e di atti elettronici: le regole variano.

E infine (ma solo per fermarsi qui). Si è parlato del consenso: noi sappiamo che il consenso è traslativo nel nostro ordinamento e in Francia; il consenso non è invece immediatamente traslativo nell'area austro-tedesca. Ulteriori differenze.

Non continuo con l'elencazione delle differenze perché mi rivolgo a colleghi che ne sono bene informati. Certo è che differenze ci sono. Inoltre, le concezioni si contrappongono: il volontarismo è il substrato ideologico ancora oggi di un po' tutti i codici perché è rimasto intriso nel loro lessico, e quindi tutti gravitano più o meno lessicalmente sulla *Willenserklärung*, sul *consentement*, sull'accordo. Però le interpretazioni variano perché da sempre si sminuisce il ruolo del volere per esaltare quello dell'autoresponsabilità e dell'affidamento⁵. Qualcuno parla di atti di volontà, ma qualcun altro parla invece di precetti dell'autonomia privata. In Germania è comune distinguere *Akt* e *Regelung*. In molti ordinamenti si prospetta l'atto, quantomeno a contenuto patrimoniale-

⁴ Per una storia della causa nell'esperienza ordinamentale latina si veda M. GIORGIANNI, *L'evoluzione della causa del contratto nel codice civile francese*, Napoli, 2018.

⁵ Sul tema V. CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004.

le, come puro vestimento giuridico di un'operazione economica. Insomma, le prospettive sono molto diverse.

Queste differenze innegabili, nelle regole e nelle concezioni, sono davvero segno di diverse scelte normative su cos'è un atto di autonomia privata o sono solo diverse discipline, diverse prospettive a proposito di qualcosa che resta sé stesso?

Io penso che le diversità non scalfiscano la comune nozione di base del contratto e degli altri atti di autonomia, e che il riconoscimento dell'autonomia privata, che è necessario in ogni tipo di sistema, ma è indispensabile in quelli liberali e democratici, detti – come dicevo al principio – ai legislatori la nozione di base dell'atto di autonomia, al di là delle differenze segnalate.

In realtà sulla esistenza o meno di una comune nozione di base del contratto, più in generale dell'atto di autonomia, si fronteggiano – molto semplificando – due opinioni. Una – potrei citare nella letteratura italiana il nome di Rodolfo Sacco – dice che se abbiamo l'impressione che esista una nozione basilare è solo perché si afferma che aleggi su tutte le concezioni del contratto l'idea di un consenso, solo a patto, però, che si mettano in ombra gli altri requisiti. E anche Enrico Gabrielli ci ha detto scetticamente che una definizione dell'atto di autonomia non esiste, e soprattutto che non è il caso di inventarla.

A questa posizione più scettica se ne contrappone una possibilista (un suo rappresentante è Guido Alpa) che, ricordate le molte possibili concezioni, afferma che esisterebbe una *koinè* nella quale i vari ordinamenti confluiscono, quella cioè che fa perno sull'incontro delle volontà che crea il vincolo e sancisce lo scambio o lo sforzo cooperativo.

So che rischio di sembrare eccentrico ma non sono d'accordo con nessuno dei due approcci perché, in realtà, se è vero che più o meno a partire da Grozio⁶ noi ravvisiamo nell'incontro delle volontà il prodromo del contratto, e nel contratto il paradigma dell'atto, dire che la volontà offra davvero lo schema di base – come la seconda concezione, – o anche dire che ci si illuda stralciando gli altri requisiti di offrire una concezione di base, mi sembra ugualmente sbagliato.

Le due prospettive alternative convergono in un punto: il ruolo della volontà. Ma siamo tecnici: tutti gli ordinamenti della tradizione occidentale testimoniano con regole molto simili tra loro (quelle sui vizi del volere, sulla simulazione, sulla riserva mentale e quant'altro) che l'atto c'è anche quando non c'è la volontà. Dunque, la tesi, venerabile quanto diffusa, che il contratto sia 'accordo', cioè volontà, è nonostante tutto falsificata: ciò non è sempre vero. Se lo pensiamo è per una ragione storica (così si è formata la moderna teoria del contratto) e per una nominalistica (il nostro codice ancora ripete che il contratto è un accordo).

