

« tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione » (239). L'influenza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo è di tale peso da non consentire di configurare i rapporti con la Convenzione esclusivamente in termini di rapporti tra fonti: l'accento « si è decisamente spostato sui problemi dei rapporti tra giudici: ciò verso cui si punta l'attenzione sono le sentenze della Corte di Strasburgo, più che le disposizioni della Convenzione e le conseguenze che queste esplicano sull'attività giurisdizionale interna » (240). Il dato normativo va insieme al contributo giurisprudenziale.

Lorenza Carlassare

FONTI. — Norme costituzionali e ordinarie sulle fonti del diritto: art. 7, 8, 10, 11, 70-81, 87, 116, 117, 121-123, 132, 133, 138, 139 cost.; art. 8-12, 14-16 disp. prel. (gli art. 17-31 sono stati abrogati dalla l. 31 maggio 1995, n. 218); d.P.R. 28 dicembre 1985, n. 1092; d.P.R. 14 marzo 1986, n. 217 (reg. esec. del d.P.R. n. 1092, cit.); art. 14-17 l. 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni (in particolare l. 15 marzo 1997, n. 59, che aggiunge il comma 4-bis all'art. 17); l. 9 marzo 1989, n. 86; l. 16 giugno 1998, n. 209;

disposizioni costituzionali che stabiliscono riserve di legge (assolute e relative): art. 8 commi 1 e 3; 10 commi 2 e 3; 13 commi 2, 3 e 5; 14 commi 2 e 3; 15 comma 2; 16 commi 1 e 2; 18 comma 1; 21 commi 3, 5 e 6; 23; 24 comma 4; 25 commi 1, 2 e 3; 27 comma 4; 28; 29 comma 2; 29 comma 2; 30 commi 3 e 4; 32 comma 2; 33 commi 4 e 6; 35 comma 4; 36 comma 2; 37 comma 2; 39 comma 2; 40; 41 commi 3 e 8; 42 commi 2, 3 e 4; 43; 44 comma 1 (discusso il comma 2); 45 commi 1 e 2; 46; 48; 51 commi 1 e 2; 52 comma 2; 54 comma 2; 60 comma 2; 65 comma 1; 69; 75 comma ult.; 77 comma ult.; 78; 80; 81 comma 2; 84 comma 3; 87 commi 7 e 9; 95 comma 3; 97 commi 1 e 3; 98 comma 2; 99 commi 1, 2 e 3; 100 commi 2 e 3; 102 comma 3; 103 commi 1, 2 e 3; 106 comma 2; 108 commi 1 e 2; 111 commi 1, 2, 3 e 5; 113 comma ult.; 114 comma 3; 116 comma 3; 117; 118 commi 2 e 3; 119 commi 3 e 4; 120 comma 2; 122 comma 1; 125; 132 comma 2; 133; 135 commi 5 e 6; 137 comma 2;

disposizioni costituzionali che stabiliscono riserva di legge costituzionale: art. 116 comma 1; 132 comma 1; 137 comma 1.

LETTERATURA. — Data la vastità dell'argomento, ci si limita a menzionare solo alcune opere di carattere più generale: CRISAFULLI, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in questa *Enciclopedia*, XVIII, 925 ss.; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 126 ss.; MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in questa *Enciclopedia*, Aggiornamento, I, 561 ss.; OSSERVATORIO *sulle fonti* a cura di U. DE SIERVO, Torino, 1996-2001, dal 2002 a cura di P. CARETTI; PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996; PIZZO-

RUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Disposizioni sulla legge in generale (Art. 1-9)*, Bologna-Roma, 1977; RESCIGNO G.U., *L'atto normativo*, Bologna, 1998; RUGGERI, "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, 10 voll., Torino, 1992-2007; SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. SANTANIELLO, XXXV, Padova, 2004; ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I. *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1987.

Per altre indicazioni, oltre alle opere citate nelle note al testo, si rinvia alla Letteratura di: *Consuetudine (diritto costituzionale)*, *Decreto-legge*, *Decreto legislativo*, *Delegificazione*, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, *Legge costituzionale*, *Legge di delega e decreto legislativo*, *Legge di delegazione e legge delegata*, *Legge in generale (diritto costituzionale)*, *Regolamenti degli enti territoriali*, *Regolamenti parlamentari*, *Regolamento (diritto costituzionale)*, *Statuti comunali e provinciali*, *Statuti regionali*, in questa *Enciclopedia*.

FORMAZIONE DEL CONTRATTO

SOMMARIO: Sez. I. *Introduzione:* 1. Il « nuovo diritto dei contratti » e il tema della formazione del contratto. Precisazioni preliminari e piano dell'indagine. — 2. Il « contratto di diritto comune » e la nascita di nuovi paradigmi contrattuali. Crisi della cosiddetta disciplina generale del contratto e rottura dell'unità del modello contrattuale. — Sez. II. *La formazione del contratto e i contratti dei consumatori:* 3. Premessa. Il « contratto del consumatore » come nuovo paradigma contrattuale. — 4. La tutela del consumatore nella fase di formazione del contratto: a) lo *ius poenitendi*. — 5. *Segue:* confronto con la figura tradizionale del recesso contrattuale. — 6. *Segue:* b) il fenomeno del cosiddetto neo-formalismo negoziale. — 7. *Segue:* c) il divieto di « pratiche commerciali scorrette » nella formazione del contratto e il problema della sanzione per la sua violazione. — 8. *Segue:* d) gli obblighi di informazione. — Sez. III. *La formazione del contratto e i contratti tra imprese:* 9. Premessa: i « contratti diseguali di impresa » (l'area del cosiddetto « terzo contratto »). — 10. Formalismo negoziale e contratti tra imprenditori. — 11. Lo *ius poenitendi* (del *franchisee*) nel contratto di *franchising*. — 12. Trasparenza e obblighi informativi nei contratti tra imprenditori. — 13. Obblighi a contrarre e abuso di dipendenza economica. — Sez. IV. *Conclusioni:* 14. Il « terzo contratto » e il paradigma del « contratto con asimmetria di potere contrattuale ». — 15. La prospettiva della ricomposizione dell'unità dello statuto generale del contratto: critica.

Sez. I. – INTRODUZIONE.

1. *Il « nuovo diritto dei contratti » e il tema della formazione del contratto. Precisazioni preliminari e piano dell'indagine.* — Una trattazione enciclopedica che abbia ad oggetto il tema della formazione del contratto pone certamente un compito non facile, non essendo enfatico affermare che quasi tutto il cosiddetto « nuovo diritto dei contratti » ruota intorno a questo tema (1).

Anche alla luce di questa considerazione, è

(1) Cfr., per un rilievo analogo (che risponde del resto ad una percezione abbastanza diffusa, e ad un dato difficilmente contestabile), PATTI, *L'accordo e la sua formazione*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa* a cura di P. SIRENA, Milano, 2006, 179 (e v. anche 180, per l'ulteriore notazione secondo cui « nei vari momenti storici, e non soltanto in Italia, le principali modifiche legislative della disciplina del

(239) C. cost. 24 ottobre 2007, n. 348, cit.

(240) V. ancora CARTABIA, *op. cit.*

Formazione del contratto

opportuno cercare di delimitare *in limine* i confini della esposizione che segue, e, anzitutto, di precisare qual è il diritto dei contratti « nuovo » a cui si presterà attenzione, e quale nozione di formazione del contratto sarà assunta a base del discorso.

Su entrambi i punti, il chiarimento preliminare può limitarsi, peraltro, a poche e rapide notazioni.

« Nuovo diritto dei contratti » è formula ormai entrata nell'uso corrente (2) per indicare essenzialmente il diritto contrattuale di derivazione comunitaria, che — soprattutto a partire dagli anni '90 del secolo scorso — costituisce la principale fonte di trasformazione ed evoluzione della disciplina contrattuale (v. DIRITTO PRIVATO EUROPEO) (3). Si deve fra l'altro (e giova sottolinearlo sin da subito) a tale diritto di matrice europea la reintroduzione, nella materia contrattuale, della considerazione della « qualità soggettiva » dei contraenti come criterio per differenziare la disciplina applicabile, con conseguente perdita di quella unità del diritto delle obbligazioni e dei contratti che (almeno nel nostro ordinamento) era stato uno dei prodotti più vistosi della codificazione del 1942, e della unificazione da essa realizzata del codice civile e del codice di commercio (4).

contratto hanno avuto ad oggetto la fase della formazione e il momento della conclusione »).

(2) La formula « nuovo diritto dei contratti » ha cominciato a circolare da alcuni anni, con (attribuzione di) significati ed implicazioni diversi, ma comunque con utilizzazioni che sono accomunate (come si ricorda nel testo) dal riferimento alla normativa (in materia contrattuale) di derivazione comunitaria, e in particolare alla normativa che riguarda le relazioni contrattuali in cui sia parte un « consumatore ». Cfr., ad esempio, per l'uso della formula: *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti* a cura di G. VETTORI, Padova, 1999 (e, in particolare, per una caratterizzazione assiologica del « nuovo diritto dei contratti » come « diritto che si ispira a questa problematica di fondo, il ruolo della persona nel mercato, la funzione del mercato per la persona », PERLINGIERI, *Il nuovo diritto dei contratti fra persona e mercato*, ivi, 827 ss., ora anche in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, 475 ss.); nonché DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti (Note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 721 ss., ora in *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive* (Atti del Convegno, Crotona, 24-26 maggio 2001) a cura di F. DI MARZIO, Milano, 2004, 1 ss.

(3) Un quadro sintetico (ma estremamente puntuale e ricco di utili indicazioni) dell'attuale stato della discussione (e della riflessione) che, a vari livelli e con diversi approcci, si sta svolgendo in Europa in questi ultimi anni intorno al tema della elaborazione di un diritto europeo dei contratti si legge in ALPA, *Un codice europeo dei contratti: quali vie di uscita?*, in *I Contratti*, 2007, 837 ss. (al quale si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici, nell'ambito di una letteratura divenuta ormai — come osserva lo stesso autore — « sterminata »).

(4) Cfr., per una delle prime riflessioni sul fenomeno, ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la*

La differenziazione dello statuto normativo del contratto — quando a stipularlo siano, da un lato, un « professionista », e dall'altro un « consumatore » — costituisce sicuramente una novità, affatto estranea alle coordinate sistematiche e concettuali lungo le quali si era mosso il legislatore del 1942 (5).

Alcuni recenti interventi normativi sembrano, poi, legittimare (quanto meno a livello di problema) la domanda se non sia possibile intravedere (in prospettiva) il profilarsi di un ulteriore (autonomo) statuto normativo (differenziato rispetto a quello di diritto comune, ma anche distinto da quello che si riassume nel paradigma del « contratto dei consumatori »), statuto che riguarderebbe le relazioni contrattuali tra imprese, quando la stipula del contratto (*rectius*: di determinati contratti) avvenga tra imprenditori che si trovino in situazione di cosiddetta « asimmetria di potere contrattuale » (da verificarsi, questa volta, in concreto, non costituendo in tal caso la cosiddetta « debolezza contrattuale » una condizione predicabile in virtù della mera qualità soggettiva di uno dei contraenti) (6).

distinzione fra « contratti commerciali » e « contratti dei consumatori »), in *Giur. it.*, 1993, I, 57. Già qualche anno prima, DE NOVA (*Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Atti del Congresso dei civilisti italiani, Venezia, 23-26 giugno 1989, Padova, 1991, 321 ss.) aveva evidenziato il fenomeno del ridimensionamento dell'importanza della cosiddetta « parte generale » (della disciplina) del contratto, indicandone come la principale tra le ragioni la circostanza secondo cui « la parte generale sul contratto non può più essere considerata come la disciplina di una figura unitaria » (ivi, 326, dove l'affermazione citata è fatta seguire dal rilievo seguente, che vale a giustificare il giudizio: « Si è riaperta la forbice tra contratti tra privati e contratti di impresa. Si è assunta maggior consapevolezza della distinzione tra contratti individuali — oggetto di trattativa — e contratti di serie, per adesione. Si è aperta la forbice tra contratti tra imprese e contratti con il consumatore. Si è aperta la forbice tra contratti domestici e contratti internazionali. — In conclusione: il lineare rapporto tra parte generale sul contratto e parte speciale sui singoli contratti, che leggiamo nell'art. 1323, non è mai stato rispondente al diritto positivo, e tanto meno lo è oggi, di fronte ad una indubbia frammentazione della figura del contratto e ad una palese tendenza centrifuga verso discipline di singoli contratti sempre più lontane dalla disciplina generale »).

(5) Anche la « scoperta » (allora inedita, nel panorama delle grandi codificazioni europee) del fenomeno della contrattazione standardizzata (art. 1341 e 1342 c.c.) era avvenuta pur sempre senza distinguere in sede disciplinare a seconda che controparte del « predisponente » fosse un consumatore ovvero un (altro) imprenditore. La disciplina delle clausole vessatorie (e, prima ancora, delle condizioni generali di contratto) è, nel codice civile del 1942, una disciplina ancora unitaria.

(6) Il tema ha formato oggetto di specifica riflessione in occasione di un convegno svoltosi a Milano nel 2006: v. *Il*

Da queste preliminari considerazioni può, allora, essere tratta una prima indicazione per lo sviluppo del nostro discorso, il quale — esclusa la necessità (in questa sede) di ripercorrere la trama delle regole e dei principi di diritto comune (leggi: codice civile) in materia di formazione del contratto, ed escluso altresì dall'indagine qualche profilo che appare bisognoso di autonoma trattazione (il riferimento è, in particolare, alla normativa sul cosiddetto commercio elettronico) — si concentrerà sulle novità sopra indicate, utilizzando come criterio sistematico della trattazione proprio la (tri-)partizione in cui la materia contrattuale sembrerebbe oggi articolarsi: potendosi distinguere, ormai abbastanza nettamente, un ambito (per quanto divenuto residuale) della contrattazione interamente (ed esclusivamente) assoggettato al diritto comune (del codice civile) (7), accanto al quale si collocano (sia pure con gradazioni diverse, in relazione all'estensione e all'intensità delle deroghe rispetto a codesto diritto comune) l'area (vastissima) della contrattazione con i consumatori (la disciplina della quale ha trovato, di recente, una sistemazione tendenzialmente organica nel d. lg. 6 settembre 2005, n. 206, « Codice del consumo ») e, sia pure con caratteri di maggiore frammentarietà, l'area di quella che si potrebbe chiamare la « contrattazione diseguale tra imprese ».

All'esame di queste due ultime « aree » (8) (sotto il profilo specifico, che qui viene in rilievo, delle regole relative alla formazione del contratto) saranno dedicate, appunto, le sez. II e III, non senza comunque aver prima proceduto al secondo chiarimento preliminare di cui si è sopra evidenziata la necessità, e cioè il chiarimento sul concetto di « formazione del contratto » che sarà assunto (stipulativamente) a base del discorso.

Come anche di recente è stato sottolineato (9),

terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese (Atti del Convegno, Milano, 10 febbraio 2006) a cura di G. GOTTI e G. VILLA, Bologna, 2008.

(7) Si vedano, al riguardo, le precisazioni che saranno svolte nel paragrafo seguente.

(8) La limitazione della trattazione all'ambito dei « contratti dei consumatori » e dei « contratti diseguali tra imprese » non significa mancanza di consapevolezza delle modifiche che (pur quando manchino modifiche esplicite del dato normativo) indirettamente l'evoluzione complessiva del sistema non può non indurre anche in ordine alla interpretazione/applicazione della disciplina riferibile a quello che abbiamo convenzionalmente chiamato « contratto di diritto comune ». L'esame di questo profilo spingerebbe, tuttavia, il discorso ben al di là dei limiti che circoscrivono l'oggetto della presente trattazione. Comunque, per qualche considerazione, v. *infra*, § 15.

(9) Cfr. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai Principi di diritto europeo*

il tema della formazione del contratto può essere analizzato secondo un duplice punto di vista, e cioè nella « dimensione dinamica della formazione dell'accordo », oppure considerandolo nella « dimensione statica del contratto assunto come concluso » (profilo in cui si collocano anche i problemi attinenti alla validità); con la precisazione che, nella prima prospettiva, rileva la categoria del procedimento (formativo), mentre nella seconda rileva la categoria della fattispecie (contrattuale).

La visuale prescelta in questa sede sarà la prima (quella del procedimento di formazione dell'accordo) (10), pur con la consapevolezza della impossibilità di tenere del tutto distinta (se non artificialmente) la tematica della formazione dell'accordo da quella dei requisiti della fattispecie contrattuale (e, di conseguenza, dalla tematica della validità/invalidità del contratto) (11).

2. *Il « contratto di diritto comune » e la nascita di nuovi paradigmi contrattuali. Crisi della cosiddetta disciplina generale del contratto e rottura dell'unità del modello contrattuale.* — Nel paragrafo precedente si è parlato di « contratto di diritto comune », ed è opportuno — prima di proseguire — chiarire il significato anche di questa espressione (o, quanto meno, l'uso che se ne farà nel contesto del nostro discorso).

Per « contratto di diritto comune » si intenderà qui il contratto che risulti assoggettato (tendenzialmente) ai principi e alle regole che definiscono il modello (di contratto) tenuto presente dal legislatore del codice civile, e sotteso in particolare

dei contratti, in *Europa e diritto privato*, 2005, n. 2, 309 ss., specialmente § 4.

(10) E, dunque, tendenzialmente quella dei problemi che — volendo fare riferimento alla sistematica del codice civile — sono disciplinati nel tit. II (Dei contratti in generale), capo II (Dei requisiti del contratto), sez. I (Dell'accordo delle parti) del libro quarto (art. 1326-1342).

Sarà cionondimeno tenuta fuori dalla trattazione la tematica (delle condizioni generali di contratto, e) delle « clausole vessatorie », tematica che va collocata oggi, prevalentemente, sul terreno del controllo contentutistico del regolamento privato, pur continuando a presentare dei risvolti (ma di interesse minore) che attengono alla forma(zione) dell'accordo (che era, invece, la prospettiva esclusiva nella quale aveva regolato questa materia il legislatore del 1942).

(11) Una eccezione (esplicita) — a conferma della relatività della distinzione — dovrà, del resto, farsi in relazione al tema della forma (del contratto), in considerazione del fatto che (come si vedrà) alcune delle normative oggetto di esame prospettano una (inedita e) significativa commistione (che merita di essere segnalata) tra il profilo della « forma » (come tale appartenente — secondo la distinzione poc'anzi ricordata — al tema della fattispecie contrattuale) e il profilo del « procedimento formativo » (del contratto): il che legittima la considerazione anche di queste normative nella trattazione che segue (cfr. in particolare *infra*, § 6).

Formazione del contratto

alla disciplina della cosiddetta « parte generale », dettata negli art. 1321-1469 di detto codice.

La definizione richiede subito una duplice precisazione.

È evidente, intanto, che non si dà nella realtà alcun contratto che risulti assoggettato esclusivamente alla disciplina generale (di cui agli art. 1321 ss., appena citati), essendo indubitabile che l'applicazione di questa disciplina concorre sempre con l'applicazione (diretta o analogica, a seconda che il contratto sia « tipico » o « atipico ») della disciplina dei « singoli contratti » (per usare la formula cui ricorre la rubrica del tit. III del libro quarto c.c.).

Altrettanto indiscutibile dovrebbe essere che il contratto di diritto comune è tale anche se non è assoggettato « a tutta la disciplina generale » (di cui agli art. 1321 ss. c.c.): il che è ben possibile avvenga, sia in quanto non tutti gli istituti della disciplina generale si applicano alla totalità dei contratti (ad esempio, la risoluzione per eccessiva onerosità non si applica ai contratti cosiddetti istantanei), sia anche perché è naturale che la disciplina del singolo (tipo di) contratto contenga deroghe, adattamenti, modifiche, integrazioni rispetto alla disciplina generale (del contratto) (12).

Se nonostante ciò si può riconoscere (ancora) — come nessuno metterebbe in dubbio — la sussistenza di un « contratto di diritto comune », ciò deriva dal fatto che la qualificazione in parola astrae (e può astrarre) (nella considerazione riferita a specifici tipi contrattuali) da eventuali deviazioni rispetto alla disciplina di parte generale, almeno sino al limite in cui tali deviazioni (singolarmente e nel loro complesso) appaiano marginali (o, se si vuole, non essenziali), ossia tali da non mettere in discussione l'appartenenza al « modello ». Modello, i cui elementi costitutivi — come risulta, a questo punto, chiaro — non vanno identificati con (questa o quella, tra) le specifiche regole che disegnano la trama della disciplina generale del contratto di cui agli art. 1321 ss. c.c. (13), ma piuttosto con (l'insieme dei) « principi » che appaiono sottesi a tale disciplina.

(12) Ad esempio, in materia di contratto di assicurazione, gli art. 1892 e 1893 c.c. danno rilevanza al « dolo omissivo », che sembrerebbe restare fuori invece dalla figura generale regolata dagli art. 1439 ss.; ancora: in materia di appalto, l'art. 1664 c.c. detta una disciplina delle « sopravvenienze », che è certamente diversa — nei presupposti e nelle conseguenze — rispetto a quella generale contenuta negli art. 1467 ss. c.c.; e via enumerando.

(13) Anche perché codeste regole sovente ammettono varianti (o anche vere e proprie eccezioni), enunciate già in sede di disciplina del contratto in generale. E così, ad esempio, l'accordo delle parti (tanto per fare un esempio,

Insomma: « contratto di diritto comune » indica un modello ideale, rispetto al quale non ha senso (e sarebbe fuorviante) porsi un problema di totale identificazione del singolo concreto contratto con lo schema astratto, mentre semmai quel che rileva è la « ascrivibilità al modello », valutata attraverso un giudizio (sintetico) che del modello riscontri, nella singola e specifica fattispecie contrattuale, la presenza « della logica e del senso complessivi » (o, all'opposto, riconosca, nel caso concreto, il distacco e la irriducibile distanza da essi) (14).

Con un'ultima avvertenza. Parlando di modello, non si intende far riferimento a un insieme lineare di principi, che siano sviluppati in maniera assolutamente consequenziale e, per dir così, *more geometrico*. Negli art. 1321 ss. c.c. si trovano norme che possono essere (e sono state) considerate anche profondamente divergenti dal modello complessivo di contratto sotteso a tale disciplina (si pensi, ad esempio, all'istituto della inserzione automatica di clausole, di cui all'art. 1339 c.c.) (15), ma sono norme che — proprio perché

immediatamente connesso al tema della presente trattazione) può essere la risultante di una « pluralità di procedimenti di formazione »: da quello (ordinario) basato sulla sequenza proposta-accettazione a quello che prevede la conclusione del contratto quando alla proposta segua un inizio di esecuzione (art. 1327 c.c.), a quello che prevede che anche la semplice inerzia (protratta per un certo tempo) dell'oblatore possa determinare la conclusione del contratto se la proposta concerne un rapporto da cui scaturiscano obbligazioni per il solo proponente (art. 1333 c.c.). Cfr. in argomento l'ormai risalente, ma cionondimeno attuale, monografia di BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, *passim*.

(14) È questa — ci sembra — l'impostazione seguita anche da ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, 639 ss. (specialmente 645).

Come emergerà anche dal prosieguo del discorso, riteniamo che nel (la descrizione del) modello designato convenzionalmente come « contratto di diritto comune » debba ricomprendersi anche un dato (al quale Roppo non accenna, e che rappresenta invece quasi una sorta di presupposto fattuale o fenomenologico, che il legislatore sembra avere avuto in mente nel dettare la disciplina del contratto contenuta nel codice civile): quello che potrebbe definirsi il carattere « individuale » del tipo di contratto (e di contrattazione) che le norme codicistiche intendono (essenzialmente) regolare. Da questo punto di vista, le disposizioni degli art. 1341 e 1342 c.c. (che hanno, invece, come referente la contrattazione standardizzata di massa) — pur rientrando (formalmente) nella disciplina generale del contratto (art. 1321-1469 c.c.) — escono fuori sostanzialmente dal modello.

(15) Ne è riprova l'affermazione di chi — valutando l'incidenza dell'art. 1339 c.c. nel sistema — ha potuto di recente sostenere che « l'art. 1339 c.c. testimonia la necessità di un vero e proprio cambio di paradigma nella compren-

intuitivamente si percepiscono come “eccezionali” (nel senso di devianti rispetto ad una “regola”, relativa ai rapporti tra autonomia privata e ordinamento, che si muove in una direzione diversa, e che, proprio in quanto “regola”, trova riscontro nella maggior parte dei casi) — finiscono per confermare la vigenza del modello.

Ben diverso — nei suoi connotati quantitativi e qualitativi — è, invece, il fenomeno che segnala l'emersione (non di singole deviazioni dal modello dato, bensì) di un nuovo modello (o paradigma) contrattuale: fenomeno che — come andremo subito a dire — sembra essersi verificato con la comparsa, a livello normativo, della categoria dei « contratti dei consumatori ».

Sez. II. — LA FORMAZIONE DEL CONTRATTO E I CONTRATTI DEI CONSUMATORI.

3. *Premessa. Il « contratto del consumatore » come nuovo paradigma contrattuale.* — Da tempo la dottrina più attenta ha sottolineato la relatività della distinzione tra « parte generale » e « parte speciale » del contratto. Relatività (anzitutto) del criterio concettuale che presiederebbe alla individuazione delle norme da ascrivere alla parte generale rispetto a quelle qualificabili come di parte speciale (16), ma relatività che emerge anche (considerando la distinzione) dal punto di vista storico (17): basti ricordare, ad esempio, come lo stesso fenomeno della unificazione dei codici, realizzata dal legislatore del 1942, si sia concretato, nella materia delle obbligazioni e dei contratti, soprattutto ed essenzialmente nella “generalizzazione” (cioè nella trasposizione in sede di disciplina generale del contratto) di regole e principi che sino ad allora si applicavano soltanto ad una categoria di contratti (i « contratti commerciali »),

sione del diritto contrattuale della contemporaneità» (così DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contratto e impresa*, 2006, 673 ss., 694).

(16) Il criterio discrezionale è apparso incerto sia ove esso pretenda di distinguere le norme di parte generale da quelle di parte speciale sotto il profilo della riferibilità delle prime a tutti i contratti (e delle seconde, invece, a specifici tipi), sia ove pretenda di operare la distinzione avendo riguardo al profilo (connesso al primo, ma distinto) dell'essere, in ipotesi, le une norme di disciplina dei profili strutturali della figura (del contratto), le altre (*id est*: le norme dettate in sede di disciplina dei singoli tipi) disposizioni attinenti al contenuto dell'atto. Sul punto si fa rinvio alle nitidissime considerazioni svolte da VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, cit., 441 ss., specialmente 444 s.

(17) Cfr. VITUCCI, *op. cit.*, 443.

o addirittura ad un singolo contratto (la vendita) (18).

I rilievi appena ricordati contribuiscono indubbiamente a dare sostegno ai tentativi di frenare (o arginare) quella che è stata definita una « fuga dalla parte generale » (19); tentativi che, per l'appunto, tendono a prospettare (o a suggerire; talora, semplicemente, a preconizzare) anche per gli istituti e i principi che si sono andati consolidando in questi anni nella legislazione speciale consuméristica un processo (almeno parziale) di “assorbimento” nella disciplina generale del contratto, tale da restituire a quest'ultima (se si consente il bisticcio di parole) quel carattere di generalità, che negli ultimi anni ha certamente perduto.

Si tratta di posizioni che meritano certamente attenta considerazione, non foss'altro perché l'idea ad esse sottesa ha mostrato, anche di recente, di esser capace di esercitare influenza sul legislatore, come dimostra l'esperienza realizzata attraverso la cosiddetta *Modernisierung* del libro III del BGB (dedicato allo *Schuldrecht*).

Ma proprio l'esperienza tedesca (per quanto manchino ancora elementi per valutare l'impatto della riforma di quel codice) mostra — come già non si è mancato di evidenziare — il limite fondamentale che può forse imputarsi alle opinioni in esame: e, cioè, di non considerare sino in fondo la profonda (e in parte irriducibile) diversità dei principi che stanno a fondamento, rispettivamente, della disciplina del contratto del codice civile e di quella consacrata nella legislazione “nuova” (20), sì che una contaminazione tra questi

(18) Così ancora VITUCCI, *loc. cit.*

Come esempio di “generalizzazione” della disciplina di istituti in precedenza regolati con riferimento a singoli tipi (o, addirittura, sottotipi) si può ricordare la vicenda dell'azione di rescissione per lesione. Mentre il codice del 1865 — seguendo il *code Napoléon* — aveva limitato la rescissione alla vendita immobiliare (art. 1529), il legislatore del 1942 generalizza l'azione di rescissione, collocandola nella parte generale (art. 1448): cfr. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Id.*, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*², Napoli, 1997, 31 ss., specialmente 59 ss. (già in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 649 ss., e in *Il contratto. Silloge in onore di G. Oppo*, I, Padova, 1992, 51 ss.).

(19) Di « dottrine sulla cosiddetta fuga dalla parte generale » parla BENEDETTI, *op. cit.*, 82, non risparmiando alle stesse forti accenti polemici (e per una replica v. DE NOVA, *I singoli contratti: dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, in *I cinquant'anni del codice civile*, Atti del Convegno di Milano, 4-6 giugno 1992, I, Milano, 1993, 217 ss., specialmente 219 ss.).

(20) Cfr. PATTI, *Introduzione*, in *Codice civile tedesco* a cura di S. PATTI, Milano, 2005, XIII, ove si legge che « La scelta del legislatore tedesco determina una difficile coesistenza tra due diverse concezioni dell'autonomia privata.

Formazione del contratto

due corpi normativi così distanti (per i presupposti fattuali a cui fanno riferimento, e per le tecniche di tutela conseguenti) rischia probabilmente di dar vita ad un ibrido, che inevitabilmente altera e deforma il senso delle nuove normative (21).

Anni fa, un acuto studioso — registrando il fenomeno (inedito) del diffondersi di una tecnica di normazione in materia contrattuale orientata, piuttosto che a dettare la disciplina del singolo tipo contrattuale, a formulare normative destinate a regolare veri e propri gruppi di contratti (22) — osservava che il risultato di questa tecnica è la creazione di « una serie di segmenti di disposizioni generali, che si collocano a livello intermedio tra la disciplina del contratto in generale e la disciplina dei singoli contratti » (23).

Il fenomeno al quale si intende alludere nelle presenti riflessioni è ancora diverso, e più dirompente: è il fenomeno per cui non solo si possono oggi individuare, in relazione a gruppi di contratti,

Infatti, a una concezione dell'autonomia privata quasi priva di confini, che individua la funzione del legislatore e del giudice nel sanzionare il mancato rispetto dell'accordo, si è sovrapposta una visione dell'autonomia privata "costretta" entro limiti precisi, dettati al fine di tutelare uno dei contraenti ». Più ampiamente cfr. Id., *I contratti del consumatore e la ricodificazione tedesca*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 503 ss.

(21) Cfr. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Diritto privato europeo* a cura di N. LIPARI, II, Padova, 1997, 523; nonché, in adesione a questo ordine di considerazioni, D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37 ss., 47 s.

(22) La tendenza cui si allude nel testo non è propria solo della legislazione comunitaria; pure la normativa interna sembra muoversi sovente nella stessa direzione (anche al di là degli obblighi di attuazione del diritto comunitario). E così, ad esempio, la l. 18 giugno 1998, n. 192, sulla subfornitura, regola taluni profili dei rapporti fra imprenditori, intesi a realizzare forme di decentramento dell'attività produttiva, prescindendo dalla specifica tipologia in cui gli stessi rapporti di volta in volta si presentano. Normative *ad hoc* regolano (assumendo a presupposto l'appartenenza ad una medesima "area merceologica") i "contratti del mercato finanziario" (v. d. lg. 24 febbraio 1998, n. 58, t.u. fin.) ed i "contratti bancari" (v. d. lg. 1° settembre 1993, n. 385, t.u. bancario, e in particolare il tit. VI, dove è contenuta una disciplina di carattere generale — in quanto riferita ad una molteplicità di "operazioni bancarie" — relativa alla trasparenza delle condizioni contrattuali).

(23) DE NOVA, *I singoli contratti*, cit., 227 ss. e specialmente 228-230. Tali concetti sono stati successivamente ripresi in Id., *Contratto: per una voce*, in *Scritti in memoria di G. Cattaneo*, I, Milano, 2002, 469 ss., specialmente 502 ss. (e v. anche Id., *Nuovi contratti*, Torino, 1994, 16 ss.); mentre uno sviluppo degli stessi si può vedere in CAPO, *Attività di impresa e formazione del contratto*, Milano, 2001, 24, ove si parla, significativamente, di una « legislazione trasversale rispetto ai tipi » (e cfr. anche BUONOCORE, *Contrattazione di impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, 76 e 162).

segmenti di una disciplina comune (e, in tal senso, "generale"), più o meno profondamente derogatoria rispetto alla disciplina di cui agli art. 1321 ss. c.c., ma può registrarsi (e viene, come tale, ormai segnalata da più parti) la nascita di un vero e proprio nuovo paradigma contrattuale (24), di un nuovo modello di contratto costruito su principi profondamente (se non radicalmente) diversi da quelli su cui poggia il modello che sinora è stato qualificato come contratto di diritto comune.

In una recente suggestiva "sintesi" (25), si sono individuate le più significative differenze tra la disciplina del contratto del consumatore e quella del contratto di diritto comune, identificandole: a) nell'essere molti contratti dei consumatori esposti alla possibilità di scioglimento unilaterale dal vincolo (attraverso l'esercizio, da parte del consumatore, del cosiddetto *ius poenitendi*); b) nell'essere, nei contratti dei consumatori, la libertà contrattuale esposta a « vincoli nuovi e ulteriori rispetto a quelli che gravano sul contratto di diritto comune », e, in particolare, a « vincoli di forma », a « vincoli di trasparenza/completezza » dell'oggetto contrattuale (obblighi di informazione, obblighi di contenuto necessario dell'atto), a « vincoli di contenuto » (disciplina delle clausole vessatorie); infine c) nel presentarsi le invalidità riferite ai contratti del consumatore con caratteristiche diverse da quelle che accompagnano ordinariamente tale rimedio (nullità cosiddetta « di protezione ») (26).

(24) Cfr. D'AMICO, *op. cit.*, 37 s. Di « nuovo paradigma » con riferimento alla figura del « contratto con asimmetria di potere contrattuale » (e, in particolare, del « contratto del consumatore ») discorre anche ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore*, cit., *passim*; e v. altresì MONATERI, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa* a cura di P. SIRENA, cit., 73 ss., 93, il quale pure afferma che il contratto del consumatore si pone ormai come « vero e proprio paradigma alternativo, che, pur rimanendo nell'ambito dell'accordo contrattuale, segue logiche sue proprie particolarmente diverse da quelle seguite nella costruzione odierna del contratto in generale », con la conseguenza che si giustifica una considerazione del contratto col consumatore « come categoria coordinata e parallela a quella del contratto in generale, e non come mera ipotesi speciale del primo ».

(25) Il riferimento è a ROPPO, *op. cit.*, 640 ss.

(26) Premesso che le segnalate divergenze di disciplina « sono qualitativamente molto "pesanti", perché per effetto di esse alcuni elementi fondamentali di quel sistema e di quei principi [*id est*: del sistema e dei principi del diritto contrattuale tradizionale] risultano colpiti al cuore », la dottrina in esame individua i valori e i principi che subiscono un « *vulnus* profondo » dalle nuove normative: a) nel « valore del vincolo contrattuale » (art. 1372 c.c.); b) « nei principi della causa e della buona fede contrattuale, in quanto fondamenti della regola sulla nullità parziale »; c) nel « principio della tendenziale insindacabilità, ad opera dell'agente pub-

Lo schema così tracciato può costituire un utile punto di partenza anche per l'analisi che dovrà essere condotta in queste pagine, non senza avvertire ancora una volta che il discorso dovrà tuttavia limitarsi a quei soli profili (tra quelli or ora evocati) che toccano (in senso stretto) la formazione del contratto.

Ne consegue che resterà, in particolare, fuori dalla presente trattazione la normativa che prevede il controllo contenutistico dei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore (disciplina delle clausole vessatorie, ora contenuta negli art. 33 ss. d. lg. n. 206 del 2005) che, peraltro, è certamente la normativa che per il suo ambito di applicazione (sostanzialmente coestensivo all'intera area della contrattazione che abbia come parte un consumatore, quale che sia il tipo di contratto che nella specie risulti concluso) appare dotata di un maggiore impatto, tanto da identificarsi nel *nomen* («contratti del consumatore», secondo la intitolazione sotto la quale tale disciplina è inserita nel tit. I della parte III del d. lg. n. 206, cit.) con la categoria stessa che individua il nuovo modello generale.

La vocazione di siffatta categoria a porsi come "modello contrattuale" (27) (generale), alternativo rispetto al modello del "contratto di diritto comune", era evidente sin dalla introduzione di essa nel nostro ordinamento, realizzata attraverso l'inserimento nel codice civile degli art. 1469-*bis* ss. (28). Lo è diventata ancora di più, poi, una volta che le norme riferite ai contratti del consumatore (non solo la normativa sulle clausole vessatorie, ma, accanto ad essa, tutte le altre introdotte in questi anni per regolare i rapporti contrattuali tra professionisti e consumatori) sono state trasferite nel codice del consumo.

Induce in questa direzione la stessa sistematica (interna) che il codice del consumo ha adottato per organizzare il materiale normativo in esso

blico (legge o giudice), dell'equilibrio contrattuale fissato dalle parti»; *d*) nel «principio della distinzione fra regole di validità e regole di comportamento/responsabilità, e dei rimedi riconducibili alle une e rispettivamente alle altre»: ROPPO, *op. cit.*, 645.

(27) Nel significato di modello contrattuale che si è cercato di chiarire nel paragrafo precedente.

(28) In particolare, diversi autori avevano (non infondatamente) letto in questa chiave la scelta (operata dall'art. 25 l. 6 febbraio 1996, n. 52) di collocare la disciplina sulle clausole vessatorie (attuativa della direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, n. 93/13/CEE) nel codice civile, in un capo di nuova creazione (il capo XIV-*bis*) intitolato «Dei contratti del consumatore» (art. da 1469-*bis* a 1469-*sexies*), significativamente "situato" alla fine della cosiddetta (disciplina di) parte generale del contratto.

confluito. Le norme in materia di contratti del consumatore, infatti, sono state collocate nella parte III, sotto l'intitolazione «Il rapporto di consumo». In particolare, la disciplina delle clausole vessatorie costituisce, qui, il contenuto del tit. I (art. 33-38), significativamente intitolato «Dei contratti del consumatore in generale», denominazione cui fa da *pendant* quella utilizzata per il tit. IV («Disposizioni relative a singoli contratti»), che ospita invece la normativa sui contratti cosiddetti di multiproprietà (capo I, art. 69 ss.), e sui contratti di vendita di pacchetti turistici (capo II, art. 82 ss.).

È evidente il parallelismo che si è voluto in tal modo instaurare (o, quanto meno, suggerire) con la sistematica del libro quarto del codice civile (e, in particolare, con le denominazioni, rispettivamente, del tit. II «Dei contratti in generale», e del tit. III «Dei singoli contratti»), anche se sul punto occorre rifuggire da suggestioni immediate, che rischiano di rivelarsi semplicistiche.

È chiaro, ad esempio, che la disciplina del codice civile (29) si continuerà ad applicare anche ai contratti dei consumatori (30): ciò vale, in particolare, per la disciplina che disegna la struttura dell'atto (ad esempio: requisiti del contratto e connesse cause di invalidità), o per quella che modella alcuni tipici rimedi contrattuali (risoluzione, rescissione, ecc.). Il che è, poi, quel che costituisce *prima facie* il significato da attribuire alla norma di rinvio dettata nell'art. 38 d. lg. n. 206, cit., ai sensi del quale «per quanto non previsto dal codice, ai contratti conclusi tra il consumatore e il professionista si applicano le disposizioni del codice civile» (31).

(29) Ma anche, eventualmente, quella di leggi extracodicistiche che concorrano a disciplinare singoli contratti (si pensi, ad esempio, al contratto di locazione).

(30) L'applicabilità della disciplina del codice civile ai contratti dei consumatori riguarda così la cosiddetta disciplina generale del contratto, come la disciplina dei singoli contratti (la legislazione consumeristica, infatti, non ha creato nuovi tipi contrattuali, e semmai essa integra la disciplina codicistica dei singoli tipi, quando la stipulazione del contratto avvenga tra un professionista e un consumatore).

(31) Salvo a vedere come tale disposizione si coordini, a sua volta, con la nuova formulazione dell'art. 1469-*bis* c.c., il quale — a seguito della modifica introdotta dall'art. 142 d. lg. n. 206, cit. — reca, sotto la rubrica «Contratti del consumatore», la previsione secondo la quale «Le disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore». Su tale coordinamento cfr. le interessanti considerazioni di DE CRISTOFARO, *Il «codice del consumo»* (d. leg. 6 settembre 2005, n. 206), in *N. leggi civ.*, 2006, 747 ss.

La preoccupazione del raccordo (in materia di con-

Formazione del contratto

Ma, ciò riconosciuto, va ribadito che le norme in materia contrattuale che trovano ora collocazione nel codice del consumo danno vita ad un *corpus* organico (di regole e di principi), idoneo a porsi come un vero e proprio modello differenziato ed autonomo (alternativo) rispetto al modello del contratto di diritto comune.

In particolare, per quanto riguarda quelle che possono definirsi le disposizioni generali che connotano il (nuovo) modello del contratto del consumatore, va rimarcato come esse non si esauriscano nelle disposizioni contenute nel già richiamato tit. I della parte III del d. lg. n. 206, cit. (« Dei contratti del consumatore in generale »), ma comprendano altre previsioni normative, sia pur con un grado di generalità che può essere variabile (32): dall'art. 39, in materia di « esercizio dell'attività commerciale » (33), alle norme sul cosiddetto « recesso di pentimento » (34), ad altre

tratto) con le norme del codice civile emerge anche da un altro « codice di settore », il codice delle assicurazioni (d. lg. 7 settembre 2005, n. 209) — pressoché coevo al codice del consumo —, il cui art. 165 (con formula analoga a quella dell'art. 38 d. lg. n. 206, cit.) stabilisce che « Fermo restando quanto diversamente disposto dal presente codice, i contratti di assicurazione, coassicurazione e riassicurazione rimangono disciplinati dalle norme del codice civile ».

(32) Come, del resto, accade (secondo quanto si è sopra osservato) anche alle norme della cosiddetta « parte generale » del contratto, contenute nel codice civile.

(33) L'art. 39 — secondo il quale il rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà nello svolgimento di attività commerciali con i consumatori deve essere valutato « alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie dei consumatori » — è inserito (costituendone anzi — almeno per il momento — l'unica disposizione) in un capo intitolato « Disposizioni generali » (sebbene, in questo caso, si tratti di disposizioni generali relative all'esercizio dell'attività commerciale, e non invece di disposizioni generali « dei contratti » conclusi nello svolgimento di tale attività).

(34) È vero, infatti, che tali norme — come vedremo meglio nel prossimo paragrafo — non si applicano sempre, bensì solo in presenza di determinati presupposti (attinenti, in particolare, a quelle che il legislatore chiama « modalità di conclusione del contratto »: specialmente negoziazione « fuori dei locali commerciali » e negoziazione « a distanza »), ma lo stesso si potrebbe dire di non poche disposizioni della parte generale del contratto contenuta nel codice civile (si pensi, ad esempio, alle norme sulla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta).

Comunque, deve ribadirsi che una asserita « specialità » delle previsioni che accordano al consumatore uno *ius poenitendi* non potrebbe giammai significare che tale diritto debba/possa considerarsi — nel settore della contrattazione dei consumatori — un istituto « eccezionale » (e non, piuttosto, un « principio » della disciplina di tali contratti): il che vuol dire altresì, per un verso, che è aperta la possibilità di porsi quanto meno il problema di una (eventuale) applicazione analogica dell'istituto *de quo*, e, per altro verso, che occorre riconsiderare comunque il tema dell'accordo contrattuale (nei contratti del consumatore) alla luce di questo dato, posto che esso caratterizza così tipicamente la disci-

plina del procedimento formativo di molti dei rapporti contrattuali in questione. Sul punto cfr. GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Il codice civile europeo. Materiali dei Seminari 1999-2000* raccolti da G. ALPA e E.N. BUCCICO, Milano, 2001, 249 ss.

4. *La tutela del consumatore nella fase di formazione del contratto: a) lo « ius poenitendi ».* — Come già anticipato, uno degli istituti più caratteristici della nuova legislazione contrattuale a protezione del consumatore è costituito dal riconoscimento a tale contraente, in sede di formazione del contratto, di un inedito diritto di ripensamento (*ius poenitendi*), ben diverso (come si vedrà) dalle figure di recesso conosciute dal tradizionale diritto dei contratti (35).

Nel nostro ordinamento, tale diritto è stato introdotto per la prima volta in materia di tutela dell'investitore in strumenti finanziari, in particolare dall'art. 12 l. 23 marzo 1983, n. 77, che ha inserito nella l. 7 giugno 1974, n. 216, l'art. 18-ter, il quale accordava all'acquirente, nelle vendite a domicilio (vendite cosiddette « porta a porta ») di valori mobiliari, il diritto di recedere dal contratto entro cinque giorni dalla sottoscrizione del medesimo, prevedendo che durante il medesimo periodo di tempo l'efficacia del contratto rimanesse sospesa (36).