In realtà l'accordo nel nostro codice come adesione delle parti all'atto è solo un requisito dell'atto: la parte, non il tutto. Lo sa anche il nostro legislatore, che

⁶ H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, 1625, spec. Cap. XI.

incorre in quello strano bisticcio logico che è il contraddittorio rapporto tra gli articoli 1321 (ove l'accordo è invece il nome del tutto) e 1325 (ove l'accordo è un requisito... dell'accordo!). Bisticcio risolvibile solo intendendo volta a volta 'accordo' in sensi diversi. In definitiva, la tesi del contratto come accordo non è che una sineddoche. Allora, anche aderendo alla centralità dell'accordo ribadita per esempio in questi giorni, qui, da Stefano Pagliantini, non possiamo dire che l'essenza dell'atto di autonomia privata, soprattutto dal lato contrattuale naturalmente, sia l'accordo o più in generale la volontà.

E allora qual è? Non c'è? Vorrei ora soffermarmi – dopo aver considerato le differenze – su questo, cioè sul sostrato comune di tutte le possibili differenze, siano di concezione o di disciplina, per mostrare che esiste e quale sia.

3. (segue) *b) l'atto di autonomia come 'regola'*

Io penso che una essenza basilare dell'atto di autonomia ci debba essere. Perché altrimenti noi giuristi delle varie tradizioni neppure ci capiremmo quando parliamo di *contract*, *contrat*, *Vertrag*, contratto, *contrato*⁷. Dunque, se ci capiamo, qualcosa che ci consente di capirci c'è. Qualcosa che a me sembra facile individuare, però a patto di spostare lo sguardo dalla struttura, cui si è tradizionalmente guardato, alla funzione. Perché l'essenza di uno strumento – e anche l'atto di autonomia privata è uno strumento – non sta in ciò che è, sta in ciò che fa. Se guardiamo alla funzione, qualunque sia la concezione del diritto (istituzionale, normativa, analitica, gius-economica, ermeneutica, gius-realista) varia l'estensione semantica dei termini come *contract*, *contrat*, *vertrag*, contratto, non varia l'intensione semantica, perché è sempre la stessa: dare regola a un rapporto.

Se così è, la figura di base dell'atto di autonomia è la *regola*. Il contratto, più in generale il negozio, è una regola. La regola (non generale ed astratta, come la legge, ma) particolare e concreta del rapporto, posta dalle parti stesse, che ci dice cosa le parti possono o debbono fare. Il che poi è l'uovo di Colombo perché lo strumento della autonomia privata non poteva che essere il *nomos* del rapporto, cioè l'atto che lo regola.

Questa concezione di base mi sembra proprio ciò che le norme generali presenti nei diversi codici sostanzialmente esprimono con una convergenza che francamente dimostra che non soltanto c'è una cultura giuridica occidentale comune ma forse c'è anche una qualche necessità logica di questa comunanza culturale.

E mi pare che questa nozione funzionale superi le consuete *querelles* che invece induce l'approccio strutturale. Per brevità, prendiamo per esempio la

⁷ Sia permesso qui rimandare ad A. GENTILI, *Senso e consenso*, I, Torino, 2015, 289.

questione della causa⁸. Ci sono diverse scelte legali. Possiamo dire che esistono diverse essenze di atto di autonomia secondo che i legislatori li qualificano espressamente come causali oppure no? Io penso che la questione stia in un altro modo. Ciò che vi è veramente di essenziale nella causa, cioè il disporre in un certo modo del rapporto, è implicito nella idea di regola, e quindi dire con una disposizione apposita che requisito dell'atto di autonomia è la causa è una norma non dico inutile ma per lo meno pleonastica, perché non fa altro che ripetere, un po' tautologicamente, qualcosa che era implicito nel concetto: ogni regola ha una 'causa' perché ogni regola governa in un certo modo il rapporto regolato.