Sempre in materia di investimento in valori mobiliari, qualche anno dopo, l'art. 8 l. 2 gennaio 1991, n. 1 (legge sulla intermediazione finanziaria), nel disciplinare l'attività di gestione di patrimoni in valori mobiliari da parte delle società di intermediazione mobiliare (SIM), prescrisse che tale attività dovesse svolgersi nel rispetto di alcune

plina del procedimento formativo di molti dei rapporti contrattuali in questione. Sul punto cfr. GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Il codice civile europeo. Materiali dei Seminari 1999-2000* raccolti da G. ALPA e E.N. BUCCICO, Milano, 2001, 249 ss.

(35) E ciò, sebbene non sia estranea anche a molte delle ipotesi tradizionali di recesso la funzione di riconoscere ad uno dei contraenti (ma, talora, anche ad entrambi) uno *ius se poenitendi*, che tuttavia non va confuso (come si vedrà) con l'istituto di cui ci occuperemo nelle pagine seguenti.

(36) Più precisamente, il comma 2 del nuovo art. 18-ter stabiliva che « L'efficacia dei contratti stipulati mediante vendite a domicilio è sospesa per la durata di cinque giorni decorrenti dalla data di sottoscrizione. Entro detto termine l'acquirente ha facoltà di comunicare al venditore o al suo agente, procuratore o commissario, a mezzo telegramma, il proprio recesso senza corrispettivo. Quanto disposto nel presente comma deve essere riprodotto nei contratti stessi ». Sull'interpretazione di questa formula normativa si è registrato un vivace dibattito, che costituisce il primo approfondimento nella nostra dottrina del tema del « recesso di protezione ».

regole, tra cui quella (analoga alla disposizione del citato art. 18-ter) secondo la quale il contratto stipulato col cliente « non acquista efficacia prima del quinto giorno lavorativo successivo a quello della sua sottoscrizione », e il cliente ha facoltà entro il medesimo termine di « recedere senza spese né corrispettivo » (art. 8 comma 1 lett. c) (37).

La disposizione dell'art. 8 l. n. 1, cit. venne poi abrogata dall'art. 66 d. lg. 23 luglio 1996, n. 415 (cosiddetto « decreto Eurosim », emanato in attuazione della direttiva del Consiglio 10 maggio 1993, n. 93/22/CEE), il quale limitò il riconoscimento dello *ius poenitendi* del risparmiatore (peraltro elevando da cinque a sette giorni il termine per l'esercizio del diritto medesimo) ai soli contratti (di gestione di portafogli di investimento) conclusi con tecniche considerate « pericolose » (contratti stipulati fuori sede e contratti stipulati mediante tecniche di comunicazione a distanza), anche in questo caso prevedendo che durante il periodo utile per l'esercizio del diritto di recesso l'efficacia del contratto rimanesse sospesa (cfr. art. 20 comma 2 d. lg. n. 415, cit.) (38).

Se il diritto di recedere (« nella fase di formazione del contratto ») acquista cittadinanza nel nostro ordinamento solo nei primi anni '80 del secolo scorso — col ricordato intervento legislativo in materia di vendite a domicilio di valori mobiliari — ben più vasta era (a quell'epoca) l'esperienza di tale istituto in altri ordinamenti, e in particolare nell'ordinamento francese, dove, già a partire dagli anni Settanta, una serie di leggi avevano comin-

ciato ad utilizzare questo nuovo strumento di tutela del contraente « debole » (39).

Al modello francese (e, in particolare, alla l. 22 dicembre 1972, n. 72-1137, sul *démarchage et la vente à domicile*) si è ispirato principalmente il legislatore comunitario nell'emanare la direttiva del Consiglio 20 dicembre 1985, n. 85/577/CEE, sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali (40), l'attuazione della quale (v. d. lg. 15 gennaio 1992, n. 50, ora confluito nel codice del consumo) ha comportato l'estensione dello *ius poenitendi* — fino a quel momento limitato, nel nostro ordinamento, alle sole vendite (« porta a porta ») di valori mobiliari — a tutti i contratti e le proposte contrattuali (aventi ad oggetto la fornitura di beni o la prestazione di servizi, e intercorrenti tra un professionista e un consumatore) stipulati fuori dei locali commerciali, fatte salve solo alcune specifiche esclusioni (per le quali v., ora, l'art. 46 d. lg. n. 206 del 2005).

Analogo portata generale — se si prescinde, anche qui, da alcune specifiche esclusioni, oggi indicate nell'art. 51 d. lg. n. 206, cit. (41) — ha la

(39) Nell'ordinamento francese ad esempio, nel decennio 1972-1981, si segnalano numerose leggi che fanno utilizzazione del nuovo « rimedio »: alla l. 3 gennaio 1972, n. 72-6, relativa al *démarchage financier et à des opérations de placement et d'assurance*, segue la fondamentale l. 22 dicembre 1972, n. 72-1137, sul *démarchage et la vente à domicile* (prontamente segnalata all'attenzione anche della dottrina italiana da BESSONE, *La tutela del consumatore nella recente evoluzione del diritto francese*, in *Foro it.*, 1974, V, 186 ss., e da ALPA, *La legge 72-1137 del 22 dicembre 1972 relativa alle vendite a domicilio: un passo avanti nella tutela del consumatore in Francia*, in *Riv. soc.*, 1974, 838; cfr. altresì ORIANA, *La legge francese sulla vendita a domicilio e la protezione del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 1570 ss.); e poi, ancora, la l. 10 gennaio 1978, n. 78-22, relativa all'informazione e alla protezione del consumatore nell'ambito di *certaines opérations de crédit*; e, infine, la l. 7 gennaio 1981, n. 5-81, relativa al *contrat d'assurance et aux opérations de capitalisation*. Sull'esperienza francese utili riferimenti e considerazioni si leggono ora in CHERUBINI, *Tutela del « contraente debole » nella formazione del consenso*, Torino, 2005, 78 ss.

(40) La proposta di direttiva, peraltro, risaliva al 1977 (su di essa v. ALPA, *Un progetto di direttiva comunitaria in materia di vendita a domicilio*, in *Riv. soc.*, 1977, 981).

(41) Tra i contratti esclusi dal campo di applicazione della normativa sui contratti a distanza, e dunque anche dall'applicabilità del diritto di recesso, rientravano sino a poco tempo fa anche i contratti (a distanza) relativi a « servizi finanziari » (v. la lett. a dell'art. 51 d. lg. n. 206 del 2005); esclusione giustificata dal rilievo secondo cui la peculiarità dell'oggetto di tali contratti richiede(va) una regolamentazione *ad hoc*.

Tale specifica regolamentazione è stata dettata con la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 23 settembre 2002, n. 2002/65/CE, recepita nel nostro ordinamento col d. lg. 19 agosto 2005, n. 190 (sul quale cfr. DE CRISTOFARO, *Contratti aventi ad oggetto « servizi finanziari » stipulati a*

(37) Si noti, sin da ora, che alla successiva lett. d del medesimo comma si prevedeva altresì, come diritto spettante al cliente — e distinto dal precedente —, quello di « recedere in ogni momento dal contratto e ritirare in tutto o in parte le somme e i valori mobiliari di cui è titolare ». Il che evidenzia che ci si trova di fronte a due istituti completamente diversi, o, quanto meno, a due funzioni (del recesso) completamente diverse.

Anche nell'art. 20 d. lg. 23 luglio 1996, n. 415 è ben evidente la distinzione tra il diritto del cliente di « recedere in ogni momento dal contratto », previsto nel comma 1 (alla lett. d), e il recesso in fase di formazione del contratto previsto al comma 2.

(38) L'art. 20 comma 2 d. lg. n. 415, cit., come pure l'art. 18-ter l. n. 216, cit., sono stati successivamente abrogati dall'art. 214 t.u. fin., e le previsioni in essi contenute sono rificate nel suddetto testo unico (che ha provveduto ad unificare la disciplina del recesso nelle due ipotesi, portando in entrambi i casi a sette giorni il termine per l'esercizio del diritto), precisamente nell'art. 30 comma 6 (norma modificata, da ultimo, dall'art. 6 d. lg. 17 settembre 2007, n. 164, che ha soppresso le parole: « ovvero collocati a distanza ai sensi dell'articolo 32 » e le parole: « ovvero a distanza ai sensi dell'articolo 32 »).

Formazione del contratto

previsione del diritto di recesso con riferimento ai cosiddetti « contratti a distanza » (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 maggio 1997, n. 97/7/CE, recepita nel nostro ordinamento con d. lg. 22 maggio 1999, n. 185, le cui disposizioni sono ora confluite negli art. 50 ss. d. lg. n. 206, cit.).

In relazione a questi due ambiti, la previsione di un “generale” diritto di recesso (42) (la cui disciplina — oggi sostanzialmente unificata per le due fattispecie — è contenuta ora negli art. 64 ss. d. lg. n. 206, cit.) trova giustificazione nel carattere (ritenuto particolarmente “pericoloso” per il consumatore) della tecnica di stipulazione del contratto: che, nel primo caso, è un contratto concluso fuori dei locali commerciali; e, nel secondo caso, un contratto perfezionato attraverso l’uso di mezzi di comunicazione che consentono la stipulazione senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore (43).

Vi sono, peraltro, specifiche operazioni contrattuali, relativamente alle quali — indipendentemente dalla modalità di conclusione del contratto — il legislatore (comunitario) ritiene necessario tutelare il consumatore accordandogli comunque un diritto di ripensamento: è il caso, in particolare, del diritto di recesso riconosciuto al contraente che abbia concluso un contratto relativo all’acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili (direttiva del Parlamento europeo e del

Consiglio 26 ottobre 1994, n. 94/47/CE, attuata nel nostro ordinamento con d. lg. 9 novembre 1998, n. 427, le cui norme sono oggi trasfuse negli art. 69 ss. d. lg. n. 206, cit.; e, per quanto riguarda in particolare la disciplina del recesso, nell’art. 73) (44).

Non è possibile, in questa sede, procedere all’analisi dettagliata delle normative che si sono sopra richiamate. Giova tuttavia almeno mettere in evidenza alcuni elementi che sembrano emergere dai dati normativi richiamati.

1) Risulta, intanto, che il recesso di pentimento non è un istituto generale di quel settore del diritto contrattuale che può essere identificato attraverso la formula dei « contratti dei consumatori », perché — sebbene esso sia previsto in alcune normative “verticali” (dirette a disciplinare, cioè, singole tipologie negoziali) (45) e in due rilevanti normative aventi carattere “orizzontale” (cioè relative non a singoli tipi di negozi, ma a particolari modalità di contrattazione, riferibili come tali e almeno tendenzialmente a qualsiasi tipo di contratto: contrattazione “fuori dei locali commerciali” e contrattazione “a distanza”) (46) — resta pur sempre vero che non in ogni contratto

(44) Cfr., anche per ulteriori indicazioni, VENEZIANO, *La multiproprietà*, in *Trattato di diritto privato europeo*, cit., II. *I soggetti. Beni, interessi e valori*, 321 ss., e specialmente 333 ss. (sul diritto di recesso).

(45) Oltre al caso (già ricordato) della multiproprietà, si menzionano altresì generalmente la normativa sui contratti di vendita di pacchetti turistici e quella sul contratto di assicurazione sulla vita. Senonché il diritto di recesso previsto (dagli art. 90 comma 3 e 91 comma 2 d. lg. n. 206, cit.) in materia di contratti di vendita di pacchetti turistici non sembra riconducibile al modello del recesso di pentimento, ma è piuttosto un potere di scioglimento dal vincolo che il legislatore accorda al consumatore in connessione con un (eccezionale) *ius variandi* riconosciuto all’altra parte (e che può avere ad oggetto il prezzo originariamente indicato ovvero altri elementi del contratto). È altro è che anche nei contratti di vendita di pacchetti turistici possa trovare applicazione l’istituto del recesso di pentimento, allorché sussistano i presupposti per l’applicazione della disciplina (“orizzontale”) dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali ovvero dei contratti a distanza (e cfr., infatti, art. 82 comma 2 d. lg. n. 206, cit.).

Si prevede invece senz’altro una figura di « recesso di protezione » (secondo lo schema di cui ci stiamo occupando) nella disciplina del contratto di assicurazione sulla vita (v. art. 177 d. lg. n. 209 del 2005), ma tale disciplina non può dirsi appartenere in senso stretto allo statuto del contratto del consumatore, in quanto essa si applica a qualsiasi contraente (anche non « consumatore »).

(46) Sui problemi che (talora) crea la sovrapposizione, non perfettamente coordinata e lineare, di discipline “verticali” e di discipline “orizzontali” (quando entrambe siano riferibili al medesimo istituto), v., con specifico riferimento proprio allo *ius poenitendi*, le osservazioni di CONTI, *Il diritto di recesso tra “contratti porta a porta” e “credito al consumo”*. *Un’importante sentenza della Corte UE*, in *Corr. giur.*, 2002,

distanza e tutela dei consumatori: il d.legisl. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE, in *Studium iuris*, 2006, 385), le cui disposizioni sono ora state trasfuse (in virtù dell’art. 9 d. lg. 23 ottobre 2007, n. 221) negli art. da 67-bis a 67-*vigesimus secundus* d. lg. n. 206, cit., inseriti in una sez. IV-bis appositamente introdotta nella parte III (Il rapporto di consumo), tit. III (Modalità contrattuali), capo I (Particolari modalità di conclusione del contratto). In particolare, per quel che qui interessa, l’art. 67-*duodecies* (prima art. 11 d. lg. n. 190, cit.) prevede adesso un diritto di recesso (esercitabile nel termine di quattordici giorni) a favore del consumatore che abbia concluso un contratto a distanza avente ad oggetto la prestazione di « servizi finanziari » (concetto che si riferisce — secondo la definizione di cui all’art. 67-*ter* comma 1 lett. b — a « qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione e di previdenza individuale »).

(42) Cioè di un diritto di recesso riconosciuto con riguardo (tendenzialmente) a qualsiasi tipo di contratto, salvo le specifiche esclusioni previste (e alle quali abbiamo, poco sopra, fatto richiamo).

(43) Anche per ulteriori indicazioni, si rinvia a *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dei locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo* a cura di A. JANNARELLI, Napoli, 1995; e, per quel che concerne la normativa in materia di contratti a distanza, a SCANNICCHIO, *Il perfezionamento del contratto nel diritto privato europeo*, in *Trattato di diritto privato europeo*² a cura di N. LIPARI, III. *L’attività e il contratto*, Padova, 2003, 134 ss., specialmente 158 ss.

stipulato tra un professionista e un consumatore ricorrono i presupposti perché a quest'ultimo contraente sia riconosciuto un *ius se poenitendi*;

2) cionondimeno, è altresì indiscutibile che la tecnica di tutela in esame è ormai percepita — proprio a ragione della sua progressiva diffusione — come una tecnica che connota un intero ambito normativo, elevandosi in tale ambito a vero e proprio principio informatore della materia (47);

3) sebbene siano riscontrabili differenze (talora anche di un certo rilievo) nella regolamentazione del recesso di pentimento nelle varie fattispecie in cui lo stesso è previsto (a favore del consumatore), è tuttavia possibile ricostruirne una funzione unitaria (sulla quale v., specificamente, *infra*, § 5), la quale si lega alla peculiarità di questa particolare forma di recesso che, a differenza di quanto avviene per l'istituto del recesso qual è conosciuto nel diritto dei contratti del codice civile, solo parzialmente si comprenderebbe se ci si limitasse ad inquadrarlo nello schema dello « scioglimento del contratto » (*recte*: del rapporto contrattuale), mentre invece esso rivela il suo tratto più caratteristico proprio nel « situarsi » nella fase formativa del vincolo.

5. (Segue): *confronto con la figura tradizionale del recesso contrattuale*. — Il richiamo, effettuato nel paragrafo precedente, alle variegate disposi-

zioni che hanno introdotto — nella legislazione consumeristica (48) — il cosiddetto recesso di pentimento consente, a questo punto, di svolgere qualche considerazione sulla natura dell'istituto e sulla portata della novità che esso introduce nel sistema del diritto contrattuale, novità che emerge dal confronto con l'istituto del recesso in generale (49).

Interessa soprattutto richiamare le funzioni alle quali vengono ricondotte (o secondo le quali si ritiene possano raggrupparsi) le ipotesi (tradizionali) di recesso.

Una prima funzione — che riguarderebbe il gruppo forse più omogeneo di previsioni legali di recedibilità dal contratto — viene individuata nella esigenza, in rapporti contrattuali di durata e/o a tempo indeterminato, di prevedere un meccanismo (il quale sarebbe appunto costituito dalla possibilità del recesso; generalmente previo preavviso, ma in talune ipotesi legali anche con effetto immediato) che consenta di determinare (temporalmente) l'oggetto del contratto (il quale, in ipotesi, risulta in origine indeterminato) (50).

In un secondo gruppo di casi — nei quali peraltro, a differenza delle ipotesi precedenti e di quelle che appartengono al terzo gruppo (v. *infra*), il recesso risulta esercitabile non già *ad nutum*, ma piuttosto al verificarsi di determinati eventi (51) —

(48) Si è visto peraltro che — sia pure episodicamente — singole previsioni hanno accordato lo *ius poenitendi* anche a soggetti non qualificabili, in senso stretto, come « consumatori » (secondo la nozione comunitaria di questo termine). E in tal senso si è ricordato il caso del contratto di assicurazione sulla vita (v. *supra*, nt. 45).

(49) Sul quale cfr., almeno, SANGIORGI, *Recesso*, in *Enc. giur.*, XXVI, 1991, 1; GABRIELLI e PADOVINI, *Recesso (diritto privato)*, in questa *Enciclopedia*, XXXIX, 28; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. SCHLESINGER, *Artt. 1372-1373*, Milano, 1998, *sub art.* 1373, 308 ss.

(50) La dottrina parla, per l'appunto, di « recesso determinativo »: cfr. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 37 ss.; nonché GABRIELLI e PADOVINI, *op. cit.*, 29 ss.; seguiti da FRANZONI, *op. cit.*, 337 ss. (il quale ultimo sottolinea come la suddetta funzione del recesso si spieghi anche in forza di un generale sfavore dell'ordinamento giuridico verso la costituzione di vincoli perpetui o comunque a tempo indeterminato, che sarebbe espressione di un vero e proprio « principio di ordine pubblico »: *ivi*, 322 ss.; ma v. per la tendenza, invece, a non enfatizzare questa possibile giustificazione del recesso, GABRIELLI e PADOVINI, *op. cit.*, 29 s.).

(51) Con terminologia che oggi si tende ad abbandonare, si parla, per questi casi, di « recesso straordinario », correlativamente qualificando come ipotesi di « recesso ordinario » le fattispecie di recesso *ad nutum* (cfr. SANGIORGI, *op. cit.*, 5, il quale sottolinea che l'espressione « recesso straordinario » viene usata « per sottolineare che non si è di fronte a quella libertà di scelta conseguente da un principio generale, che compete al recedente nelle ipotesi di recesso ordinario »).

869 ss. (a commento della sentenza « Heininger », C. giust. CE 13 dicembre 2001, n. C-481/99).

(47) Cfr. ad esempio CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 695 ss., 697 (ove si afferma esplicitamente che « il susseguirsi delle disposizioni che prevedono un diritto di ripensamento [...] denota [...] il progressivo estendersi della funzione di protezione del rimedio contro la sorpresa, nel caso di contrattazione "porta a porta", a misura di tutela di una categoria »).

Per la valenza di « principio ordinatore della materia », attribuita al (riconoscimento dello) *ius poenitendi* al consumatore, v. ad esempio Cass, 20 marzo 1996, n. 2369, in *Foro it.*, 1996, I, 1665 ss. (ove anche l'affermazione che i « principi ordinatori della materia » si identificano con « le linee guida degli istituti giuridici di cui di volta in volta si tratti »: *ivi*, 1670). Nella motivazione della sentenza si afferma altresì che « la progressiva emersione di un principio generale di tutela del consumatore, mediante il riconoscimento di un diritto di recesso in tutti i casi di "vendita porta a porta" avente ad oggetto beni mobili o valori mobiliari », rende persuasiva la tesi secondo la quale « non è più possibile far soltanto riferimento al modello di uno statuto unitario del contratto, come disegnato dal codice [civile], essendosi invece delineata, in luogo di quello o accanto ad esso, una pluralità di modelli, dipendenti, di volta in volta, dallo status del contraente (ad esempio: consumatore) o dal modo della contrattazione (per esempio: con offerte porta a porta) o dall'oggetto del contratto (per esempio: beni o valori mobiliari), o da varie possibili combinazioni di tali elementi »: *ivi*, 1671.

Formazione del contratto

la funzione del recesso sarebbe quella di consentire ad un contraente di provocare (unilateralmente) lo scioglimento del contratto in presenza di fatti che vengano a turbare l'originario programma contrattuale (sia che si tratti di fatti non imputabili alla controparte del recedente, sia che si tratti invece di comportamenti di detta controparte qualificabili come inadempimento) (52).

Infine un terzo gruppo di ipotesi si caratterizza per il fatto che la recedibilità dal contratto attribuisce al contraente un "diritto di pentirsi" (*ius se poenitendi*), consentendogli di sciogliersi dal rapporto, perché non più interessato alla sua continuazione (53).

È, con tutta evidenza, questa terza "funzione" (54) ad apparire — almeno *prima facie* — come quella cui maggiormente si direbbero acco-

(52) Una parte della dottrina (GABRIELLI e PADOVINI, *op. cit.*, 32 ss.) propone di inquadrare queste ipotesi nella categoria del « recesso come mezzo di impugnazione del contratto »; mentre altri autori (sulla base di una classificazione in parte diversa) parlano di « recesso legale vincolato » (v. SANGIORGI, *op. cit.*, 5 ss., cui si rinvia anche per l'indicazione delle varie fattispecie riconducibili a questo schema).

(53) Cfr. GABRIELLI e PADOVINI, *op. cit.*, 36 ss., secondo i quali rientrerebbero nella categoria del recesso inteso come *ius se poenitendi* ipotesi diversamente raggruppabili, in considerazione della specifica *ratio* che giustifica la recedibilità.

In un primo gruppo di casi si tratterebbe di consentire al contraente di sciogliersi da contratti di durata perpetui o con lungo termine, atteso anche lo sfavore con cui sono visti i vincoli di lungo periodo.