In questo senso la causa sarà sempre, nominata o non nominata, elemento dell'atto di autonomia privata. La necessità che Mario Libertini segnalava, che un atto di autonomia abbia sempre una causa, è soddisfatta del fatto che, siccome l'atto pone una regola del rapporto, lo fa per uno scopo, e quindi ha sempre una causa. Per questo non mi preoccupo più che tanto – ma tutte le opinioni sono lecite – del fatto che la causa non sia nominata. Sia la causa nominata o no dal legislatore, il trattamento legale della regola privata continuerà ad assolvere i ruoli per i quali la causa è oggettivamente utile.

Mi sembra un po' più significativa la varietà delle regole di forma e di formazione del contratto. Questo potrebbe farci venire il dubbio che effettivamente non ci sia un'essenza comune della nozione del contratto. Ce ne ha parlato Pasquale Femia; ce ne ha parlato Marisaria Maugeri; ce ne ha parlato Gregorio Gitti. E tutti segnalano che l'esperienza dei contratti informatici, telematici, robotici, *smart*⁹ si distacca dal modello tradizionale sia quanto ai requisiti di forma sia quanto ai metodi di formazione.

Si distacca, sì, ma è estraneità o è solo specificità? Quanto alle nuove tecnologie l'approccio delle direttive europee, che poi viene replicato dalle leggi nazionali, si innesta sulle forme classiche del contratto, della forma del contratto, e quindi riproduce la firma, che qui in realtà è solo elettronica, riproduce la scrittura certa, che qui in realtà è solo effetto del funzionamento dell'algoritmo che garantisce autenticità, riproduce la ricettività, che qui naturalmente sta nel terminale di chi riceve la comunicazione, in sostanza applicando a un mondo che nulla ha a che vedere con quello della tradizione gli stessi concetti che erano nati nel mondo della tradizione.

I *bit* sono, nella visione delle direttive europee in materia elettronica, la

⁸ Sulla causa, *ex multis*, V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 341; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, 3^a ed., in *Trattato di diritto civile*, I, Torino, 2004, 777; E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, II, 531; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Varese, 1968; M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, in *I quaderni della rivista di diritto civile*, Padova, 2012.

⁹ In tema, AA.VV., *Internet e diritto civile*, a cura di C. PERLINGIERI-L. RUGGERI, Napoli, 2015; AA.VV., *I contratti informatici*, a cura di R. CLARIZIA, in *Trattato dei contratti*, Torino, 2007; AA.VV., *Il contratto telematico*, a cura di V. RICCIUTO-N. ZORZI, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2002.

nuova carta¹⁰. D'altro canto, proprio il modo nel quale viene affrontata questa fenomenologia così diversa da quella alla quale eravamo abituati dimostra quanto siano utili le norme generali. In realtà le direttive, e soprattutto le legislazioni nazionali di recepimento, dimostrano veramente carenza laddove non sono capaci di fornire norme generali.

Per esempio, tutti quei rinvii che fa la nostra legislazione sulla firma elettronica alla valutazione discrezionale del giudice nello stabilire se le caratteristiche tecniche di quella particolare firma elettronica integrino o non integrino la forma scritta, forniscano o non forniscano la prova, non sono carenze della legislazione? Un legislatore deve sapere in base a quale criterio egli stabilisce che una firma elettronica è firma di un atto che vale come atto scritto, deve sapere a quali condizioni tecnico informatiche fa prova. Invece il legislatore demanda – come sempre purtroppo si fa in questi casi – alla giurisprudenza di risolvere il problema¹¹. Questo è un caso di norma generale fallita. Questa è una prova della necessità delle norme generali.

Quanto alla formazione, Alberto Maria Benedetti ci ha detto che le norme generali sono un po' in affanno a dominare con regole comuni fenomenologie diversificate, anche guardando oltre l'area dei contratti informatici ed elettronici. Però ci ha anche detto che la spiegazione giuridica delle regole di formazione è comune nei diversi contesti: assicurarsi della sussistenza del consenso.

Non basta che la regola esista, ovviamente la regola deve funzionare, deve operare. Compito delle norme generali è disciplinarne l'operatività. L'operatività è la creazione e la circolazione di diritti e obblighi.

Qui le concezioni correnti del negozio come fattispecie sono giustamente state considerate da molti tra i relatori che sono intervenuti. Da Gianroberto Villa, che ricordava i guasti che producono certe rigidità della tecnica della fattispecie nella circolazione; da Andrea Orestano, che segnalava come ci siano spazi sempre nella circolazione dei diritti mal coperti dalle norme generali o comunque con soluzioni che non convincono. Si sottolineava – sempre da parte di Orestano – l'opportunità di estendere le norme generali alla catego-

¹⁰ Sul tema E. BATTELLI, *Il valore legale dei documenti informatici*, in *Diritto privato. Nuovi orizzonti*, Napoli, 2012.

¹¹ Ci si riferisce all'art. 20, comma 1-bis, come da ultimo novellato, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 ("Codice dell'Amministrazione Digitale"), a termini del quale "Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida".

ria dei negozi di accertamento. Se posso esprimere un'opinione, non lo farei, perché considero spuria la categoria. Si sottolineava da parte di Pietro Sirena come la operatività delle norme generali si manifesti anche nel caso delle loro violazioni, e mi sembrava assolutamente sensata la proposta di unificare in un comune *genus* le *species* della responsabilità patrimoniale ed aquiliana (un rafforzamento delle norme generali), e di estendere le regole speciali della vendita a tutti i contratti ad effetti reali (un trapasso da una norma di settore, o da una norma di tipo, a norme generali).

Penso dunque, in conclusione, che il sostrato basilare dell'atto di autonomia sia di essere una regola, e che la funzione delle norme generali nel forgiarlo sia appunto di asseverarne (anche se con un lessico inappropriato di stampo volontaristico, residuo di concezioni risalenti e superate) tale natura.

4. *La funzione di sindacarne i fini: la ratio comune delle forme di invalidità ed inefficacia*

Dicevo in apertura che le funzioni delle norme generali sono a mio avviso due: forgiare l'atto, selezionare i fini. Selezionare i fini introduce il discorso sulla validità e l'efficacia.

La validità e l'efficacia in ordinamenti liberali e democratici obbediscono al principio che tutto è permesso tranne quello che è vietato. Però, appunto, qualcosa è 'vietato' (nel senso, ampio, che non rispetta prescrizioni sulla struttura o sulla funzione) e l'autonomia privata non è onnipotente. Vi sono limiti negativi (divieti) ma vi sono anche nel nostro ordinamento, che è ispirato a fini sociali, che è inserito nel sistema dell'economia sociale di mercato, che è retto da uno stato regolatore, limiti positivi, perché l'ordinamento indirizza verso certi fini di interesse generale le attività dei privati.

Non appartiene alle norme generali – certamente – comminare gli specifici divieti. Per definizione, sono specifici, non generali. Salvo naturalmente quella disposizione che si ritrova anche in Francia, Austria, Portogallo, Svizzera, Olanda, Spagna, che impone il limite delle norme imperative, dell'ordine pubblico (di direzione e di protezione) e del buon costume.

Con questo il discorso però non è certo concluso perché c'è una logica unitaria, secondo me, nel selezionare i fini ammessi dalle attuali norme generali, e questa logica è che la giustificazione dell'atto privato è l'utilità¹²: l'atto che non

¹² Gli studi sull'utilità marginale si devono a L. WALRAS, *Éléments d'économie politique pure ou théorie de la richesse sociale*, 1874; C. MENGER, *Principi fondamentali di economia politica*, Bari, 1925, 131; W.S. JEVONS, *Teoria dell'economia politica*, Torino, 1952, 57; J.S. MILL, *Principi di economia politica*, Torino, 1983. La nozione fu però compiutamente elaborata da H.H. GOSSEN, *Entwicklung der Gesetze des menschlichen Verkehrs und der daraus fließenden Regeln für menschliches Handeln*, 1854.