Ma, soprattutto, rientrerebbero in questa categoria del recesso-*ius poenitendi* le (numerose) ipotesi del recesso consentito al committente nei contratti cosiddetti di *locatio operis*, dall'appalto (art. 1671 c.c.) al lavoro autonomo (art. 2227 c.c.), alla prestazione d'opera professionale (art. 2237 comma 1 c.c.), al mandato oneroso (art. 1725 c.c.) e ai sottotipi della commissione (art. 1734 c.c.) e della spedizione (art. 1738 c.c.). La *ratio* della recedibilità è, in questi casi, abbastanza evidente: « l'ordinamento mira, infatti, ad evitare, attraverso tale strumento, che vengano compiute opere o servizi dei quali colui stesso che li ha commissionati non ritiene di potersi più giovare; tende, quindi, a prevenire sprechi veri e propri di risorse, che certamente non possono essere favoriti da un sistema giuridico tendenzialmente rispettoso delle regole di mercato » (*op. cit.*, 37). Ma la caratteristica principale di questo gruppo di casi è individuabile sul piano degli effetti (del recesso), in quanto « qui l'esercizio del recesso non determina un vero e proprio scioglimento del rapporto, bensì una modificazione del suo contenuto, giacché al prestatore dell'attività è riconosciuto non solo il corrispettivo per quanto già eseguito, ma anche il guadagno che avrebbe ritratto dall'esecuzione così come originariamente convenuta » (detratti soltanto i costi che egli avrebbe sopportato per la prestazione ancora da eseguirsi): *lc. ult. cit.*

(54) Ma v. SANGIORGI, *op. cit.*, 4, il quale dubita che questa caratteristica possa essere utile ad individuare uno specifico gruppo di ipotesi di recesso (e, quindi, essere utilizzata per una classificazione), in quanto essa semmai individua un « denominatore comune » al nostro istituto, sicuramente presente ad esempio « anche nelle ipotesi che

stabiliscono le numerose fattispecie di recesso attribuito al consumatore (e, difatti, si parla correntemente, riguardo ad esse, di recesso di "pentimento").

Tuttavia, ad un'analisi appena approfondita, emergono con nettezza le differenze che rendono l'istituto del recesso nei contratti dei consumatori diverso non solo da tutte le altre ipotesi di recedibilità conosciute dal diritto comune dei contratti, ma anche dalle fattispecie da ultimo considerate.

a) Intanto va osservato che le ipotesi di recesso previste dal codice civile riguardano generalmente contratti la cui esecuzione si prolunga nel tempo (e, assai spesso, contratti di durata e/o a tempo indeterminato), e non anche contratti ad esecuzione istantanea (55), mentre il potere di recesso previsto a favore del consumatore concerne il più delle volte (se pure non sempre) proprio "contratti ad esecuzione istantanea", e può essere esercitato (come vedremo subito) anche in presenza di una iniziata esecuzione del contratto (e financo nel caso in cui il contratto abbia già ricevuto integrale esecuzione);

b) a conferma che all'istituto del recesso del consumatore (che d'ora in poi chiameremo anche « recesso di protezione », per indicarne la specificità che ci sembra veramente caratterizzare questo istituto) è estranea la funzione (che pure è propria di molte ipotesi di "recesso di pentimento" del diritto comune dei contratti) di consentire al recedente di sciogliersi da un vincolo di lunga durata depone non solo la brevità dei termini per l'esercizio di tale diritto, quanto soprattutto la fissazione da parte del legislatore di una decorrenza dei termini da precisi *dies a quibus*, che, talora, si collocano addirittura prima della stessa conclusione del contratto;

c) ulteriore profilo che differenzia il recesso del consumatore (o recesso di protezione) dalle varie forme di recesso di pentimento conosciute dal diritto comune dei contratti è la circostanza che l'esercizio del primo non lascia residuare in capo al recedente alcuna obbligazione "indennitaria" (56):

sono state ricomprese nella categoria del recesso determinativo ».

(55) Si tenga presente, al riguardo — sin d'ora — l'osservazione secondo cui « riservarsi la libera recedibilità (quale consegue appunto dal recesso volontario) da un contratto ad esecuzione istantanea non ancora eseguito denota la non attuale volontà di impegnarsi » (così SANGIORGI, *op. cit.*, 3).

(56) Che, come sappiamo, caratterizza invece, generalmente, le ipotesi di scioglimento del contratto per esercizio del recesso di pentimento (nel diritto comune): v. *supra*, nt. 53.

esso non produce, insomma, alcuna (parziale) modificazione (riduzione) del programma negoziale, come avviene (di norma) nelle comuni ipotesi di recesso di pentimento, bensì una integrale caducazione del programma, a seguito della quale deve soltanto ripristinarsi lo stato anteriore all'assunzione del vincolo, obiettivo esclusivo al quale sono appunto preordinate le restituzioni (eventuali) previste a carico del recedente (ma anche, se del caso, del professionista) (57);

d) il recesso di protezione si differenzia nettamente, infine, (anche) dalle ipotesi di recesso (cosiddetto « recesso di impugnazione » del contratto) accordato per consentire di reagire a turbamenti sopravvenuti del programma contrattuale, e che — come già sappiamo — si atteggia come un recesso « vincolato » (cioè non rimesso alla libera scelta del recedente, ma legato al sopravvenire di singoli fatti o di situazioni — si pensi alle ipotesi di recesso cosiddetto « per giusta causa » — che giustificano lo scioglimento unilaterale dal vincolo), al contrario del recesso di protezione (del consumatore) che è assolutamente libero, e non richiede da parte del recedente l'allegazione di alcuna motivazione (58).

(57) Il recesso, in altre parole, ha qui la funzione di far venire meno — prima ancora che i singoli effetti — il vincolo, facendolo considerare come non mai sorto (e, in questo senso, l'effetto del recesso non è tanto lo scioglimento del rapporto, quanto piuttosto l'accertamento del suo non esser venuto mai ad esistenza).

Com'è noto, con riferimento alle normali ipotesi di recesso (estrane alla legislazione sui consumatori), e in particolare quando all'esercizio del recesso si accompagnino effetti obbligatori per il recedente, si discorre se il recesso abbia o meno una efficacia retroattiva (cfr. SANGIORGI, *op. cit.*, 4, ove si osserva che « la circostanza che ad una vicenda estintiva quale il recesso o la risoluzione si accompagnino degli effetti obbligatori, non è di per sé indicativa della retroattività o irretroattività della vicenda stessa. Bisogna invece aver riguardo alla direzione di tali effetti, nel senso che soltanto qualora essi svolgano una funzione restitutiva potrà parlarsi di retroattività; mentre se rappresentano il corrispettivo per le prestazioni ricevute sino a quel momento, dovrà concludersi che il recesso o la restituzione non hanno effetto "sulle prestazioni già eseguite" »). Anche sotto questo profilo ci sembra, tuttavia, che il recesso del consumatore si atteggi in modo affatto peculiare. E, inverso, la sua retroattività (e i conseguenti, eventuali, obblighi restitutori posti a carico dei contraenti, e anzitutto del recedente) ci sembra più da accostare alla retroattività della dichiarazione di nullità, o di annullamento o di rescissione del contratto, piuttosto che alla retroattività riferita (agli effetti di) un contratto supposto come esistente e valido (effetti che l'esercizio del diritto di recesso ha lo scopo, appunto, di rimuovere).

(58) Altro è che, in fatto, il potere di recesso accordato al consumatore possa essere utilizzato in situazioni che denotano la presenza di vizi originari dell'atto (ad esempio: errore, dolo) o di elementi che potrebbero giustificare l'applicazione di altri rimedi (ad esempio: la risoluzione per inadempimento in caso di consegna di cosa viziata o di cosa

Se si considera l'insieme delle caratteristiche ora sinteticamente richiamate, non si tarda ad accorgersi che il recesso di protezione, al di là del *nomen*, ha ben poco a che vedere con il tradizionale istituto del recesso, quale ricostruibile alla luce del diritto comune dei contratti (59).

In particolare, la funzione del rimedio previsto a protezione del consumatore è del tutto inedita, e assai diversa da quelle per le quali è stato sin qui adottato lo strumento del (diritto di) recesso (60).

Come la dottrina pressoché unanime afferma, il diritto di « recesso » del consumatore (nelle varie ipotesi passate in rassegna nel paragrafo precedente) ha essenzialmente la funzione di consentire a tale contraente (soprattutto in relazione a particolari modalità di svolgimento della contrattazione) « di revocare il consenso già manifestato, sia pure entro limiti temporali tendenzialmente assai stretti » (61).

L'espressione or ora riferita (« revocare il consenso »), al di là della sua precisione sul piano terminologico, coglie assai bene il profilo per cui questo « recesso » interessa non tanto la vicenda attuativa di un rapporto contrattuale in corso, quanto piuttosto la stessa vicenda formativa del rapporto medesimo.

Il meccanismo della decorrenza del *dies* per

diversa da quella concordata). Il tal senso il recesso di protezione — per le caratteristiche di disciplina che lo connotano (non necessità di motivazione, assenza di spese a carico del recedente, ecc.) — si presta ad essere utilizzato anche (ed eventualmente) come rimedio (alternativo ad altri, di cui eventualmente sussistono i presupposti) che si lascia preferire per la facilità e la rapidità del suo esercizio.

(59) Mentre frequentemente la dottrina si è chiesta se il termine « recesso » sia appropriato anche quando lo *ius poenitendi* sia esercitabile dal consumatore in relazione ad una semplice proposta contrattuale e non ad un contratto già concluso (ma v., allora, GABRIELLI, *L'attuazione in Germania e in Italia della direttiva europea sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Europa e diritto privato*, 2000, 731, che sottolinea giustamente il « sapore accademico » di una tale questione), sembrerebbe più interessante chiedersi piuttosto se il recesso di protezione (anche quando — si badi — esso si diriga verso un contratto già concluso) sia veramente un « recesso » (o, se si vuole, se esso sia veramente assimilabile alle fattispecie designate con questo *nomen* nel diritto comune dei contratti). Domanda alla quale — come risulta da quanto affermiamo nel testo — ci sembra debba darsi risposta decisamente negativa.

(60) Che ci si trovi di fronte ad un « recesso » assai diverso (per funzione e, di conseguenza, anche per meccanismo di operatività) da quello tradizionale è confermato — ove ce ne fosse bisogno — dalla circostanza (già segnalata: v. *supra*, nt. 37) che nel medesimo contratto possono risultare attribuiti al contraente diversi diritti di « recesso ».

(61) Così CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, cit., 696, la quale parla altresì di una « (nuova) tecnica di tutela della volontà contrattuale » (*ivi*, 697).

Formazione del contratto

l'esercizio del diritto di recesso è certamente tale da far sì — quando il professionista abbia tardato nel fornire l'informazione sul diritto di recesso, o addirittura abbia totalmente violato tale obbligo informativo — che lo scioglimento del contratto possa intervenire anche a distanza (relativamente) di parecchio tempo dalla conclusione del contratto, e quando magari le prestazioni derivanti dal contratto siano state (magari anche in rilevante misura) già eseguite (62).

Epperò, è anche vero che ciò avviene in ipotesi che devono essere considerate patologiche (e cioè quando ricorra, da parte del professionista, l'inadempiamento dell'obbligo di informazione sul diritto di recesso, o il tardivo adempimento di tale obbligo).

Ove invece l'informazione sia (tempestivamente, e correttamente) fornita, lo *spatium deliberandi* per l'esercizio dell'eventuale recesso del consumatore è destinato ad esaurirsi (il più delle volte) prima della (o, comunque, qualche giorno soltanto dopo la) conclusione del contratto (63); ed è con riferimento a queste ipotesi di funzionamento (per dir così) fisiologico dell'istituto, che ne vanno principalmente individuate la natura e la funzione.

6. (Segue): b) *il fenomeno del cosiddetto neoformalismo negoziale*. — Un altro profilo in relazione al quale il contratto del consumatore si distacca dal (modello del) contratto di diritto comune è costituito dal largo ricorso che, con riferimento al primo, il legislatore fa a prescrizioni di forma vincolata ("formalismo negoziale"), riferite peraltro a vari momenti del procedimento di formazione del contratto (il che già segnala che non si tratta sempre di previsioni di "forma-requisito"), e con variabile (e, spesso, incerta) incidenza sulla sorte del contratto (ove a quelle prescrizioni i contraenti non si siano attenuti).

Già questa prospettazione del fenomeno mostra che non coglierebbe appieno i termini del problema chi pensasse di risolvere la diversità tra contratto di diritto comune e contratto del consu-

matore — sotto il profilo qui considerato — nella contrapposizione tra un modello che si baserebbe sul principio della "libertà di forma" e un altro che, all'inverso, commuterebbe questa libertà da regola in eccezione.

A indurre a considerare una simile equazione poco perspicua, e anzi in definitiva fuorviante, non occorre né ricordare, da un lato, che l'esistenza (con riguardo al contratto di diritto comune) di un principio di libertà di forma è stata da tempo quanto meno messa in discussione (64), né evidenziare, d'altro lato, che (per lo meno da un punto di

(64) Spetta ad IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo negoziale*, Milano, 1985, *passim* (nonché ID., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997) la paternità della critica più radicale che, negli ultimi decenni, sia stata mossa al "dogma" della libertà delle forme; e allo stesso autore risale la proposta di ragionare piuttosto (abbandonando la tradizionale impostazione in termini di regola/eccezione) semplicemente in termini di « strutture contrattuali deboli » (cioè quelle che risulterebbero integrate dai soli requisiti sostanziali dell'accordo, dell'oggetto e delle causa) e « strutture contrattuali forti » (che aggiungerebbero ai tre requisiti suddetti anche l'ulteriore requisito formale).

Il dibattito avviato dal contributo di Irti ha registrato numerosi interventi, sia nel segno del consenso che in quello del dissenso. Tra i più significativi cfr. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 293 ss.; GUASTINI, *In tema di libertà delle forme*, *ivi*, 539 ss.; GRASSO, *La forma tra regola ed eccezione*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 49 ss.; FERRI G.B., *Forma ed autonomia negoziale*, in *Quadrimestre*, 1987, 313 ss.; PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, *passim*; BUSNELL, *Il « diritto senza lo Stato » e gli « idoli della libertà »*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di M. Giorgianni*, Napoli, 1988, 33 ss.; VITUCCI, *Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in *Quadrimestre*, 1989, 55 ss.; SBISA, *Interessi privati, mediazione e formalismo (a proposito di due opere di L. Cohen-Tanugi e N. Irti)*, in *Contratto e impresa*, 1989, 126 ss.; PALAZZO, *La forma negoziale tra nuove polemiche e sicure realtà*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1995, 793 ss.

La giurisprudenza sembra invece (almeno apparentemente e a livello di declamazioni) più compatta nel ribadire il tradizionale "dogma" di libertà delle forme: v., per un recente, sintetico inventario di pronunce giurisprudenziali che si esprimono in questo senso, BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, I, *La formazione* a cura di C. GRANELLI, Milano, 2006, 506 ss.

Anche i progetti (già elaborati o in corso di elaborazione) di codificazione del diritto contrattuale europeo ribadiscono (ma sempre facendo riferimento al concetto di « forma-requisito ») il principio della "libertà di forma". Cfr., ad esempio, l'art. 2:101 comma 2 dei *Principles of European Contract Law (PECL)* elaborati dalla Commissione Lando, il quale (con disposizione conforme a quella dell'art. 1.2 dei *Principi sui contratti commerciali internazionali*, redatti dall'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato-UNIDROIT) stabilisce che « il contratto non ha bisogno di essere concluso né accettato in forma scritta e non è sottoposto a nessun altro requisito di forma »: v. le indicazioni contenute in *Principi di diritto europeo dei contratti* (Commissione per il diritto europeo dei contratti), ed. it. a cura di C. CASTRONOVO, *Parte I e II*, Milano, 2001, 126 ss., 145 ss., 167 ss. A sua volta, il codice europeo dei contratti

(62) Cfr. la disciplina contenuta nell'art. 65 d. lg. n. 206 del 2005. In materia v., altresì, a parte la famosa sentenza « Heiningen » (C. giust. CE 13 dicembre 2001, n. C-481/99, citata *supra*, nt. 46), la più recente pronuncia C. giust. CE 10 aprile 2008, n. C-412/06, Hamilton c. Volksbank Filder e G.

(63) Ad esempio, ciò potrebbe accadere nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, se l'informativa (sul recesso) sia correttamente contenuta nella « nota d'ordine » sottoscritta dal consumatore, ovvero, in caso di proposta contrattuale proveniente da quest'ultimo, il professionista provveda subito a dare l'informazione sul recesso (come richiesto dall'art. 47 d. lg. n. 206, cit.).

vista meramente quantitativo) rimane “a-formale” la gran parte della contrattazione che vede come protagonisti i consumatori: contrattazione che si sostanzia in una quantità enorme di minute operazioni contrattuali, le quali vengono ogni giorno concluse con semplici accordi verbali, anzi — a voler seguire una notissima tesi — addirittura dando vita a dei meri « scambi senza accordo » (65).

A conferma che la contrapposizione non persuade basta infatti osservare che essa mette a confronto due concetti di formalismo nient' affatto omogenei, in quanto l'aspetto rilevante del moderno formalismo (nelle sue manifestazioni più recenti) non riguarda tanto (o solo) il moltiplicarsi di ipotesi di forme negoziali richieste *ad substantiam actus* — che è invece il terreno sul quale opera il (contrapposto, preteso) principio della libertà delle forme —, ma riguarda piuttosto un fenomeno più ampio, del quale la forma (richiesta come) requisito dell'atto è soltanto una delle espressioni (e, probabilmente, nemmeno quella più rilevante). E, in questo senso, è del tutto condivisibile l'avvertimento di non confondere il “neo-formalismo” con una cosiddetta « rinascita del formalismo » (66), espressione quest'ultima che potrebbe indurre a pensare ad un ritorno all'antico formalismo (o, se si vuole, al formalismo degli antichi), il quale ultimo invece rimane assai distante dal significato e dalla funzione che la forma si vede assegnare nella legislazione nuova.

Vero è, peraltro, che quando da questa caratterizzazione in negativo del neo-formalismo — come fenomeno che non si confonde (e che non deve essere confuso) con il vecchio significato in cui si discorreva sino a qualche tempo fa di formalismo negoziale — si passi al tentativo di delineare in positivo significato e funzioni dello stesso, si profilano tutte le difficoltà di inquadramento (unitario) di ipotesi normative *ictu oculi* alquanto eterogenee.

Un dato sicuramente emergente dal variegato materiale normativo che dà corpo al fenomeno in esame è il carattere “protettivo” (67) di una (sola) delle parti del contratto, che il moderno formalismo chiaramente assume (anche se non si tratta — come vedremo — di una finalità che possa considerarsi unica ed esclusiva).

(elaborato dall'Accademia dei giusprivatisti europei) definisce « speciale » la forma eventualmente richiesta a pena di nullità per la conclusione di un contratto (art. 34 comma 1).

(65) Il riferimento è ad IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss.

(66) Cfr. BRECCIA, *op. cit.*, 503.

(67) Di « formalismo di protezione » discorre, a più riprese, BRECCIA, *op. cit.*, *passim* e, ad esempio, 535 ss.

Ma non è tanto questo aspetto — non del tutto estraneo alla funzione (*rectius*: a una delle funzioni) tradizionalmente attribuita alla forma (negoziale) (68) — a segnalare una novità (69); e nemmeno il fatto che molto spesso il formalismo riguardi “le clausole” (*rectius*: “alcune clausole”) del contratto, e non il contratto in sé considerato (70), circostanza anche questa tutt'altro che rara nelle stesse previsioni codicistiche (71).

Ciò che sembra soprattutto connotare il moderno formalismo — individuandone una funzione inedita, che si aggiunge (come *novum*) alle altre che la forma continua a svolgere — è il suo collegamento con prescrizioni di contenuto obbligatorio che il contratto deve rispettare, vale a dire di (tipi di) clausole (o, comunque, di elementi, informazioni, dati, ecc.) che in esso devono necessariamente essere presenti.

E non si tratta — si badi — di limitarsi a statuire (ciò che fa, come già ricordato, anche il legislatore del codice civile) che, qualora nel contratto vengano inserite determinate clausole (in genere clausole svantaggiose per uno dei con-

(68) Va invero ricordato che da tempo ormai la dottrina ha acquisito consapevolezza che la forma svolge una pluralità di funzioni, a tutela di interessi molteplici (interessi generali, interessi di soggetti terzi rispetto al contratto, interessi degli stessi contraenti o di uno di essi): cfr., per tutti, GIORGIANNI, *Forma degli atti (diritto privato)*, in questa *Enciclopedia*, XVII, 988 ss.

(69) Tuttavia, mentre nel codice civile le ipotesi — pur presenti — in cui il formalismo è a tutela di uno dei contraenti (si pensi all'esempio della donazione, dove la forma dell'atto pubblico vale a tutelare essenzialmente il donante) sono costruite secondo la logica del soggetto astratto (chiunque può assumere la veste di donante, e invocare la tutela che discende dalla prescrizione del requisito formale), viceversa il « formalismo di protezione » (del consumatore) si fa carico della tutela di una categoria previamente individuata di contraenti (contrapposta ad un'altra categoria, anch'essa previamente individuata/individuabile).

(70) Il che, da un lato, contribuisce a rendere evidente la finalità protettiva della prescrizione di forma (prescrizione che viene immediatamente collegata al contenuto delle singole clausole), dall'altro chiarisce che « tale formalismo di protezione non si presta ad essere sistemato secondo i canoni del formalismo quale requisito di un contratto »: così BRECCIA, *op. cit.*, 536.

(71) Si vedano gli esempi menzionati da BRECCIA, *op. cit.*, 538 ss., che ricorda la prescrizione di forma in materia di patto di prova (art. 2096 c.c.), di patto di non concorrenza (art. 2125 c.c.), di patto determinativo degli interessi pecuniari in misura superiore a quella legale (art. 1284 comma 3 c.c.). Ma — come sottolinea lo stesso autore — « nel sistema del codice civile l'elenco più importante è notoriamente costituito, all'interno della disciplina delle condizioni generali di contratto unilateralmente predisposte, da una serie di clausole che avvantaggiano il predisponente o che aggravano la posizione del non predisponente: clausole che “in ogni caso non hanno effetto se non sono specificamente approvate per iscritto” (art. 1341, c. 2) » (cfr. *ivi*, 537).

Formazione del contratto

traenti, se non addirittura vessatorie), esse devono essere rivestite di una certa forma. Si tratta piuttosto di “imporre” — quale oggetto di specifica ed espressa pattuizione esplicitata nel documento contrattuale (e non oggetto, ad esempio, di mero rinvio ad usi, o magari di determinazione affidata a « condizioni generali » o comunque a documenti semplicemente richiamati nell'accordo individuale in ipotesi concluso verbalmente, o, ancora, di determinazione affidata a comportamenti concludenti delle parti) — la previsione in contratto di determinati aspetti del regolamento, che, ancorché non risolvendosi in un contenuto vessatorio, costituiscono comunque elementi di cui si vuole che il contraente debole abbia piena contezza (o, quanto meno, la possibilità di acquisirla), sul presupposto che si tratti di elementi rilevanti per una consapevole decisione negoziale.

E, così, ad esempio, l'art. 117 t.u. bancario non si limita semplicemente a prescrivere che « I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti » (comma 1), ma aggiunge altresì che « I contratti indicano il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi per i contratti di credito gli eventuali maggiori oneri in caso di mora » (comma 4), e che « sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati » (comma 6) (72).