è utile, perché non è frutto della scelta di un agente razionale, non deve (non merita di) ottenere la forza di legge. In particolare il contratto deve apportare a tutte le parti benefici (soggettivamente sentiti come) superiori ai sacrifici, allocando i beni di cui si dispone nel modo che ne accresce soggettivamente il valore – soggettivamente perché, come insegna Arrow¹³, non sono possibili oggettive comparazioni interpersonali di utilità –. Benché soggettivi, questi benefici non debbono essere semplicemente apparenti e, soprattutto, non debbono essere trasferimenti di utilità ad una parte a detrimento delle altre parti o dei terzi. Non delle altre parti perché – come ci ha ricordato Giovanni D'Amico – il contratto è espressione di giustizia commutativa e dunque richiede o (ottimo di Pareto) che l'arricchimento di uno avvenga senza impoverimento di nessuno¹⁴ o, almeno, e questo è il metodo di funzionamento dei contratti di scambio (ottimo di Kaldor e Hicks), che avvenga a fronte di compensazioni proporzionate¹⁵.

Da questo punto di vista è irrilevante, secondo la visione ricordataci da Giovanni De Cristofaro, che si tratti di conseguire utilità patrimoniali o non patrimoniali. Per dirla, il recupero della salute vale l'onorario del medico, dunque non c'è, in principio, differenza che si tratti di valori patrimoniali o non patrimoniali. In due categorie di casi, la giustificazione (l'utilità) dell'atto manca. Quello delle esternalità negative – di cui forse in questo convegno avremmo dovuto parlare un po' di più – che anima il limite dell'ordine pubblico e della utilità sociale, perché il pericolo per la salute, il danno ambientale, l'erroneo smaltimento/riciclo dei rifiuti, la turbata fruizione del patrimonio culturale, l'attentato alla stabilità finanziaria da contrattazioni altamente speculative, sono esternalità negative che limitano l'autonomia privata e che quindi rendono gli atti invalidi o inefficaci (e qui si innesta la casistica di cui parlava ieri Andrea Zoppini dell'intervento di determinazione concorrente del contenuto contrattuale da parte delle autorità indipendenti a tutela di interessi che trascendono quelli individuali).

Poi ci sono quelle che io chiamerei “internalità negative”, cioè il fatto che il contratto arrechi benefici inferiori o nulli rispetto ai sacrifici che determina. Sono le cause originarie di irrazionalità della scelta, come l'incapacità, i vizi canonici della volontà, ma anche la disinformazione, la sorpresa, la distanza e il minor potere contrattuale: tutte cose – queste ultime – che sono entrate nell'ordinamento per la porta della legislazione speciale, ma che non sono speciali per natura, perché rispondono ai principi generali del contratto, che lo vogliono non vincolante quando non è l'opera di un agente razionale. E mi è parso che proprio in questo modo funzionale Claudio Scognamiglio nel suo intervento proponesse di considerare la nullità e le altre categorie di patologia negoziale.

Naturalmente possono le internalità negative essere invece non originarie

¹³ K.J. ARROW, *Social choice and individual values*, 1951.

¹⁴ V. PARETO, *Manuale di economia politica*, Roma, 1965.

¹⁵ N. KALDOR, *Equilibrio, distribuzione e crescita*, Torino, 1984; J.R. HICKS, *Value and capital*, 1939.

ma sopravvenienti. È l'esperienza dei contratti incompleti e del mutamento del contesto contrattuale di attuazione di cui ci ha parlato Francesco Macario, che ancora una volta sottolinea l'importanza delle norme generali: norme di *default* per queste discrasie funzionali del contratto.

A cavallo fra fatti esterni e interni limitativi, stanno i diritti fondamentali, e i limiti che essi frappongono all'esercizio dell'autonomia negoziale. A me sembra che oggi le norme generali non possano più trascurare di considerarli. Non possiamo ammettere contratti che invece che espressione siano limitazione di libertà. Di libertà altrui, quando (si pensi alle discriminazioni) lo scambio offende i diritti umani di un altro. E della propria quando (penso ad ipotesi come il caso *Bürgschaft* in Germania) con il contratto la parte la propria autonomia l'ha conculcata non certo esplicita. I 'diritti' fondamentali sono anzitutto principi. La loro applicazione rivela che essi molto più che diritti soggettivi sono diritto oggettivo, sono cioè norme; e se sono norme, anzi norme di principio quindi di portata generalissima, è perfettamente giustificabile la loro cosiddetta efficace orizzontale o *Drittwirkung*¹⁶. Ed è quindi perfettamente giustificabile che entrino (idealmente) nella parte generale delle norme sui contratti. Che vi entrino materialmente è una indicazione per il legislatore nel momento in cui decide di ripensare la struttura del codice.

Continuando con i limiti, un limite naturalmente è quello della giustizia del contratto, che è certamente giustizia procedurale, come ricordava ieri Giovanni D'Amico. Dubito, infatti, che possa essere giustizia sostanziale (come sembrano supporre i fautori dell'equilibrio oggettivo del contratto) quanto meno per la ragione che, anche se forse se ne sente la necessità, non se ne vede il criterio. Basta considerare che quella giurisprudenza che accede al sindacato sull'equilibrio, per ripristinarlo si riduce sempre ad adottare il 'prezzo' di mercato, invertendo così la regola fondata sull'economia neoclassica dei rapporti di scambio per cui il contratto fa il prezzo, e non il prezzo il contratto.

Questo non toglie che vi siano casi di determinazione diretta del contenuto del contratto (clausole vietate, clausole imposte) finalizzati a renderlo più equo; o più coerente a *policies* specificamente perseguite.

5. Attualità della parte generale e possibilità di revisione

La storia è spesso un pendolo che oscilla. Per diciotto secoli legislazioni e scienza hanno proceduto verso la generalizzazione. Da cinque decenni hanno invertito la marcia e procedono verso la diversificazione, la frammentazione,

¹⁶ In tema, G. ALPA, *Storia, fonti, interpretazione*, I, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 2000, 521; AA.VV., *Effettività e Drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, a cura di E. NAVARRETTA, Torino, 2017.

la particolarità. Se il fine conforma i mezzi, cambiati i fini si richiede una revisione dei mezzi. E qui nasce allora la domanda se le attuali norme generali, che nel codice italiano sono ormai piuttosto risalenti (hanno quasi ottant'anni), abbiano ancora una funzione e la assolvano adeguatamente.

Io penso che le attuali norme generali, benché risalenti, abbiano ancora una funzione; indispensabile, perché le due funzioni che ho indicato sono e saranno sempre attuali, esprimendo quel compito essenziale dell'ordinamento che ci ha indicato Emanuela Navarretta aprendo questo convegno e dando le indicazioni che tutte le relazioni – mi pare – hanno confermato.

I molti volti della complessità dei sistemi giuridici contemporanei non trovano una composizione sufficiente nel concorso di norme settoriali e particolari con principi generali, perché così resterebbe uno iato, che solo poche – magari – ma efficaci norme a diverso livello generali possono colmare. Dunque, credo nella perdurante attualità delle norme generali.

Ma anch'io mi chiedo se siano tuttora attuali quelle che vigono, quelle che al momento abbiamo. A me sembra che, in complesso, il convegno risponda affermativamente.