Ancora più analitica è, nell'art. 124 t.u. bancario, l'elencazione delle clausole che devono essere presenti nei contratti (anch'essi da stipulare, a pena di nullità, per iscritto) di credito al consumo (73); e secondo un modello analogo sono regolati i contratti relativi alla cosiddetta multiproprietà (74), o, per fare un altro esempio, i contratti di vendita di pacchetti turistici (75).

(72) Previsione analoga si legge nel comma 2 dell'art. 23 t.u. fin., che — con riferimento ai contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento (da redigersi per iscritto, come recita il comma 1) — stabilisce che « È nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico ».

(73) Clausole che sono indicate nel lungo elenco del comma 2: ammontare e modalità del finanziamento; numeri, importi e scadenza delle singole rate; TAEG (tasso annuo effettivo globale) e dettaglio delle condizioni analitiche secondo cui esso può essere eventualmente modificato; importo e causale degli oneri che sono esclusi dal calcolo del TAEG; eventuali garanzie richieste; eventuali coperture assicurative richieste e non incluse nel calcolo del TAEG.

(74) Cfr. art. 2 e 3 d. lg. n. 427 del 1998, ora art. 70 e 71 d. lg. n. 206 del 2005.

(75) Cfr. art. 7 d. lg. 17 marzo 1995, n. 111, ora art. 86 d. lg. n. 206, cit.

Come già accennato, la determinazione così analitica e dettagliata del contenuto del contratto risponde all'esigenza di rendere immediatamente percepibili dal consumatore gli “elementi rilevanti” dei quali, nei vari tipi di contratti disciplinati, si tiene normalmente conto (o comunque è opportuno — secondo la valutazione dello stesso legislatore — tener conto) al momento della conclusione dell'operazione.

Prescrivendo poi che il contratto, così “confezionato” quanto al suo contenuto, venga concluso per iscritto (76) (e che una copia di esso sia consegnata al consumatore), si perseguono altresì le finalità: 1) di rendere più facilmente controllabile l'osservanza delle norme di legge (quando esse assumano una portata cogente); 2) di agevolare il consumatore nell'assolvimento dell'onere di fornire la prova di eventuali violazioni compiute dalla controparte; 3) infine, di rendere più agevolmente confrontabili le offerte contrattuali provenienti da imprese concorrenti.

Difficile, peraltro, indicare con sicurezza le conseguenze della mancata osservanza di queste prescrizioni di forma-contenuto, conseguenze che *prima facie* appaiono non individuabili in maniera unica ed unitaria. Anche quando sia lo stesso legislatore a prescrivere testualmente la nullità in caso di inosservanza della forma scritta prevista “per il contratto”, è evidente che l'applicazione della sanzione in esame — salva l'ipotesi (non dubbia) in cui “l'intero accordo” sia stato concluso verbalmente — risulterà negli altri casi (e cioè quando il contratto, stipulato per iscritto, sia “incompleto”, ossia mancante di taluna delle indicazioni che il legislatore vuole che siano in esso contenute), che sono poi quelli rilevanti, assai spesso tutt'altro che scontata (77).

(76) In alcuni casi — come si è visto — le norme prescrivono che l'informazione scritta preceda la stipula del contratto, precisamente attraverso il rilascio di un « documento informativo ». In tal modo si vuole assicurare che la conclusione del contratto avvenga sulla base di elementi che il consumatore abbia avuto il tempo di valutare e ponderare con la dovuta attenzione (effettuando, eventualmente, le necessarie verifiche).

(77) Basti dire che — se si muove dall'idea che la prescrizione di forma-contenuto sia posta a protezione del consumatore — alcune previsioni sarebbero palesemente “controfunzionali”, qualora dalla violazione di taluna di esse si pretendesse di far discendere la nullità del contratto (e sia pure una nullità relativa). Il che — ad esempio, e per talune ipotesi — implica che l'interprete debba ritenere di trovarsi di fronte a prescrizioni di contenuto “eventuale”, e non invece a prescrizioni da prospettare in termini di contenuto legale “necessario” (del contratto).

Ad esempio, la lett. d dell'art. 86 d. lg. n. 206, cit. prevede che il contratto “debba” contenere l'indicazione

Che dire, ad esempio, se in un contratto di multiproprietà (concluso per iscritto) risulti omessa la menzione del domicilio dell'acquirente, o non inserita la clausola secondo la quale l'acquisto non comporta per l'acquirente altri oneri, obblighi o spese diversi da quelli stabiliti nel contratto, o se manchi taluna delle informazioni che devono essere riportate (nel « documento informativo » prima, e poi) nel contratto (ad esempio manchino gli estremi della concessione edilizia o delle leggi regionali che regolano l'uso dell'immobile, ecc.)?

È evidente che, in tutti i casi or ora prospettati (e in altri che ad essi risultino assimilabili), la conseguenza non può essere la nullità del contratto (nemmeno nella forma della cosiddetta « nullità di protezione », in ipotesi caratterizzata dalla riserva di legittimazione in capo ad uno solo dei contraenti).

In alcuni casi, infatti, il mancato inserimento di uno dei contenuti prescritti (poniamo: della clausola circa la non tenutezza ad oneri, obblighi o spese ulteriori rispetto a quelli stabiliti nel contratto: v. art. 71 comma 2 lett. c d. lg. n. 206 del 2005) certamente non impedisce che trovi applicazione la regola (legale) — in verità enunciata con la stessa disposizione, che ne prescrive la menzione nel contenuto del contratto (78) — che avrebbe

dell'importo (comunque non superiore al venticinque per cento del prezzo) da versarsi a titolo di caparra all'atto della prenotazione. È evidente che la disposizione — se si vuole evitare di considerarla (cosa che sarebbe assurda) come impositiva di un « obbligo » di prevedere in contratto il versamento di una caparra — andrà letta appunto semplicemente nel senso che, qualora le parti abbiano spontaneamente pattuito una caparra, allora (ed, evidentemente, solo allora) deve essere fatta menzione nel contratto dell'importo versato a tale titolo (che comunque non può superare il venticinque per cento del prezzo). Come già detto, poi, è dubbio che la mera violazione di questo « obbligo di menzione » possa (in sé considerata) comportare conseguenze sul piano civilistico, e men che meno in termini di nullità (del contratto).

(78) La regola in questione (quale si desume dal tenore della clausola di cui il legislatore, con la norma in esame, prescrive l'inserimento in contratto) si risolve in (e può essere espressa nei termini di) un « onere » di indicare nel contratto (e non ad esempio in eventuali condizioni generali, o comunque in altri documenti ai quali il contratto faccia un mero rinvio) tutti gli obblighi, oneri o spese che potranno ritenersi imposti in capo al consumatore.

Si noti che — già in forza della disposizione dell'art. 2722 c.c. — è resa oltre modo difficile la prova (che non può comunque essere data per testimoni, come recita la disposizione in esame) non solo di « patti contrari », ma altresì di patti anche semplicemente (assunti come) « aggiunti[ivi] » rispetto al contenuto di un documento, (e) per i quali si alleggi che la stipulazione sia stata « anteriore o contemporanea » (ed è questa una delle conseguenze più rilevanti della

dovuto essere richiamata nell'atto (79); ma, proprio per questo, sarebbe eccessivo ritenere che il semplice fatto della « mancata menzione » nel contratto determini la nullità di « quest'ultimo » (80).

imposizione di una forma negoziale, atteso che — come è stato efficacemente e acutamente scritto — « imponendo il formalismo, il legislatore condanna ad una dolorosa nullità [o impossibilità di prova] i singoli accordi imprudentemente non formalizzati, e ottiene che tutti gli altri accordi vengano formalizzati, prevenendo così ogni incertezza sulla loro esistenza »: così SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*³ diretto da R. SACCO, Torino, 2004, 712).

La regola che ipotizziamo andrebbe comunque ben oltre questo effetto, sia perché essa riguarderebbe (così, almeno, sembra) anche « patti » (da cui discendono obblighi, oneri o spese per il consumatore) che siano « posteriori » alla conclusione del contratto, sia perché essa condannerebbe comunque (tutti) i patti « aggiunti » alla « inefficacia » (e non soltanto ad una restrizione della possibilità di prova, restrizione che, se da un lato comporta che l'efficacia di tali patti sia subordinata alla loro redazione per iscritto o alla confessione della loro esistenza e del loro contenuto ad opera della controparte, dall'altro, e per ciò stesso, non elimina radicalmente la possibilità che patti siffatti possano avere effetto).

(79) E dunque — per restare alla fattispecie che stiamo considerando — se il venditore dovesse, in fase di svolgimento del rapporto, pretendere che l'acquirente si assoggetti a oneri, obblighi o spese diversi da (e/o ulteriori rispetto a) quelli stabiliti nel contratto, l'acquirente potrà senz'altro respingere una simile pretesa.

(80) Diverso (almeno in apparenza) è il caso in cui la (mancata) menzione in contratto riguardi « un fatto » (ad esempio, art. 76 d. lg. n. 206, cit., laddove stabilisce, in materia di contratti di multiproprietà, che, se l'immobile oggetto del contratto sia in corso di costruzione, il venditore è obbligato a prestare fideiussione bancaria o assicurativa a garanzia dell'ultimazione dei lavori, aggiungendo che del rilascio di tale fideiussione « deve farsi espressa menzione nel contratto a pena di nullità »).

Anche in questo caso — tuttavia — sembra da escludere che la mancata menzione nel contratto sia, « di per sé », causa di nullità dell'atto. Qui, invero, la sanzione della nullità sembra riferita — se si vuol dare alla formula normativa una interpretazione conforme alla (ragionevole) intenzione del legislatore — alla sola ipotesi in cui la mancata menzione sia dovuta alla circostanza che la fideiussione non è stata rilasciata, e dunque sussista, in primo luogo, una violazione del precetto sostanziale (violazione che determina, « essa », la nullità dell'atto). Sembrerebbe irragionevole, invece, ritenere che la mancata menzione della fideiussione, che sia stata cionondimeno effettivamente rilasciata, possa comportare la nullità del contratto (ma v. BRECCIA, *La forma*, cit., 694, che — sia pure in forma dubitativa — afferma che in questo caso « l'omissione di forma sembra sanzionata in quanto tale con la conseguenza della nullità »).

In questo senso non vediamo differenze (sotto tale profilo) tra la previsione in esame e quella contenuta nell'art. 6 d. lg. 20 giugno 2005, n. 122, che, nel dettare la disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire, statuisce che si debbano inserire nel contratto gli estremi della fideiussione (che il costruttore deve, anche in questo caso, obbligatoriamente rilasciare all'atto della stipula del contratto), ma non ricollega alla omissione della detta forma (lità) la sanzione della nullità del contratto (sanzione che è enunciata

Formazione del contratto

Ma, non meno sproporzionata e irragionevole (in mancanza di una testuale previsione legislativa) la soluzione della nullità si presenta anche nel caso in cui il mancato inserimento nel contratto (scritto) concerna indicazioni oggettivamente marginali (come il domicilio dell'acquirente: per esempio, art. 71 comma 2 lett. a d. lg. n. 206, cit.), o elementi comunque acquisibili (dal consumatore) *aliunde* (esempio: estremi delle leggi regionali che regolano l'uso dell'immobile con destinazione turistico-alberghiera, come richiesti dal combinato disposto dell'art. 70 comma 1 lett. c n. 2 e dell'art. 71 comma 2 d. lg. n. 206, cit.), e magari già forniti dallo stesso venditore (ad esempio attraverso il « documento informativo ») ma poi non riprodotti nel contratto.

Più in generale — considerando l'insieme (eterogeneo) degli elementi (clausole, informazioni, dati, ecc.) di cui si richiede l'inserimento nel contratto — l'impressione è che il legislatore ipotizzi un atto che, per una parte del suo « contenuto », è chiamato a « riprodurre » (e non solo a « richiamare », ad esempio con la classica formula di stile secondo cui « per tutto quanto non previsto trova applicazione la disciplina di legge ») alcune disposizioni di legge che disciplinano il rapporto, di modo che il consumatore abbia immediata contezza dei diritti (e degli obblighi) che con l'instaurazione di esso egli verrà ad acquistare (81); e, al contempo, un atto il cui contenuto « informativo » (riferito questa volta, più in particolare, all'oggetto dello « specifico contratto ») sia sufficientemente ampio, e tale da consentire con immediatezza al consumatore di portare attenzione agli aspetti che normalmente appaiono rilevanti ai fini della conclusione del contratto di cui trattasi.

Orbene, una sanzione (in ipotesi di violazione della prescrizione di « forma ») espressa in termini di nullità dell'atto non pare giustificarsi in relazione a nessuna delle due suddette finalità. Ciò, in ultima analisi, deriva dal fatto che — a ben vedere — non ci si trova qui tanto di fronte ad una disciplina (della forma) dell'atto, quanto piuttosto ad una disciplina « dell'attività ». È come se il legi-

invece, esplicitamente, per la violazione sostanziale dell'obbligo di rilascio della fideiussione).

(81) Si pensi, tanto per fare un esempio, alla previsione di cui all'art. 86 comma 1 lett. f d. lg. n. 206, cit., secondo cui il contratto deve, tra gli altri elementi, indicare « presupposti e modalità di intervento del fondo di garanzia di cui all'articolo 100 »: ciò che non sembra risolversi in altro se non nell'obbligo di riproduzione all'interno del contratto del testo del suddetto articolo (essendo questo il modo più semplice — e perciò di prevedibile adozione — per adempiere alla prescrizione di legge).

slatore — indicando in che modo il contratto dovrebbe essere redatto per corrispondere ad un modello di corretta contrattazione — abbia inteso mettere gli operatori economici in concorrenza (tra loro) anche sul terreno della « qualità della contrattazione » (82), promuovendo, attraverso il controllo esercitato (in forma individuale e collettiva) dai consumatori (83), l'adozione di *standard* elevati di correttezza e professionalità nella contrattazione (con il corollario, alla lunga, della messa fuori mercato degli operatori che non riescano ad adeguarsi a detti *standard*) (84).

Se così è, risulta in conclusione chiaro come la problematica che (forse impropriamente, e di certo con il ricorso ad una terminologia che per molti versi si palesa equivoca e fonte di fraintendimenti) va sotto il nome di « (neo-)formalismo negoziale » non sia altro che un capitolo (o, se si preferisce, un profilo o un aspetto) della più ampia problematica delle pratiche commerciali sleali, problematica della quale ci occuperemo in generale nel paragrafo seguente.

7. (Segue): c) *il divieto di « pratiche commerciali scorrette » nella formazione del contratto e il problema della sanzione per la sua violazione.* — Una trattazione che abbia ad oggetto le novità intervenute, nella legislazione degli ultimi anni, in materia di formazione del contratto non può non far cenno al recente ed importante intervento normativo (d. lg. 2 agosto 2007, n. 146) con cui il legislatore italiano ha dato attuazione alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 maggio 2005, n. 2005/29/CE, relativa alle « pratiche commerciali sleali » tra imprese e consumatori nel mercato interno.

La normativa in esame riformula il contenuto del tit. III della parte II del d. lg. n. 206 del 2005, espungendo da questo titolo la disciplina della « pubblicità ingannevole e comparativa », che pri-

(82) Così JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., 54 ss., specialmente 57.

(83) Non è estranea a tale normativa anche una finalità che si potrebbe definire educativo-pedagogica nei confronti dei consumatori: il che avviene « additando » loro gli aspetti cui prestare attenzione nella stipula di determinati tipi di contratti (e al contempo, in ogni caso, fornendo lo strumento per pretendere che la controparte — ove non lo abbia già fatto, o lo abbia fatto in maniera incompleta — integri il contenuto contrattuale con la serie di elementi che il legislatore indica come necessari).

(84) È per questo che — come giustamente osserva ancora JANNARELLI, *loc. ult. cit.* — si può assegnare al moderno formalismo anche l'obiettivo di « inserire il singolo contratto in un corretto circuito concorrenziale, ovverosia [l'obiettivo di] strutturare il mercato ».

ma vi era ospitata (85), e inserendovi al suo posto (precisamente agli art. 18 ss.) la regolamentazione (nuova) delle « pratiche commerciali scorrette » (86).

La nozione di « pratica commerciale », adottata nella disciplina in esame, è particolarmente ampia, perché essa abbraccia « qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori » (art. 18 comma 1 lett. d d. lg. n. 206, cit.).

Le pratiche commerciali vietate in quanto scorrette sono le pratiche « ingannevoli » (a loro volta suddivise in « azioni ingannevoli » e in « omissioni ingannevoli », così qualificabili in virtù delle fattispecie individuate rispettivamente nell'art. 21 e nell'art. 22 d. lg. n. 206, cit.; mentre l'art. 23 contiene un elenco di « pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli ») e quelle « aggressive » (queste ultime individuate secondo una nozione che si desume dagli art. 24 e 25, con la previsione — anche in questo caso — di una elencazione, contenuta nell'art. 26, di « pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive »).

In particolare, giova evidenziare — per ricollegarsi al discorso svolto nel paragrafo precedente — che la normativa richiamata (87) considera quale pratica commerciale scorretta, fra l'altro, l'« omissione di informazioni rilevanti » (consentire al consumatore medio di) « prendere una decisione consapevole di natura commerciale » (88), con la precisazione che sono (comun-

que) « considerati rilevanti, ai sensi del comma 1, gli obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto » (così il comma 5 dell'art. 22).

Anche la mancata inserzione nel contratto (e, *a fortiori*, la mancata comunicazione all'altra parte) delle informazioni, che le varie disposizioni ricordate nel paragrafo precedente prescrivono come contenuto cosiddetto obbligatorio (o necessario) del contratto medesimo, sembra dunque doversi considerare (e trattare) — come già abbiamo avuto modo di accennare — alla stregua di una pratica commerciale scorretta.

Chi, peraltro, pensasse di risolvere attraverso questa qualificazione il problema (su cui ci siamo già ampiamente soffermati nel paragrafo precedente) di individuare la « sanzione » conseguente alla violazione delle prescrizioni di forma-contenuto (del contratto) dettate dal legislatore, sarebbe destinato a rimanere deluso.

La direttiva comunitaria in materia di pratiche commerciali sleali lasciava infatti liberi i legislatori nazionali di stabilire le conseguenze « privatistiche » (sul terreno della disciplina della formazione, dei vizi del consenso, della validità e della efficacia del contratto) della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali (89).

Il legislatore italiano in particolare non ha ritenuto di introdurre norme specifiche che delincoino rimedi (di tipo invalidatorio ovvero risarcitorio) collegati alla sussistenza, in sé e per sé

zione in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo (art. 22 comma 2).

(89) Cfr. art. 3 § 2 direttiva n. 2005/29/CE, cit., ai sensi del quale le disposizioni della direttiva « non pregiudica[no] l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità ed efficacia di un contratto ». Cfr. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/CE. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in *Le « pratiche commerciali sleali » tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano* a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2007, 1 ss., specialmente 20 ss. e 21, ove si legge che « Non è necessario, ai fini del corretto recepimento del provvedimento comunitario, che i legislatori nazionali apportino, alle norme interne recanti la disciplina generale del contratto — e segnatamente a quelle che regolamentano la formazione dell'accordo, i vizi del volere, le cause di invalidità — mutamenti o innovazioni (destinati ovviamente a valere per i soli contratti conclusi da consumatori con professionisti) al fine di adeguarne i contenuti ai precetti della direttiva 2005/29/CE. In particolare sembra doversi senz'altro escludere che i legislatori siano obbligati dalla direttiva a qualificare come nullo o annullabile il contratto la cui stipulazione sia stata preceduta e condizionata da una pratica commerciale sleale ».

(85) La disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa (anch'essa oggetto di parziale riformulazione da parte dell'art. 14 direttiva n. 2005/29/CE, cit.; mentre la successiva direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 12 dicembre 2006, n. 2006/114/CE ha provveduto a fornire la « versione codificata » di tale disciplina) è, adesso, contenuta nel d. lg. 2 agosto 2007, n. 145, e dunque collocata al di fuori sia del codice civile che del codice del consumo.

(86) È questa l'espressione che il legislatore italiano ha preferito utilizzare, in luogo di quella di « pratiche commerciali sleali », adoperata dal legislatore comunitario.

(87) Il riferimento è, in particolare, al comma 1 dell'art. 22, il quale così recita: « È considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso ».

(88) Sono equiparati alla omissione (ingannevole) anche l'occultamento di informazioni rilevanti, o la loro presenta-

Formazione del contratto

considerata, di una pratica commerciale scorretta (90).

Si tratta di una scelta che denota certamente un atteggiamento prudente, il quale tuttavia non dovrebbe indurre a ritenere che nulla sia cambiato (sotto il profilo dei rimedi civilistici) dopo la introduzione della normativa in esame.

In questa prospettiva, alcuni tra gli autori che per primi hanno esaminato la direttiva sulle pratiche commerciali sleali e il provvedimento legislativo che ne ha dato attuazione nel nostro ordinamento hanno individuato un effetto prevedibile (e, anzi, auspicabile) di tale disciplina nell'allargamento dell'area entro la quale potranno d'ora in poi essere ritenuti sussistenti i vizi del consenso (in particolare il dolo e la violenza morale) (91). Ciò soprattutto in direzione — vista la irrilevanza (nella nuova normativa) del carattere intenzionale ovvero meramente colposo della "ingannevolezza" o della "aggressività" della pratica commerciale (92) — di

(90) L'art. 19 comma 2 lett. a d. lg. n. 206, cit. si è limitato a riprodurre pedissequamente il disposto dell'art. 3 § 2 direttiva n. 2005/29/CE (v. *supra*, nt. 89), stabilendo che « Il presente titolo non pregiudica [...] l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità ed efficacia del contratto ». Dunque, il nostro legislatore non ha ritenuto di accogliere l'auspicio, variamente formulato da diversi autori, di far scaturire « dal compimento di alcune (o di tutte le) pratiche commerciali sleali, conseguenze privatistiche più o meno "eccezionali" » (cfr. ad esempio — prima del recepimento della direttiva — DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, 24 ss., il quale, tra le possibili "sanzioni" che il legislatore avrebbe potuto concepire, indica: a) l'attribuzione di un potere di recesso al consumatore; ovvero b) l'attribuzione al consumatore del potere di invocare la nullità (relativa) del contratto; ovvero ancora c) il riconoscimento di pretese risarcitorie, ovvero di pretese pecuniarie di natura speciale; oppure d) il riconoscimento di valore giuridicamente vincolante alle affermazioni false o comunque ingannevoli contenute nei messaggi pubblicitari e nelle comunicazioni commerciali. E, poco prima, lo stesso autore aveva ricordato altresì come — ad avviso della prevalente dottrina — la direttiva avrebbe consentito, sebbene non imposto, ai legislatori nazionali di ricorrere a rimedi generali, quali l'esplicita previsione di una nullità o di una annullabilità del contratto, concluso a seguito di una pratica commerciale sleale: *ivi*, 13 s.).