Certo, sono state segnalate alcune lacune; certo, sono state espresse alcune riserve sull'efficacia di queste o quelle norme. Però mi è sembrato che riscuotesse critiche non tanto il modo in cui le norme sono conformate (il concetto di norma generale, il dominio della varietà), ma semplicemente il modo in cui le norme generali governano in taluni casi gli assetti di interessi che gli atti dispongono, o tra le parti, come nel caso di applicazione delle norme generali ad accordi a contenuto non patrimoniale, o alle sopravvenienze, o a settori particolari che hanno esigenze speciali, o alle nuove tecnologie. E poi naturalmente può meritare critica il modo nel quale, qualche volta, le attuali norme generali si trovano ad operare nei rapporti verso i terzi indotti di riflesso dagli atti di autonomia privata, come le patologie nei problemi di subacquisto a cui alludeva Orestano. E se è così, non è in questione la conservazione di una parte generale del contratto, ma solo un suo ritocco là dove la scelta a suo tempo compiuta ci appare obsoleta o là dove si è rivelata una lacuna. Questo è appunto il compito a cui da qualche tempo l'associazione dei *Civilisti italiani* si sta dedicando ed io mi assumo la mia piccola parte di responsabilità nell'aver per quanto potevo incoraggiato l'iniziativa.

A ben vedere tutto questo è ovvio. Quello che è cambiato dal '42 nel campo patrimoniale è l'assetto dei mercati. Quello che è cambiato nel campo non patrimoniale sono i rapporti nelle formazioni sociali (la famiglia, le altre). Questa realtà è diversa, quelle norme di ottant'anni fa non la potevano considerare con occhi contemporanei. Ma questo significa solo fare una revisione per renderle più adatte a questi scenari.

A dispetto della teoria delle rivoluzioni scientifiche, io non credo in questo caso nel mutamento di paradigma. Penso che lo sviluppo faccia premio sulla abolizione o sulla rivoluzione delle norme generali.

Del resto, questo è quanto avviene anche nelle culture extra giuridiche. Le nuove teorie logiche, le nuove teorie fisiche, le nuove teorie economiche si aggiungono non si sostituiscono alle antiche, magari con aggiustamenti.

Aristotele, Newton, Smith hanno ancora un senso. E allora, se è vero che si dice spesso che il pensiero giuridico è nella sua storia e la storia cambia, questo non è un motivo per mettervi fine. Revisioniamo, dunque, pure le nostre norme generali ma non gettiamole via. Il cambiamento non è un motivo per rinunciare alla nostra storia.

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI PISA

Volumi pubblicati

1. V. CASAMASSIMA, *L'opposizione in Parlamento. Le esperienze britannica e italiana a confronto*, 2013, pp. XXII-546.
2. F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, 2013, pp. XVI-320.
3. AA.VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, 2013, pp. XXVIII-452.
4. AA.VV., *Internet e Costituzione*, 2014, pp. X-374.
5. F. AZZARRI, *Res perit domino e diritto europeo. La frantumazione del dogma*, 2014, pp. XVIII-446.
6. C. MURGO, *Il tempo e i diritti. Criticità dell'istituto della prescrizione tra norme interne e fonti europee*, 2014, pp. XII-292.
7. E. NAVARRETTA (a cura di), *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo. Giornate di studio per Umberto Breccia*, Pisa, 17-18 ottobre 2013, 2015, pp. XVI-224.
8. M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, 2015, pp. XIV-326.
9. AA.VV., *Stupefacenti e diritto penale: un rapporto di non lieve entità*, a cura di G. MORGANTE, 2015, pp. XII-276.
10. M. PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, 2015, pp. XVIII-398.
11. C. FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, 2015, pp. XVI-528.
12. L. PASQUALI, *Multilinguismo negli atti normativi internazionali e necessità di soluzioni interpretative differenziate*, 2016, pp. X-198.
13. M. DEL CHICCA, *La pirateria marittima. Evoluzione di un crimine antico*, 2016, pp. X-294.
14. G. DE FRANCESCO-E. MARZADURI (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Atti dell'Incontro di studi svoltosi a Pisa il 26 febbraio 2016, 2016, pp. X-222.
15. A. LANDI-A. PETRUCCI (a cura di), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, vol. I, *La prospettiva storica*, 2016, pp. X-242.
16. I. BELLONI-T. GRECO-L. MILAZZO (a cura di), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, vol. II, *La prospettiva filosofica: teorie dei diritti e questioni di fine vita*, 2016, pp. XII-164.

17. A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, 2016, pp. XIV-490.
18. A. LANDI, *Dalla gratuità necessaria alla presunzione di onerosità, I, Il mutuo ad interesse dal tardo Diritto comune alla codificazione civile italiana del 1865*, 2017, pp. VIII-160.
19. A.M. CALAMIA (a cura di), *L'abuso del diritto. Casi scelti tra principi, regole e giurisprudenza*, 2017, pp. XII-276.
20. C. NAPOLI, *Spoys system e Costituzione. Contributo allo studio dei rapporti tra politica ed amministrazione*, 2017, pp. X-218.
21. C.J. PIERNAS-L. PASQUALI-F.P. VIVES (edited by), *Solidarity and Protection of Individuals in E.U. Law. Addressing new challenges of the Union*, 2017, pp. XVIII-326.

Nuova Serie

Monografie

22. G. DONADIO, *Modelli e questioni di diritto contrattuale antidiscriminatorio*, 2017, pp. X-214.
23. A. CASSARINO, *Il vocare in tributum nelle fonti classiche e bizantine*, 2018, pp. X-214.
24. E. BACCIARDI, *Il recesso del consumatore nell'orizzonte delle scienze comportamentali*, 2019, pp. VIII-256.
25. A. GRILLONE, *La gestione immobiliare urbana tra la tarda Repubblica e l'età dei Severi. Profili giuridici*, con prefazione di Luigi Capogrossi Colognesi, 2019, pp. XVIII-246.
26. M. PEDONE, *Per argentarium solvere. Ricerche sul receptum argentarii*, 2020, pp. X-198.
27. F. PROCCHI, *Profili giuridici delle insulae a Roma antica. I. Contesto urbano, esigenze abitative ed investimenti immobiliari tra tarda Repubblica ed Alto impero*, 2020, pp. XXIV-248.
28. C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, 2020, pp. XII-252.
29. G. DONADIO, *Gli accordi per la crisi di coppia tra autonomia e giustizia*, 2020, pp. X-206.
30. G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi "giudici"*, 2021, pp. X-294.
31. S. CAMPANELLA, *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale: tra sistema penale e servizi sanitari*, 2021, pp. X-390.
32. A. PETRUCCI, *Organizzazione ed esercizio delle attività economiche nell'esperienza giuridica romana. I dati delle fonti e le più recenti vedute dei moderni*, 2021, pp. VIII-312.

Saggi e ricerche

1. E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, 2017, pp. XVI-228.
2. E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e Drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, 2017, pp. VI-298.
3. M. PASSALACQUA-B. POZZO (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei Brownfields. Amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, 2019, pp. XXXII-744.
4. A. PETRUCCI (a cura di), *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, 2020, pp. XVIII-382.

Atti di Convegno

1. E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto. Atti del convegno di Pisa, 24-25 febbraio 2017*, 2017, pp. X-254.
2. A. PERTICI-M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione. Atti del convegno di Pisa, 5 ottobre 2018, 2019*, pp. XIV-266.
3. G. DE FRANCESCO-A. GARGANI-D. NOTARO-A. VALLINI (a cura di), *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo)*, Atti del Convegno di Pisa, 12 ottobre 2018, 2019, pp. XXII-282.
4. G. DE FRANCESCO-A. GARGANI-E. MARZADURI-D. NOTARO (a cura di), *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, Atti dell'incontro di studi di Pisa, 22 marzo 2019, 2020, pp. X-246.
5. V. PINTO (a cura di), *Crisi di impresa e continuità aziendale: problemi e prospettive*, Atti dell'incontro di studi, Pisa, 7 febbraio 2020, 2020, pp. X-190.
6. E. NAVARRETTA (a cura di), *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata. Prospettive di riforma del Codice civile*, Atti del Convegno, Pisa, 29, 30 novembre e 1° dicembre 2018, 2021, pp. XII-428.

Finito di stampare
nel mese di novembre 2021
da Media Print, Livorno