(91) Cfr., oltre agli autori citati *infra*, nt. 93, DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, 27 (il quale prospettava questo scenario soprattutto per l'ipotesi — poi in concreto verificatasi — che, in sede di attuazione della direttiva, il legislatore non prevedesse alcun rimedio specifico per le pratiche commerciali sleali).

(92) Cfr. l'art. 11 § 2 direttiva n. 2005/29/CE, cit., laddove esso stabilisce che l'organo giurisdizionale o amministrativo al quale la legislazione nazionale attribuisca il potere di far cessare le pratiche commerciali sleali (o di vietarle, nel caso in cui le stesse non siano ancora state poste in essere) può esercitare tale potere « anche in assenza di prove in merito alla perdita o al danno effettivamente subito, oppure in merito alla intenzionalità o alla negligenza da parte del professionista ». La previsione (che non è stata

una maggiore disponibilità a recepire quelle teorie che (ancor prima dell'introduzione del dato normativo in esame) hanno prospettato la possibilità di estendere l'area del dolo negoziale sino a ricomprendere anche i comportamenti decettivi meramente colposi (cosiddetto dolo colposo) (93), come pure (sebbene con maggior cautela) delle teorie che hanno ipotizzato un superamento della tradizionale affermazione circa la irrilevanza del cosiddetto *dolus bonus* (94).

L'idea non persuade, e, a ben vedere, sembra

tuttavia ripresa dal nostro legislatore: v. il testo dell'art. 27 d. lg. n. 206, cit.), sebbene si riferisca propriamente soltanto all'inibitoria, può considerarsi indicativa di una tendenza ad "oggettivare" la tutela nei confronti delle pratiche commerciali scorrette.

(93) Cfr. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori. L'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il Codice del consumo, in Obbligazioni e Contratti*, 2007, 776 ss. In generale, sulla possibilità di configurare un « dolo colposo » v. SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., 549 ss. Cfr. anche (con riferimento alla direttiva comunitaria) CALVO, *Le pratiche commerciali sleali "ingannevoli"*, in *Le « pratiche commerciali sleali » tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano* a cura di G. DE CRISTOFARO, cit., 147 ss. Quest'ultimo autore, in particolare, sembra muovere nel suo ragionamento (costruito soprattutto attorno alle pratiche ingannevoli) dal presupposto che i caratteri attribuiti dal legislatore comunitario alla « pratica commerciale ingannevole » siano senz'altro trasponibili sul terreno del dolo/vizio del consenso. Di qui, fra l'altro, anche l'auspicio (che Calvo formulava nella prospettiva dell'attuazione, all'epoca ancora non avvenuta, della direttiva comunitaria nell'ordinamento italiano) di una trasposizione che non limitasse l'apparato di tutela alla sola previsione di « azioni inibitorie a difesa dell'interesse collettivo dei consumatori » (con la conseguenza di « generare una netta cesura tra disciplina del singolo contratto e statuto presidiante gli interessi superindividuali dei consumatori »), ma si ponesse il problema di modificare la disciplina del dolo: o in via generale, attraverso un intervento sull'art. 1439 c.c. che espungesse dal novero degli elementi costitutivi della fattispecie l'intenzione di indurre in errore (intervento destinato a incidere sulla nozione del vizio del consenso riferibile a tutti i contratti), o quanto meno attraverso un intervento operato sul codice "di settore" (cioè sul codice del consumo), inserendo in quest'ultimo una regola *ad hoc* in materia di pratiche vizianti il consenso della *partie faible* (cfr. *ivi*, 173).

(94) Per la verità — sebbene, sia nella definizione di « omissione ingannevole » (art. 22 d. lg. n. 206, cit.) sia in quella di « pratica commerciale aggressiva » (art. 24 d. lg. n. 206, cit.), si parli di un (tipo di) giudizio che deve essere svolto con riferimento alla « fattispecie concreta » e « tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso » — la rilevanza dell'informazione (omessa) ai fini della adozione di una decisione consapevole di natura commerciale ovvero l'idoneità della pratica aggressiva a limitare considerevolmente la libertà del contraente sono significativamente riferite ad un "consumatore medio", con valutazione dunque che sembra doversi fare in astratto. Ciò in consonanza con quella valutazione tipica cui alludono anche le formule normative del nostro codice in materia di vizi del consenso (v., ad esempio, l'art. 1435 c.c., dove si dice che la violenza « deve essere di tal natura da fare impressione sopra una

più corretto opinare che il legislatore (sia comunitario che nazionale) abbia ritenuto che non vi sia (necessariamente) coincidenza tra (esistenza di una) pratica commerciale scorretta (per ingannevolezza o per aggressività) e vizio del consenso; ovvero — detto altrimenti — che la presenza di una pratica commerciale qualificabile come « scorretta » non implichi di per sé, nel “singolo rapporto” e con riferimento al “singolo concreto contraente”, l’esistenza di un vizio del consenso.

Il terreno sul quale il legislatore ha mostrato di voler collocare la reazione (specifica) nei confronti delle pratiche commerciali sleali non è quello della tutela individuale (invalidatoria e/o risarcitoria) (95), bensì quello della tutela dell’interesse collettivo dei consumatori (e, più ampiamente ancora, dell’interesse generale del mercato) (96), come dimostra altresì l’attribuzione che il nostro legislatore (sciogliendo l’alternativa prevista dall’art. 11 direttiva n. 2005/29/CE, cit.) ha fatto all’Autorità garante della concorrenza e del mercato del potere (non a caso esercitabile — oltre che « su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse » — “anche d’ufficio”) di inibire la continuazione delle pratiche commerciali (riconosciute come) scorrette (97).

persona sensata », pur aggiungendo che « si ha riguardo in questa materia all’età, al sesso e alla condizione delle persone », ovvero concetti di matrice dottrinale quale appunto quello di *dolus bonus*.

La nozione di consumatore medio sembrerebbe, anzi, innalzare la soglia di irrilevanza del vizio del consenso. La direttiva n. 2005/29/CE, cit. non fornisce (nel corpo dell’articolo) una definizione di consumatore medio; tuttavia nel « considerando » n. 18 si legge che « conformemente al principio di proporzionalità, e per consentire l’efficace applicazione delle misure di protezione in essa previste, la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l’interpretazione della Corte di giustizia » (sui problemi che potranno porsi in sede di applicazione dello *standard* del consumatore medio, cfr. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale “sleale” e i parametri di valutazione della “slealtà”, in Le « pratiche commerciali sleali » tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano* a cura di G. DE CRISTOFARO, cit., 109 ss., specialmente 135 ss.).

(95) Tutela che continuerà comunque ad operare, ricorrendo i presupposti (art. 19 comma 2 lett. a d. lg. n. 206, cit.).

(96) Come ha osservato un autore (che pur non condive questa prospettiva), la direttiva n. 2005/29/CE, cit. « non si preoccupa della tutela individuale del consumatore », e « combatte il pericolo di abuso dell’asimmetria informativa in un’ottica di razionalità ed efficienza del mercato anziché di efficienza e razionalità del singolo scambio » (così CALVO, *op. cit.*, 171 s.).

(97) Cfr. art. 27 d. lg. n. 206, cit., in particolare i commi

Detto ciò, va aggiunto che non è da escludere che anche sul piano della tutela individuale (98) possa comunque individuarsi un effetto “innovativo” indotto dalla direttiva comunitaria sulle pratiche commerciali sleali.

In particolare riteniamo che — pur quando il contratto concluso in presenza di una pratica commerciale sleale sia da considerare un contratto valido (99) — si possa in questo particolare caso ammettere la configurabilità di una responsabilità precontrattuale (*culpa in contrahendo*) (100) dell’autore di una pratica commerciale sleale, in ossequio all’esigenza di fornire un’interpretazione/applicazione del diritto interno non soltanto conforme al diritto comunitario (101), ma altresì idonea a dare ad esso il massimo effetto utile possibile.

La responsabilità di cui si è detto — con la caratteristica di poter essere fatta valere, in ipotesi, nonostante la valida conclusione del contratto (vale a dire, benché manchino i presupposti per poter ritenere il contratto annullabile per un vizio del consenso) — è, a nostro avviso, operante solo nei rapporti contrattuali tra professionisti e consumatori (a cui soltanto si applica la direttiva sulle

2, 8 e 9. La scelta di attribuire il controllo sulle pratiche commerciali sleali all’Autorità garante della concorrenza e del mercato è indicativa della connotazione essenzialmente oggettiva che il legislatore ha inteso dare alla tutela nei confronti di tali pratiche, considerate lesive (oltre che degli interessi dei singoli) anche del corretto svolgimento della concorrenza nel mercato.

(98) Che potrà naturalmente pur sempre azionarsi “anche nella forma della impugnativa negoziale per annullabilità”, se ricorrano i presupposti delle tradizionali fattispecie dei vizi del consenso.

(99) Come potrebbe accadere, una volta che si acceda all’idea che la (accertata) sussistenza di una pratica commerciale qualificabile come scorretta non implichi “di per sé” (e, dunque, “sempre” e “nei confronti di qualunque soggetto” che abbia in concreto concluso un contratto con l’autore della pratica scorretta) la configurabilità di un vizio del consenso (dolo o violenza), e quindi l’annullabilità (invalidità) del contratto.

(100) La configurabilità di una pretesa risarcitoria a titolo di *culpa in contrahendo* è, invece, pacifica nei casi in cui il contratto sia invalido. In questo caso, la dottrina prevalente ammette, poi, che la pretesa risarcitoria possa essere avanzata (autonomamente, e cioè) anche quando la parte interessata rinunci a chiedere l’annullamento del contratto (limitandosi a far valere soltanto la responsabilità della controparte).

(101) Al qual proposito, è opportuno ricordare che la direttiva n. 2005/29/CE, cit. impone agli Stati di predisporre « mezzi adeguati ed efficaci » per combattere le pratiche commerciali sleali (art. 11 § 1), e di prevedere in particolare sanzioni « effettive, proporzionate e dissuasive », adottando tutti i provvedimenti necessari per garantire l’applicazione della normativa in esame (art. 13).

Formazione del contratto

pratiche commerciali sleali): rapporti nei quali, pertanto, si inserisce adesso questo ulteriore strumento di tutela del contraente debole, in deroga al tradizionale principio secondo il quale l'avvenuta valida conclusione del contratto "assorbe" (di regola) eventuali scorrettezze che una parte abbia commesso nella fase precontrattuale (scorrettezze che, in tal caso, avranno modo di rilevare solo se e in quanto si traducano in un inadempimento del contratto) (102).

8. (Segue): d) *gli obblighi di informazione*. — Ma, se si volesse individuare il tratto che in maniera più incisiva (e quasi emblematica) connota lo statuto normativo dei contratti dei consumatori, questo tratto dovrebbe individuarsi senza dubbio — e si tratta di un dato già in qualche modo emerso nei paragrafi precedenti — nella previsione di penetranti e pervasivi obblighi di informazione posti a carico del contraente professionista (103).

(102) Va da sé che quella che nel testo viene indicata come una novità (rispetto al diritto comune dei contratti), indotta dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, non è affatto tale per l'orientamento che afferma in generale (dunque, anche al di fuori delle relazioni contrattuali tra professionisti e consumatori, e naturalmente anche al di là della specifica fattispecie delle pratiche commerciali scorrette) la compatibilità tra validità del contratto e *culpa in contrahendo*. Per questo orientamento, in dottrina v., per tutti, MANTOVANI, « *Vizi incompleti* » del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995, *passim* (contra, D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, e, più di recente, *Id.*, *Responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto* a cura di V. ROPPO, cit., vol. V. *Rimedi* - 2 a cura di V. ROPPO, specialmente 1007 ss.).

In giurisprudenza, la generale compatibilità è stata di recente affermata da Cass. 29 settembre 2005, n. 19024 (in *Danno e responsabilità*, 2006, 25 ss., con nota di ROPPO e AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*), e da ultimo ribadita da Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 (in *Corr. giur.*, 2008, 223 ss., con commento di MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*; nonché in *I Contratti*, 2008, 221 ss., con commento di SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*).

(103) Sul tema degli obblighi di informazione esiste ormai una letteratura sterminata, di cui non è possibile dar conto. Ci limitiamo, pertanto, a segnalare: GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Europa e diritto privato*, 2000, 257 ss.; e, per un quadro di sintesi, relativamente al nostro ordinamento, GRISI, *Gli obblighi di informazione, in Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* a cura di S. MAZZAMUTO, cit., 144 ss., e ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 747 ss.

Il dato si comprende agevolmente, sol che si rifletta sul fatto che vi è assoluta concordia ormai nel rinvenire la *ratio* dell'intervento legislativo in questo settore nell'esistenza di una fondamentale "asimmetria informativa" che caratterizzerebbe la posizione reciproca del *professionnel* e della sua controparte "profana"; asimmetria che il legislatore (sia comunitario che nazionale) tenderebbe a ridurre (se non ad eliminare) attraverso la previsione, appunto, dei suddetti obblighi informativi.

Non è un caso, allora, che l'art. 1 l. 30 luglio 1998, n. 281 (« *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti* ») — ora trasfuso nel codice del consumo (art. 2 d. lg. n. 206 del 2005) — ponga tra i diritti che sono riconosciuti come « fondamentali » (104) per i consumatori e per gli utenti quello « ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità ».

Va premesso che gli obblighi informativi che formeranno oggetto, in questa sede, di considerazione sono quelli che si inseriscono nel contesto di una (specifica) relazione contrattuale — e, più in particolare, di una relazione "in corso di instaurazione" (105) —, mentre resterà fuori dalla nostra considerazione la regolamentazione dell'informazione *in incertam personam*, o, come anche può

(104) Come ha osservato ALPA, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, *sub art.* 2, 31, il termine « fondamentali » è « un'espressione un po' enfatica, che non intende includere questi diritti *tout court* nella categoria dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, ma sottolineare che questi sono i diritti di base garantiti a tutti i consumatori in quanto tali ».

Si noti, peraltro, che il rango, per dir così, "costituzionale" del diritto (del consumatore) all'informazione sembrerebbe potersi desumere dalle norme dell'ordinamento comunitario (direttamente operante, nella specie, nell'ambito degli ordinamenti interni), e precisamente dalla previsione di tale diritto nel Trattato CE, che all'art. 153 stabilisce nel § 1: « Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi ». Si tratta, peraltro, di una disposizione avente un chiaro valore programmatico, e che dunque non sembra idonea come tale ad attribuire, ai singoli, diritti che possano essere senz'altro fatti valere con riferimento ad una specifica relazione contrattuale.

(105) Obblighi di fornire (determinate) informazioni alla controparte possono innestarsi anche in una relazione (contrattuale) "già instaurata", e costituire effetti (legali o convenzionali, principali o accessori) del contratto. Di questi obblighi (che potremmo definire contrattuali, in senso stretto) non ci occuperemo, mentre esamineremo gli obblighi precontrattuali di informazione, che sono quelli che concernono la fase di formazione del contratto.

essere chiamata, “informazione al mercato” (106).

Una prima ricognizione di fonti normative comunitarie che prevedono obblighi di informazione contrattuale (mescolate peraltro a fonti che riguardano invece quella che, per contrapposto, costituisce — come si è appena detto — l’informazione al mercato) (107) si trova nell’all. II alla citata

(106) Il tema della “informazione al mercato” costituisce uno degli aspetti più rilevanti della moderna legislazione in materia economica, e riveste ormai un posto centrale nella più recente attività normativa dell’Unione europea: basti qui ricordare, a titolo peraltro puramente esemplificativo: la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 28 gennaio 2003, n. 2003/6/CE, sull’abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato (cosiddetta direttiva sugli abusi di mercato), e le direttive che le hanno dato attuazione — vale a dire: la direttiva della Commissione 22 dicembre 2003, n. 2003/124/CE (riguardante la definizione e la comunicazione al pubblico delle informazioni privilegiate e la definizione di manipolazione del mercato), nonché la direttiva della Commissione 22 dicembre 2003, n. 2003/125/CE (relativa alla corretta presentazione delle raccomandazioni di investimento e la comunicazione al pubblico di conflitti di interesse), e la direttiva della Commissione 29 aprile 2004, n. 2004/72/CE (recante modalità di esecuzione della direttiva n. 2003/6/CE, cit. per quanto riguarda le prassi di mercato ammesse, la definizione di informazione privilegiata in relazione agli strumenti derivati su merci, l’istituzione di un registro delle persone aventi accesso ad informazioni privilegiate, la notifica delle operazioni effettuate da persone che esercitano responsabilità di direzione e la segnalazione di operazioni sospette) —; la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 4 novembre 2003, n. 2003/71/CE (relativa al prospetto informativo per offerte pubbliche e per l’ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari), unitamente al reg. CE della Commissione 29 aprile 2004, n. 809/2004 (recante modalità di esecuzione della direttiva n. 2003/71/CE, cit. per quanto riguarda le informazioni contenute nei prospetti, il modello dei prospetti, l’inclusione delle informazioni mediante riferimento, la pubblicazione dei prospetti e la diffusione di messaggi pubblicitari); la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 15 dicembre 2004, n. 2004/109/CE, sugli obblighi di trasparenza riguardanti le informazioni sugli emittenti di valori mobiliari.

Anche nella dottrina italiana, il tema dell’informazione al mercato ha richiamato, in questi ultimi anni, l’attenzione di molti autori: senza alcuna pretesa di completezza v., ad esempio, BARCELONA E., *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, Torino, 2003; FIORI G., *Corporate governance e qualità dell’informazione esterna d’impresa*, Milano, 2003; PERRONE A., *Informazione al mercato e tutela dell’investitore*, Milano, 2003; DI AMATO A., *Il danno da informazione economica*, Napoli, 2004; RORDORF, *Importanza e limiti dell’informazione nei mercati finanziari*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 773; BRUNO, *L’azione per danni da informazione non corretta sul mercato finanziario: diritto comune e legislazione speciale*, in *Contratto e impresa*, 2001, 1287. Per un quadro sintetico di questa materia v., di recente, anche il saggio di ZENO-ZENCOVICH, *Profili di uno statuto dell’informazione economica e finanziaria*, in *Dir. inform.*, 2005, 929 ss.

(107) Per (obblighi di) “informazione contrattuale” intendiamo, dunque — lo precisiamo ulteriormente — quegli obblighi (che possono, a loro volta, collocarsi nella fase precedente o concomitante alla conclusione del contratto,

direttiva n. 2005/29/CE, sulle pratiche commerciali sleali) (108).

Si ricorderà che, ai sensi di questa normativa (sulla quale ci siamo soffermati nel paragrafo precedente), costituisce una pratica commerciale sleale (e precisamente una omissione ingannevole) quella che ometta « informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno [...] per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induca o sia idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso » (art. 7 comma 1 direttiva n. 2005/29/CE, cit.).

Orbene, tra le « informazioni rilevanti » rientrano, appunto — ai sensi dell’ultimo comma dell’art. 7 —, quelle qualificate come doverose dalle direttive comunitarie di cui al citato all. II.

Inoltre, “in caso di invito all’acquisto”, il comma 4 dell’art. 7 considera comunque « rilevanti » (109), e perciò dovute (a meno che non risultino già evidenti dal contesto), le informazioni concernenti:

- le caratteristiche principali del prodotto (in misura che possa dirsi adeguata, tenuto conto del mezzo di comunicazione e del tipo di prodotto);
- l’indirizzo geografico e l’identità del professionista;
- il prezzo comprensivo delle imposte ovvero — nel caso in cui la natura del prodotto comporti l’impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo — le modalità di calcolo del

ovvero nella fase esecutiva, connotandosi pertanto e specificamente ora come obblighi precontrattuali ora come obblighi contrattuali) che sono imposti al professionista in riferimento alla singola operazione contrattuale, e che concernono (pertanto) informazioni da fornire “in forma individuale” (ancorché possa trattarsi di informazioni standardizzate) alla singola controparte negoziale. Sulla distinzione degli obblighi di informazione contrattuale a seconda della fase in cui essi si collocano, v. GRISI, *Gli obblighi di informazione*, cit., 149.

(108) Come si accenna nel testo, le direttive menzionate nell’all. II sono tanto direttive relative alla informazione al mercato (o informazione *in incertam personam*) quanto direttive che concernono quella che abbiamo chiamato informazione contrattuale (o informazione al contraente). Ciò dimostra, fra l’altro, che non è possibile tracciare una distinzione netta tra i due tipi di informazione, tanto che, anche sul piano dei rimedi, la dottrina non ha mancato di osservare che « flussi di informazione forniti *ad incertam personam*, se e in quanto suscettibili di raggiungere il pubblico dei “consumatori medi” e di influenzarne le determinazioni contrattuali, non rimangono sempre esterni ed estranei alle sorti del singolo, futuro ed eventuale, contratto » (così ALESSI, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo* a cura di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, II, Milano, 2007, 391 ss., 401).

(109) Anche al di là di quanto stabilito nelle direttive indicate nell’all. II.

Formazione del contratto

prezzo (e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore);

– le modalità di pagamento, consegna, esecuzione e trattamento dei reclami qualora esse siano difformi dagli obblighi imposti dalla diligenza professionale;

– l'esistenza di un diritto di recesso o scioglimento del contratto per i prodotti e le operazioni commerciali che comportino tale diritto.

Come emerge da quest'ultima previsione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali (ma l'osservazione si può estendere anche agli obblighi informativi già presenti nelle direttive precedenti), talune di quelle che vengono adesso qualificate come « informazioni rilevanti » sono, in realtà, « elementi » in assenza dei quali il contratto (eventualmente concluso) sarebbe nullo ai sensi dell'art. 1346 c.c., per indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto (110): basti pensare all'indicazione del prezzo (o del modo per determinarlo).

Detto ciò, resta vero che l'area delle « informazioni rilevanti » — e perciò dovute, ai sensi e per gli effetti della norma citata (111) — è più estesa di quella che tradizionalmente si identifica con la descrizione degli elementi essenziali del contratto, e cioè dell'oggetto e della causa (elementi su cui deve risultare l'« accordo », ed elementi altresì che — in ipotesi di contratto solenne — devono essere rivestiti dalla « forma » richiesta).

Anche a fermarsi alla disposizione dell'art. 7 § 4 direttiva n. 2005/29/CE, cit., è subito evidente invero che i doveri di informazione hanno un contenuto assai vario, che non riguarda appunto i soli elementi essenziali dell'atto, ma si estende ad esempio alle modalità di esecuzione del rapporto (modalità di pagamento del prezzo, modalità di consegna del bene, ecc.), e comprende altresì la evidenziazione al consumatore di alcuni diritti (spesso di fonte legale; tipico è il caso dell'informazione sull'esistenza del diritto di recesso) a lui spettanti, anche in relazione ad eventuali inadempimenti della controparte.

E, allora, già sulla base di quanto sin qui osservato, è agevole desumere che i variegati ob-

(110) E, prima ancora, difetterebbe la possibilità stessa di individuare una proposta contrattuale (la quale — com'è noto — deve contenere gli elementi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta).

(111) È appena il caso di sottolineare che la disciplina in esame si applica ai rapporti contrattuali tra un professionista e un consumatore.

blighi informativi che il legislatore (specie comunitario) prevede non possono essere posti tutti sullo stesso piano, e nemmeno possono (in caso di violazione) comportare l'applicazione di identici rimedi.

Intanto, quando la cosiddetta « informazione » (112) riguarda gli elementi essenziali del contratto (ad esempio, l'oggetto) — onde l'omissione della informazione dovuta si risolva nella mancanza ovvero nella indeterminatezza/indeterminabilità di un requisito dell'atto —, la conseguenza non potrà che essere la nullità (ai sensi del comma 2 dell'art. 1418 c.c.).

A questo riguardo, si è peraltro sostenuto che l'omissione della informazione dovuta — quale che sia il contenuto informativo che risulti non comunicato alla controparte (e purché si tratti di informazioni che servono alla formazione di un consenso libero e consapevole) — avrebbe sempre una rilevanza invalidatoria, perché attesterebbe la mancanza (o, comunque, il vizio) di un elemento essenziale del contratto, anzi dell'elemento fondamentale, vale a dire l'accordo (113).

Alla base di questa affermazione c'è l'idea che elemento essenziale del contratto sia non il consenso (114), bensì il « consenso informato », in assenza del quale — si afferma — il contratto non potrebbe che essere invalido (115), salvo poi a vedere se l'invalidità che viene in gioco sia l'annullabilità (per vizio del consenso) ovvero (come la dottrina in esame mostra di ritenere preferibile) la nullità (sia pure relativa, cioè con legittimazione a farla valere riservata al solo contraente che lamenti la violazione di un obbligo informativo gravante sulla controparte) (116).

(112) È evidente che i dati descrittivi dell'oggetto del contratto sono dati su cui le parti non si scambiano « (mere) informazioni », bensì manifestano il loro consenso (ponendo in essere, sotto questo profilo, dichiarazioni di volontà, e non meri atti di conoscenza). Cfr. anche *infra*, nt. 117.

(113) Cfr. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I Contratti*, 2008, 393 ss., specialmente 399 ss.

(114) Naturalmente alludiamo qui non ad un consenso « vuoto » (che sarebbe difficile anche immaginare), bensì ad un consenso che si manifesti in relazione ad un oggetto (determinato) e ad una causa.

(115) Così GENTILI, *op. ult. cit.*, 399, il quale afferma che « elemento essenziale del contratto è proprio, ed è sempre stato, il *consenso informato* ». Definiscono giustamente come « fortemente eversivo » del concetto di accordo delle parti asserire che elemento essenziale del contratto sarebbe non già il mero accordo, bensì l'accordo informato, ROPPO e AFFERNI, *Dai contratti finanziari ai contratti in genere*, cit., 32 (in relazione ad un'affermazione incidentale che si legge in Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, citata *supra*, nt. 102).

(116) Cfr., ancora, GENTILI, *op. ult. cit.*, specialmente 401 s. (ove si discorre di una nullità per violazione dell'or-

Contro la tesi così sinteticamente riassunta va ribadito con decisione che requisito del contratto è l'«accordo», senza ulteriori qualificazioni. Il «vizio» del consenso contrattuale, eventualmente derivante dalla mancata comunicazione di informazioni (117) che il contraente aveva diritto di ottenere dall'altra parte, potrà se del caso rilevare come causa di annullabilità del contratto per dolo — e solo a condizione, del resto, che il raggirò risulti essere stato determinante ai fini della decisione di concludere il contratto (118) —, ma non potrà «di per sé» (almeno in linea di principio) determinare la nullità dell'atto.

Anche quando il legislatore ritenga di «rafforzare» (per così dire) gli obblighi informativi stabilendo che il contratto debba «contenere» le informazioni prescritte, e che esso debba essere concluso «in forma scritta», non si potrà egual-

dine pubblico economico di protezione, e, ancora, di una nullità «per asimmetria informativa e quindi mancanza di accordo», il quale — pur parlando di due soluzioni entrambe possibili (annullabilità o nullità di protezione) — onde la scelta sarebbe «una questione di opportunità, non di verità» — ritiene che, delle due, la soluzione della «nullità speciale» sia «la più coerente, oltretutto alle esigenze di giustizia del caso singolo, alla funzione di regolazione del mercato e tutela di interessi generali» che le normative sugli obblighi informativi perseguono.

(117) Dovrebbe ormai risultare chiaro che per «informazioni» (nel senso proprio del termine) intendiamo la comunicazione di dati che non attengono all'oggetto e alla causa del contratto di cui si discute, perché in quest'ultimo caso (cioè rispetto a questi ultimi dati) il profilo assorbente è quello della volontà (consenso), onde l'accertamento circa la trasmissione di questi dati serve a verificare se vi sia (l'accordo sull'oggetto del contratto, e se l'operazione conclusa dalle parti abbia una causa. È pacifico, quindi, che in questo caso (ma solo in questo caso) l'omissione di tali cosiddette informazioni tocca effettivamente i requisiti dell'atto, e si ripercuote sulla validità dello stesso.

Sembra in linea con quanto appena sostenuto l'affermazione secondo la quale «il tema dell'informazione (pre) contrattuale deve ancora guadagnare un approccio meno generalizzante che sappia discernere e distinguere regole volte a promuovere o imporre una completa e chiara «comunicazione delle condizioni e del contenuto contrattuale» (dalla parte predisponente all'altra), vincolando la parte alle dichiarazioni così rese, e regole volte a promuovere o imporre il trasferimento da un partner all'altro (anche) di «elementi di conoscenza e/o valutazione» suscettibili di far luce sulla convenienza dell'operazione economica e dunque di influenzare più incisivamente la decisione di contrarre» (così ALESSI, *I doveri di informazione*, cit., 402 s.).

(118) Ove la rilevanza in concreto del raggirò (omessa informazione) si sia limitata ad incidere solamente sulle condizioni alle quali l'accordo è stato concluso (in particolare inducendo il contraente a prestare il proprio consenso ad un regolamento per lui non conveniente, o meglio meno conveniente di quello che avrebbe accettato se avesse potuto esprimere un consenso consapevole), allora ricorrerà la figura del «dolo incidente», e il contratto non potrà essere neanche annullato, rimanendo quale unico rimedio accordato al *deceptus* il risarcimento del danno (art. 1440 c.c.).

mente parlare di una rilevanza invalidatoria (questa volta «per mancanza di forma») della omissione delle informazioni dovute. Come già abbiamo chiarito (v. *supra*, § 6), infatti, la mancanza nel testo del contratto — che si suppone, in ipotesi, sia stato concluso nella forma prescritta (119) — di una o più delle (singole) informazioni prescritte potrà avere eventualmente conseguenze di altro tipo (120), ma non potrà di per sé determinare la nullità del(l'intero) contratto.

Quanto sin qui detto consente dunque di fissare, se pure solo in prima approssimazione, i seguenti punti: 1) è necessario distinguere vari tipi di «informazioni contrattuali», differenziandoli in relazione al loro contenuto; 2) in corrispondenza della suddetta diversità di tipi di informazioni contrattuali, è ragionevole ipotizzare che si profili (o, quanto meno, possa profilarsi) anche una pluralità di funzioni che l'informazione contrattuale mira a realizzare; 3) è plausibile assumere, infine, la configurabilità di una pluralità di possibili rimedi rispetto alla violazione dei diversi tipi di informazione dovuta, e, alla luce del diritto positivo, talora, financo, rispetto alla violazione di uno stesso tipo di obbligo informativo (121).

Si aggiunga che le violazioni degli obblighi informativi sin qui considerate sono solo quelle che consistono nella omissione delle informazioni dovute. Non meno rilevante è, tuttavia, l'ipotesi in

(119) Se lo stesso contratto non sarà stato concluso nella forma prescritta *ad substantiam*, la nullità di esso seguirà per difetto dell'elemento essenziale della forma, non per la violazione degli obblighi informativi.

(120) Ad esempio comportare l'irrogazione di sanzioni amministrative al professionista che predisponga e/o utilizzi modelli contrattuali lacunosi e incompleti.

(121) Si consideri, ad esempio, la violazione dell'obbligo di informare il consumatore circa l'esistenza di un suo diritto di recedere dal contratto (il cosiddetto *ius poenitendi*). In sede di attuazione della direttiva n. 85/577/CEE, cit., sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali (una delle prime direttive che hanno previsto l'informativa sul recesso), il legislatore italiano ha previsto come sanzione civilistica per la violazione in questione l'allungamento del termine per l'esercizio del diritto di recesso (v. art. 6 d. lg. n. 50 del 1992, ora art. 65 comma 3 d. lg. n. 206 del 2005).

Se, tuttavia, si passa ad esaminare qualche altra normativa, può capitare di imbattersi nella previsione di sanzioni affatto diverse per la violazione del medesimo obbligo: e così, ad esempio, in materia di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, l'art. 16 comma 4 d. lg. n. 190 del 2005 (ora art. 67-septies decies d. lg. n. 206, cit.) ha previsto — con norma, peraltro, singolarissima — la nullità del contratto per il caso in cui il fornitore ostacoli l'esercizio del diritto di recesso, fattispecie che potrebbe ben concretizzarsi appunto attraverso l'omissione del dovere di informare il consumatore circa la possibilità di esercitare lo *ius poenitendi*.

Formazione del contratto

cui le informazioni vengano fornite da chi è obbligato a farlo, ma siano (o si rivelino *ex post*) false o comunque ingannevoli.

Qui — a parte le previsioni contenute nella normativa (cui già si è fatto cenno) sulle pratiche commerciali scorrette — va evidenziato come nelle discipline in materia sia contemplato (almeno in taluni casi) un tipo di rimedio particolarmente efficace, il quale consiste nell'“attribuire carattere vincolante all'informazione precontrattuale”, attraverso la previsione secondo cui gli elementi del contenuto contrattuale risultanti dalle informazioni fornite in questa fase (ad esempio mercé il rilascio alla potenziale controparte contrattuale di un « documento informativo ») “non possono essere modificati”, salvo che le modifiche siano dovute a circostanze indipendenti dalla volontà del professionista (122).

La peculiarità del rimedio consiste in quella che potrebbe chiamarsi la “neutralizzazione dell'inganno”, con l'esclusione *in radice* della possibilità, per l'autore dell'informazione decettiva, di avvantaggiarsene facendo poi valere un (diverso) regolamento (difforme da quello pubblicizzato), inserito più o meno “sorprendentemente” nel contratto. Correlativamente, si consente al consumatore di respingere (pur avendolo — in ipotesi — accettato, con la stipulazione dell'atto) il contenuto contrattuale, nella parte in cui esso risulta difforme dalle condizioni che avevano formato oggetto di pubblicità (123), “senza tuttavia che ciò comporti rinuncia al rapporto” (come avviene, invece, quando il contraente esercita il recesso-*ius*

(122) Cfr. art. 2 comma 3 d. lg. n. 427 del 1998 (ora art. 70 comma 3 d. lg. n. 206, cit.) sulla tutela dell'acquirente nei contratti relativi all'acquisizione di diritti di godimento a tempo parziale di beni immobili, ai sensi del quale « Il venditore non può apportare modifiche agli elementi del documento [informativo] di cui al comma 1, a meno che le stesse non siano dovute a circostanze indipendenti dalla sua volontà; in tale caso le modifiche devono essere comunicate alla parte interessata prima della conclusione del contratto ed inserite nello stesso ».

Un modello rimediabile simile era stato già previsto nell'art. 117 comma 6 t.u. bancario, il quale sancisce — com'è noto — la nullità delle clausole dei contratti bancari che prevedano «tassi prezzi o condizioni più sfavorevoli ai clienti di quelli pubblicizzati». In tal caso — come precisa il successivo comma 7 lett. b — si applicano i prezzi e le condizioni pubblicizzati nel corso della durata del rapporto.

(123) L'ipotesi è, evidentemente, quella che si tratti di contratti predisposti (unilateralmente), e quel che si vuole evitare (e sanzionare, rendendola vana) è — fra l'altro — la scorrettezza del contraente che, dopo aver fornito determinate informazioni sul contenuto contrattuale, sottopone (a sorpresa, e cioè senza alcuna segnalazione) alla controparte un testo contrattuale modificato rispetto a quello che era stato prospettato come oggetto di stipulazione.

poenitendi) (124), pretendendo di considerare efficaci (in luogo di quelle riportate nel contratto) le condizioni che avevano formato oggetto di informativa precontrattuale.

Sez. III. — LA FORMAZIONE DEL CONTRATTO
E I CONTRATTI TRA IMPRESE.

9. *Premessa: i « contratti diseguali di impresa » (l'area del cosiddetto « terzo contratto »).* — Il secondo ambito al quale dobbiamo adesso volgere l'attenzione è quello dei « contratti tra imprese », e più specificamente l'ambito di quelle relazioni in cui le imprese contraenti si presentino (l'una rispetto all'altra) in situazione di asimmetria di potere contrattuale.

A relazioni contrattuali così connotate (e sotto questo profilo — almeno *prima facie* — suscettibili di una considerazione unitaria) fanno riferimento alcune normative — pienamente ascrivibili al « nuovo diritto dei contratti » — che, con significativa novità, danno appunto rilevanza, anche in materia di rapporti contrattuali tra professionisti, a situazioni di debolezza di uno dei contraenti, sanzionando variamente l'“abuso” dell'altro (contraente), e ricorrendo a tecniche rimediali notevolmente distanti da quelle del modello contrattuale “classico” (125).

Il riferimento va, principalmente, a leggi come la l. 18 giugno 1998, n. 192, sulla subfornitura (v., specialmente, l'art. 9, che delinea la ben nota fattispecie dell'« abuso di dipendenza economica »), oppure al d. lg. 9 ottobre 2002, n. 231 (sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali), o, più recentemente, alla l. 6 maggio 2004, n. 129 (sul contratto di *franchising*).

Anche in questo caso — al pari di quanto già fatto con riferimento ai contratti dei consumatori — la considerazione di tali normative sarà limitata alle novità che attengono al profilo della formazione del contratto.

10. *Formalismo negoziale e contratti tra imprenditori.* — Le normative riconducibili all'area della « contrattazione diseguale tra imprese » con-

(124) Si noti, oltre tutto, come la possibilità di chiedere l'inserimento nel contratto delle condizioni “pubblicizzate” — in sostituzione di quelle difforme, e mantenendo in vita il rapporto — potrebbe rivelarsi utile, soprattutto nei casi in cui il termine (in genere, alquanto breve) per l'esercizio del diritto di recesso sia già decorso.

(125) Sui temi ai quali si allude nel testo v. in generale le relazioni raccolte in *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese* a cura di G. GITTI e G. VILLA, cit.

sentono di evidenziare diverse peculiarità riguardo al profilo della formazione del contratto, sebbene non sia questo (almeno in apparenza) il terreno sul quale principalmente si sviluppa la tutela del contraente-imprenditore “debole” (126).

Un primo esempio che merita di essere segnalato può trarsi dalla disciplina della subfornitura. L'art. 2 comma 1 l. n. 192 del 1998 prescrive — confermando, anche oltre l'ambito dei contratti dei consumatori, l'utilizzazione ormai generalizzata del formalismo negoziale in funzione (*lato sensu*) protettiva (127) — che « Il rapporto di subfornitura si instaura con il contratto, che deve essere stipulato in forma scritta a pena di nullità ».

Tralasciando la previsione (nello stesso comma) di una sorta di sanatoria di codesta nullità (formale) ove (e per il periodo durante il quale) il rapporto abbia avuto comunque esecuzione (128), interessa menzionare soprattutto la previsione del comma 2 della disposizione in esame, norma indubbiamente singolare, e la cui *ratio* non è affatto facile da decifrare.

L'art. 2 comma 2 sembrerebbe invero prevedere una fattispecie di conclusione del contratto

(126) A volte, anzi, il legislatore (comunitario) si preoccupa di evidenziare esplicitamente che la normativa introdotta « non incide sulle disposizioni nazionali relative alle modalità di conclusione dei contratti o che disciplinano la validità delle clausole contrattuali abusive nei confronti del debitore » (così il « considerando » n. 19 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 29 giugno 2000, n. 2000/35/CE, sulla lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali).

(127) Il ricorso alla prescrizione di oneri formali (*ad substantiam actus*) è, invero, sempre più diffuso anche nell'area della contrattazione tra imprese (o, comunque, tra professionisti): oltre all'art. 2 l. n. 192, cit., di cui specificamente ci occupiamo, cfr. l'art. 3 l. n. 129 del 2004 (in materia di *franchising*) e il comma 4 dell'art. 4 d. lg. n. 231 del 2002 (che prescrive l'onere della forma scritta relativamente al patto con cui si stabilisce un termine di pagamento superiore a quello legale).

Talora, il requisito di forma è previsto non *ad substantiam*, bensì *ad probationem*: è quanto accade, ad esempio, per il contratto di agenzia (art. 1742 c.c.).

(128) Stabilisce difatti, l'ultima parte del comma 1 dell'art. 2 che « In caso di nullità ai sensi del presente comma, il subfornitore ha comunque diritto al pagamento delle prestazioni già effettuate e al risarcimento delle spese sostenute in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto ». La norma riecheggia chiaramente l'analoga previsione che l'art. 2126 c.c. detta (con formulazione, peraltro, più ampia e complessa) con riguardo al contratto di lavoro subordinato (e a tutela, in quel caso, del lavoratore nei confronti del datore di lavoro), anche se qualche autore ha tenuto a precisare che « non si tratta di una “giuslavorizzazione” del rapporto fra imprese »: così MUSSO, *La subfornitura*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* a cura di F. GALGANO, *Libro quarto. Delle obbligazioni* (Titolo III. *Dei singoli contratti*, *Supplemento, Legge 18-6-1998 n. 192*), Bologna-Roma, 2003, 113.

mediante esecuzione, sebbene risulti subito evidente che non si tratta di una ipotesi riconducibile alla previsione (generale) dell'art. 1327 c.c., giacché in quest'ultima norma la possibilità di un siffatto particolare procedimento di formazione è consentita solo quando vi sia una richiesta in tal senso del proponente, ovvero lo esigano la « natura dell'affare » o gli « usi », e nessuna delle ipotesi in questione sembra ricorrere nella specie (129); onde non resterebbe che concludere, sotto questo primo profilo, che la norma in esame finisce per introdurre una (nuova e) specifica fattispecie legale di conclusione del contratto mediante esecuzione.

La singolarità più rilevante è tuttavia quella secondo cui la conclusione del contratto “mediante esecuzione” viene, in questo caso, ad essere profilata in relazione ad un contratto “formale”; e non si vede come un comportamento “materiale” (qual è quello evocato dal concetto di esecuzione del contratto) possa mai integrare gli estremi di un'accettazione formale.

È la stessa norma in esame, del resto, a mettere in evidenza la palese *factio iuris* in cui si risolve l'equiparazione della iniziata esecuzione alla “ac-

(129) Si è ipotizzato, invero, che — nel caso della subfornitura — ricorra un “uso”, e cioè quello della conclusione del contratto mediante semplici ordini orali, sicché la norma dell'art. 2 l. n. 192, cit. sarebbe in definitiva (se intendiamo bene la tesi in discorso) ricognitiva di un tale “uso”, e avrebbe la funzione di esonerare (il giudice) dalla verifica della sua ricorrenza ai fini dell'applicazione ai singoli casi (cfr. BERTI e GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, rist. aggiornata, Milano, 2005, *sub art.* 2, 56).

Non si dispone di elementi per ritenere fondata o meno una simile tesi. È agevole tuttavia osservare che, verisimilmente, la prassi contrattuale (ammesso pure che gli usi, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1327 c.c., possano essere identificati *lato sensu* con le prassi contrattuali, come mostrano di ritenere gli autori citati) in materia di subfornitura non fosse, anteriormente alla l. n. 192, cit., uniforme o unitaria. Anzi, in qualche contributo risalente proprio a quegli anni si segnalava specificamente una « divaricazione tra *prassi contrattuale informale* — caratterizzata da forme embrionali di pura commessa se del caso consegnate a lettere di ordinazione da controfirmare e ritornare per accettazione (quando addirittura non si tratti di ordinativi telefonici) » — e l'area della cosiddetta « subfornitura integrata » contraddistinta dalla stesura di « convenzioni scritte di largo respiro » (sebbene — si avverte subito — costituite più che altro da condizioni generali predisposte dal committente: così CASO, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 243 ss. nt. 2, ove si richiama altresì il contributo di PARDOLESI, *Subfornitura industriale e diritto: un rapporto difficile*, in *L'artigianato nell'economia e sul territorio. Analisi delle tendenze evolutive* a cura di U. GOBBI, Roma, 1985, 138 ss., 140).

Formazione del contratto

ettazione scritta" (130) (« il contratto si considera concluso agli effetti della presente legge ») (131). Ma il riconoscimento che ci si trova di fronte ad una (consapevole) *factio iuris* non basta a consentire una ricostruzione in termini coerenti e razionali di una norma che, da qualunque lato si consideri, rischia di conservare un qualche tratto di anomalia.

La disposizione in esame sicuramente attribuisce al subfornitore (che sia destinatario di una proposta "scritta" inviata dal committente) la facoltà di provocare la conclusione del contratto, senza dover inviare una dichiarazione (anch'essa formulata per iscritto) di accettazione, ma semplicemente dando inizio alle lavorazioni o alle forniture. In sostanza, è come se il requisito formale — benché testualmente riferito all'intero contratto — costituisca un "onere" (attinente alla dichiarazione) del solo committente.

Questa inedita configurazione del requisito formale come onere — ma, forse, si potrebbe addirittura parlare, in questo caso, di un vero e proprio obbligo (132) — di una sola delle parti

(130) L'equiparazione dell'inizio di esecuzione alla forma scritta ha verisimilmente costituito (in sede di approvazione della legge) semplicemente la soluzione di "ripiego" (adottata senza tanto curarsi — va da sé — di coerenze sistematiche o di problemi dogmatici) al mancato accoglimento della più radicale proposta volta ad escludere l'introduzione della forma *ad substantiam* in materia di subfornitura (e cfr., per un richiamo ai lavori parlamentari sul punto, MUSSO, *op. cit.*, 104 e nt. 2). V. anche *infra*, nt. 133.

(131) La previsione solleva non pochi problemi. Ci si è chiesti, ad esempio, se la finzione di forma scritta valga anche per il caso in cui il subfornitore abbia accettato oralmente la proposta (scritta) inviata dal committente, pur non avendo ancora iniziato le lavorazioni o le forniture (cfr. BERTI e GRAZZINI, *op. cit.*, 55). Altro problema è quello di chiarire il significato della limitazione della finzione « agli effetti della presente legge »: quali potrebbero essere — ci si potrebbe domandare — gli effetti (rilevanti "ai fini di leggi diverse") per i quali la finzione di conclusione del contratto per iscritto non dovrebbe valere (a parte l'art. 1341 c.c., che è espressamente escluso dalla stessa norma)?

(132) Per la verità, la tradizionale configurazione (del rispetto) del requisito formale come onere (di entrambi i contraenti) rischia di entrare in crisi con riferimento alla ormai ampia serie di prescrizioni formali riconducibili al fenomeno del cosiddetto neo-formalismo negoziale (v. *supra*, § 6). Se pure, infatti, si ritenga che la funzione "protettiva" generalmente attribuita alla forma dal legislatore del « nuovo diritto dei contratti » non valga, di per sé e in generale, a trasformare in "obbligo" quello che è normalmente un mero "onere" (al più risolvendosi — se del caso — nella riserva di legittimazione a far valere la nullità formale in favore del solo contraente debole: v., ad esempio, art. 127 comma 2 in relazione all'art. 117 comma 1 t.u. bancario), il dubbio potrebbe seriamente essere posto almeno quando (come nel caso particolare che stiamo esaminando) il requisito di forma sia posto a carico (sostanzialmente) di una sola parte. In questa ipotesi non ci sono ostacoli — sul piano teorico (ma

contraenti evidenzia in maniera emblematica la funzione che (qui, come in tante altre ipotesi appartenenti alla "legislazione nuova" in materia contrattuale) viene attribuita al formalismo negoziale (specie se abbinato a prescrizioni — non a caso presenti anche nell'ipotesi che stiamo considerando — di "contenuto minimo", da far risultare nel testo del contratto formale): funzione che — come abbiamo già visto *supra*, § 6 — consiste, sostanzialmente, nell'assicurare, per quanto possibile, a vantaggio della parte cosiddetta debole, la "trasparenza" e la (piena) comprensibilità del regolamento contrattuale (133).

Ma c'è di più. Come già accennato, la finzione

anche da un punto di vista pratico) — a concepire che la norma gravi un particolare contraente (nella specie: l'imprenditore che assuma la veste di committente in un rapporto di subfornitura), qualora egli intenda concludere un contratto (con un subfornitore), di un vero e proprio obbligo di formulare la proposta contrattuale per iscritto.

Solo in tal modo si spiega, fra l'altro, la previsione — in caso di nullità del contratto per mancato invio della proposta scritta da parte del committente (a questa ipotesi sembra, infatti, doversi restringere — giusta quanto previsto nel successivo comma 2 dell'art. 2 l. n. 192, cit. — la previsione di nullità per vizio di forma di cui all'ultimo capoverso del comma 1) — della tenerezza del committente (che non abbia, appunto, rispettato "l'obbligo" — e non il mero "onere" — di forma scritta, imposto dal legislatore per la sua dichiarazione negoziale) a risarcire all'altra parte il danno costituito dalle « spese sostenute in buona fede ai fini della esecuzione del contratto ». Sanzione — questa del "risarcimento del danno" — che non può non evocare l'idea di un comportamento illecito, in quanto contrastante appunto con un "obbligo" di comportamento del soggetto (ritiene, invece, « impropria » l'espressione « risarcimento », usata dall'art. 2 l. n. 192, cit., MUSSO, *La subfornitura*, cit., 115-117, secondo il quale ricorrerebbe qui invece « una particolare applicazione dell'indennità prevista dall'art. 2031 cod. civ. »).

Solo apparentemente — va, poi, aggiunto — il risarcimento di cui si discorre è riconducibile alla previsione dell'art. 1338 c.c., il quale in realtà prevede una responsabilità del contraente (oltre tutto, da una giurisprudenza restrittiva, esclusa proprio con riguardo alle nullità "formali": cfr., ad esempio, Cass. 9 ottobre 1979, n. 5240) per omessa comunicazione circa l'esistenza di una causa di invalidità (ma, nel senso dell'assimilazione dell'azione risarcitoria *ex art.* 2 l. n. 192, cit. a quella di cui all'art. 1338 c.c., v. ad esempio PUTTI, in *La subfornitura. Commento alla Legge 18 giugno 1998, n. 192* a cura di G. ALPA e A. CLARIZIA, Milano, 1999, *sub art.* 2, 87). E, parimenti, non sembra corretto fare discendere il suddetto obbligo risarcitorio dall'operare della clausola generale di cui all'art. 1337 c.c. (in tal senso, invece, BERTI e GRAZZINI, *op. cit.*, 63 s.). Ci si trova, invece, di fronte ad una nuova forma di responsabilità (pre)contrattuale, per violazione di un "obbligo" legale di rispetto della forma scritta, posto a carico di uno dei contraenti (sui profili relativi alla determinazione del danno risarcibile v. *infra*, nel testo).

(133) È tradizionale ravvisare nel formalismo (negoziale) un carattere in sé poco compatibile con le esigenze proprie delle relazioni commerciali, e in particolare delle relazioni tra imprese. Non si tratta — beninteso — di affermazione alla quale attribuire (almeno nella prospettiva

che equipara ad un'accettazione "scritta" il comportamento del subfornitore che abbia dato inizio alle lavorazioni o alle forniture fa esplicitamente salva l'applicazione dell'art. 1341 c.c.; e in tal modo si finisce per introdurre una ulteriore anomalia (o comunque una ulteriore deroga al diritto comune).

Pure a ritenere infatti, in generale, che l'inefficacia delle clausole vessatorie non approvate specificamente per iscritto (ai sensi dell'art. 1341 c.c.) lasci comunque sopravvivere il contratto per il resto (134) (onde, sotto questo profilo, l'ipotesi specifica che stiamo considerando non costituirebbe una deviazione dalle regole generali), resta il fatto che secondo la regola di diritto comune colui che utilizza (e "impone") le clausole vessatorie può scegliere di non concludere il contratto, ove l'altra parte rifiuti di accettare (approvandole per iscritto, come prescrive la legge) tali clausole.

Nell'ipotesi della subfornitura, invece, sembrerebbe che a colui che aderisce alla proposta il legislatore rimetta la facoltà di provocare (comun-

zione generica in cui l'abbiamo riportata) un peso eccessivo (almeno a nostro parere), e tuttavia la moltiplicazione degli oneri di forma nelle relazioni (contrattuali) tra imprenditori pone comunque qualche problema.

Si può forse spiegare sulla base di questa diffusa idea la circostanza che molti interpreti abbiano "giustificato" la singolare disposizione del comma 2 dell'art. 2 l. n. 192, cit., leggendovi una sorta di "compromesso": da un lato, il legislatore non rinuncerebbe ai "servizi" che il formalismo può offrire (come tecnica di protezione del contraente debole); epperò, d'altro canto, egli non resterebbe insensibile alla esigenza (parimenti importante) di non appesantire la contrattazione con vincoli procedurali e formali (che, oltre tutto, potrebbero risolversi — se da essi si traessero tutte le ordinarie implicazioni — in un pregiudizio proprio per il contraente che si intende tutelare). Parlano, ad esempio, di un « onere formale *asimmetrico*, dettato dalla necessità di bilanciamento tra l'esigenza di protezione del subfornitore e quella sottesa alla rapida conclusione dell'accordo », BERTI e GRAZZINI, *op. cit.*, 53, MUSSO, *op. cit.*, 91 nt. 7, ricorda che negli altri Stati europei la subfornitura è generalmente un contratto a forma libera, come lo sono (di norma) i contratti commerciali che non riguardano beni immobili o mobili registrati.

(134) Ma v. — nel senso, invece, che in tal caso si dovrebbe operare una valutazione di "essenzialità" delle clausole, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1419 c.c. —, in giurisprudenza, ad esempio, App. Milano 31 dicembre 1999, in *Giurisprudenza milanese*, 2000, 222.

Per l'affermazione (opposta), secondo cui « l'inefficacia delle clausole vessatorie prive di specifica approvazione scritta non si estende all'intero contratto », v., fra gli altri, BIANCA, *Diritto civile*, III. *Il contratto*², Milano, 2000, 368. L'esclusione dell'applicabilità dell'art. 1419 comma 1 c.c. è condivisa anche da autori che qualificano le clausole (vessatorie) non sottoscritte come clausole "nulle" (cfr. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 480 ss.).

que) la conclusione del contratto, in particolare attraverso un mero comportamento concludente, il quale implica, naturalmente, che — non ponendo le clausole vessatorie dirsi, in tal guisa, approvate per iscritto, come la legge per altro verso richiede — esse non possono neanche ritenersi opponibili al subfornitore (135).

Per superare questa che è apparsa ai più una conseguenza eccessiva (136) — al limite (secondo taluno) della incostituzionalità della previsione normativa (137) —, si è affermato che il committente potrebbe comunque imporre all'oblato (ai sensi dell'art. 1326 comma 4 c.c.) la forma scritta per l'accettazione, aggiungendosi che la previsione dell'art. 2 comma 2 l. n. 192, cit. « non riveste natura imperativa, limitandosi semplicemente a *consentire* una peculiare modalità di formazione del contratto, che potrà anche venir esclusa dalle parti » (138).

Sull'esattezza di queste conclusioni è, però, possibile avanzare più di un dubbio. Apodittica, infatti, appare l'esclusione della natura imperativa dell'art. 2 comma 2; e contraddittoria l'affermazione secondo la quale una previsione posta (indiscutibilmente) a protezione di un contraente (il subfornitore) possa essere messa fuori gioco dalla iniziativa unilaterale dell'altra parte (il committente).

Ne discende, in definitiva, la necessità di ammettere che il legislatore ha attribuito al subfornitore uno strumento che, almeno ipoteticamente (139), può consentirgli di evitare l'efficacia di

(135) E sarebbe questo, appunto, il significato della "salvezza" che la norma in esame fa dell'art. 1341 c.c.

(136) Risolventesi, in definitiva — come qualcuno ha detto — nel consentire al subfornitore di « legare il committente ad un contratto *diverso* da quello da lui voluto »: così BERTI e GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura*, cit., 57.

(137) Cfr. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, 68 (ove si ipotizza un contrasto della previsione dell'art. 2 comma 2 l. n. 192, cit. con il principio di tutela della libertà contrattuale, di cui all'art. 41 cost.).

(138) Così BERTI e GRAZZINI, *loc. cit.* La tesi che ritiene possibile che il committente si avvalga della facoltà di cui al comma 4 dell'art. 1326 c.c. è alquanto diffusa: cfr. DELFINI, *Contratto di subfornitura: forma e contenuto*, in *La subfornitura. Legge 18 giugno 1998, n. 192* a cura di G. DE NOVA, Milano, 1998, 18; NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999, 48; PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002, 103; MUSSO, *La subfornitura*, cit., 109-111 (il quale definisce la disposizione del comma 2 dell'art. 2 l. n. 192, cit. di « carattere semi-imperativo », espressione che appare poco chiara).

(139) È appena il caso di sottolineare, invero, che proprio l'esistenza di una posizione di dominanza relativa (v. *infra*, nt. 155) in capo al committente (e di correlativa dipendenza economica del subfornitore) rende abbastanza

Formazione del contratto

clausole vessatorie (predisposte dalla controparte), senza con ciò (dover) rinunciare alla (conclusione del contratto, e alla) instaurazione del rapporto con il committente.

La nullità del(l'intero) contratto, dunque, potrà essere invocata dal committente (140) (oltre che dal subfornitore) — per ragioni inerenti al (mancato) rispetto del requisito formale — solo nell'ipotesi prevista dal comma 1 dell'art. 2, e cioè in sostanza solo quando sia la (stessa) proposta contrattuale (avanzata dal committente) a non risultare formulata nella forma richiesta.

Si è già accennato, peraltro, come la disposizione in esame faccia comunque salvo, in tal caso, il diritto del subfornitore al pagamento delle prestazioni effettuate (141). Non solo: la norma stabilisce altresì — sempre nell'ipotesi considerata — l'obbligo del committente di provvedere « al risarcimento delle spese sostenute in buona fede [dal subfornitore] ai fini dell'esecuzione del contratto ». Come già accennato (142), deve ritenersi che quella prevista dalla disposizione in esame sia una vera e propria forma di responsabilità (in quanto riconducibile alla violazione di un "obbligo") (143). Può qui aggiungersi che questa insolita configurazione (del rispetto) del requisito di forma come contenuto (non già — come normalmente accade — di un semplice "onere", gravante su entrambi i contraenti; bensì) di un vero e proprio "obbligo" posto (per di più) a carico di una sola delle parti, può forse giustificare la limitazione della misura risarcitoria alle sole « spese » (144), nonché la subordinazione del di-

improbabile l'ipotesi che il subfornitore riesca veramente a sottrarsi ad un regolamento contrattuale (ivi comprese eventuali clausole vessatorie) che l'altra parte avrà verisimilmente la forza di imporre. Né la normativa in questione consente — come invece avviene nei contratti tra imprese e consumatori — l'espunzione (*ex post*) dal contratto di clausole vessatorie che vi siano eventualmente entrate a far parte.

(140) Non riteniamo, invero, che (in assenza di una esplicita previsione in tal senso del legislatore) la nullità prevista dall'art. 2 l. n. 192, cit. possa configurarsi come relativa (*id est*: a legittimazione riservata), ancorché il requisito di forma sia indiscutibilmente posto a protezione del subfornitore.

(141) Solo, infatti, se avvenuta in corrispondenza di una proposta contrattuale (correttamente) effettuata in forma scritta, l'attività esecutiva posta in essere dal subfornitore è idonea a provocare la conclusione di un contratto valido.

(142) V. *supra*, nt. 132.

(143) *Contra*, DELFINI, *op. cit.*, 11 ss., 16 (per il quale si tratterebbe non già di un obbligo risarcitorio in senso stretto, ma piuttosto di un'obbligazione quasi contrattuale di rimborso modellata su quella dell'art. 2031 c.c.).

(144) Di limitazione certamente si tratta, perché — anche a voler ragionare (come pure noi abbiamo fatto: v. *supra*, nt. 132) nella logica di una forma di responsabilità

ritto ad ottenere il risarcimento alla « buona fede » del subfornitore (145).

Pur con queste precisazioni — che ne attenuano la portata, per così dire, "eversiva" — l'art. 2 l. n. 192, cit. rimane tuttavia un chiaro esempio, sul terreno delle regole sulla formazione del contratto, di come l'esigenza di protezione di uno dei contraenti (ancorché si tratti di un imprenditore, e perciò di un *professionnel*) possa portare ad introdurre deroghe al diritto comune o, più spesso, a costruire meccanismi procedurali e tecniche remediali affatto originali.

11. *Lo « ius poenitendi » (del « franchisee » nel contratto di « franchising ».* — Il riconoscimento in capo al contraente debole del cosiddetto « diritto di ripensamento » (*ius poenitendi*) è — come si è visto nella sez. II — una delle tecniche di tutela più risalenti e (ormai, per la ricorrenza della sua utilizzazione, anche) più tipiche della disciplina dei contratti con i consumatori.

Anche nell'area delle relazioni contrattuali tra imprese (in situazione di diseguale potere contrattuale) si registra talora — nella legislazione più recente — il ricorso ad una tecnica (almeno apparentemente) analoga, ricorso ben esemplificato dal peculiare procedimento di formazione del contratto previsto nell'art. 4 l. n. 129 del 2004, in materia di *franchising* (146).

Tale norma stabilisce che « almeno trenta

precontrattuale — non si capirebbe perché non debba essere risarcibile anche il lucro cessante (sia pur entro i confini del cosiddetto "interesse negativo"), in particolare consistito in ipotesi nella perdita di occasioni negoziali alternative. Ciò detto, va peraltro rimarcato che la previsione dell'obbligo di reintegrare il patrimonio del subfornitore che abbia (in buona fede) effettuato « spese » (*id est*: investimenti) in vista dell'esecuzione del contratto è di grande importanza in rapporti nei quali la dipendenza economica di una parte nei confronti dell'altra deriva, assai spesso, proprio dall'effettuazione di investimenti "dedicati", che non è facile smobilizzare trovando (in tempi brevi e senza costi eccessivi) impieghi alternativi sul mercato (sul punto cfr. *amplius* quanto si dirà *infra*, § 13).

(145) Reputano che sia « assai arduo rinvenire uno stato soggettivo di buona fede in capo ad uno dei contraenti laddove, come avviene nel caso di specie, la causa di invalidità del contratto consista nella mancata osservanza di un requisito formale prescritto *ad substantiam* » BERTI e GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura*, cit., 62 s. (i quali, per evitare che la norma, a seguito della riferita interpretazione, venga « di fatto svuotata di contenuti e di pratiche applicazioni », propongono di intendere la buona fede in senso oggettivo, identificandola sostanzialmente con la condizione di soggezione all'altrui imposizione in cui, in ipotesi, possa trovarsi il subfornitore, "costretto" dal committente alla conclusione di un contratto in forma semplicemente orale: *ivi*, 64).

(146) Sul punto cfr. D'AMICO, *Il procedimento di formazione del contratto di franchising secondo l'art. 4 della legge*

giorni prima della sottoscrizione di un contratto di affiliazione commerciale l'affiliante deve consegnare all'aspirante affiliato copia completa del contratto da sottoscrivere », corredato di una serie di allegati.

La *ratio* della disposizione è chiaramente quella di attribuire all'aspirante *franchisee* la possibilità, nell'arco di un congruo periodo di tempo (almeno un mese), di verificare in via definitiva (alla luce di tutta la documentazione rilevante, e in particolare del testo completo del contratto da sottoscrivere, che il *franchisor* avrà provveduto a trasmettergli) la decisione di concludere il contratto.

Abbiamo in altra sede osservato come non persuada del tutto la tesi (alquanto diffusa) secondo cui la "trasmissione" di cui parla l'art. 4 avrebbe ad oggetto (nonostante il chiaro tenore letterale della norma) non la « copia completa del contratto » bensì soltanto una copia delle condizioni generali di contratto utilizzate dal *franchisor*. In realtà non c'è motivo di discostarsi dalla lettera dell'art. 4, e in particolare occorre supporre che la norma ipotizzi che la trasmissione al *franchisee* dei documenti ivi previsti avvenga "a trattative ormai concluse" (in senso, ovviamente, positivo), e abbia la funzione specifica di consentire al *franchisee* di verificare documentalmente (e in maniera completa ed organica) le informazioni e i dati che il *franchisor* gli ha fornito (ma in maniera, presumibilmente, parziale e "informale") nel corso delle trattative, prima di dare il definitivo consenso alla conclusione del contratto (e potendo, evidentemente, all'esito di tale verifica decidere di ritirarsi dall'affare) (147).

Senza tornare adesso su tale questione interpretativa, interessa in questa sede richiamare l'attenzione soprattutto sul *délai de réflexion*, che la norma concede all'aspirante affiliato.

Prima facie si sarebbe decisamente indotti ad istituire una (istintiva) analogia con il meccanismo dello *ius poenitendi*, quale previsto (come si è sopra visto) da svariate norme in tema di contratti dei consumatori. E tuttavia l'analogia è solo apparente, se non addirittura fuorviante.

Basti osservare che nei contratti dei consumatori, il "periodo di riflessione" (funzionale all'esercizio dello *ius poenitendi*) si colloca (normalmente) "a valle" di un contratto (da considerarsi) già

concluso. Nella legge sul *franchising*, invece, è indubbio che il periodo di riflessione "precede" (sempre) la conclusione del contratto.

La differenza — come osservavamo in altra occasione (148) — trova spiegazione in una serie di profili, che differenziano sensibilmente le due fattispecie oggetto di confronto.

Nei contratti dei consumatori ci si trova di fronte ad accordi che non si accompagnano (di norma) ad alcuna trattativa, la quale risulta (il più delle volte) impossibile e/o comunque inutile, in relazione al tipo di operazione economica che prende forma attraverso il contratto. Ben diversa è la situazione nei contratti tra imprenditori (sia pure dotati, in ipotesi, di diverso potere contrattuale), e, in particolare, nel contratto di *franchising*, di cui ci stiamo occupando. Pur essendo vero, infatti, che anche in questo settore l'esigenza della standardizzazione è particolarmente sentita, non c'è dubbio che (il perfezionamento dell'operazione presuppone una complessa (e, il più delle volte, tutt'altro che rapida) attività di negoziato precontrattuale.

Si comprende allora come, mentre nei primi (cioè, nei contratti dei consumatori) la tutela si modelli su un rimedio (la dichiarazione — anche, in ipotesi, del tutto immotivata — di voler recedere dal contratto già concluso) che ha lo scopo di rendere "inoperante" un consenso che in realtà non si era mai realmente formato, viceversa nei contratti che sono preceduti da una trattativa (come avviene nel caso del *franchising*) diventi possibile collocare (come fa per l'appunto l'art. 4 l. n. 129, cit.) il periodo di riflessione nella fase che precede il perfezionamento del contratto. La qual cosa, oltre tutto, consente (con maggiore tempestività ed efficacia) di evitare (a ciascuna delle parti, ma soprattutto al *franchisee*) spese (di investimento) che poi potrebbero rivelarsi difficilmente recuperabili.

Il che dimostra — fra l'altro — come una medesima tecnica di tutela (nella specie: l'attribuzione di un *délai de réflexion* a favore del contraente debole) possa avere applicazioni (opportunamente) differenziate, che tengano conto della necessità di adattarne il funzionamento (e la idoneità a svolgere la funzione desiderata) ai diversi "contesti" contrattuali in cui quella tecnica viene utilizzata.

12. *Trasparenza e obblighi informativi nei contratti tra imprenditori.* — La riflessione appena

129/2004, in *Riv. dir. priv.*, 2005, n. 4, 5 ss., specialmente 15 ss.

(147) Cfr. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 9 ss., ed ivi la critica delle opinioni contrarie espresse dai primi commentatori della norma.

(148) Cfr. D'AMICO, *op. ult. cit.*, specialmente 15 s.

Formazione del contratto

formulata trova conferma nell'esame di un altro profilo, forse ancor più significativo nella prospettiva di un confronto tra la disciplina dei contratti dei consumatori e quella dei contratti "asimmetrici" tra imprese: il profilo degli obblighi di informazione.

Come già ricordato, la *ratio* dei penetranti obblighi informativi stabiliti dal «nuovo diritto dei contratti» a favore dei consumatori va rinvenuta essenzialmente nella finalità di ridurre (se non eliminare) quella "asimmetria informativa", che appare come un dato strutturale dei mercati (cosiddetti finali) sui quali si confrontano i professionisti e le loro controparti (consumatori, utenti) "profane".

Immediato è il rilievo secondo cui analoga *ratio* difficilmente potrebbe porsi a base degli interventi normativi a favore del contraente-imprenditore debole: la cui debolezza dipenderà, verisimilmente, da altri fattori specifici, ma non — salvo casi particolari (149) — da una condizione di asimmetria informativa (150) (rispetto alla controparte), che la qualità (a propria volta) di contraente *professionnel* evidentemente esclude (almeno in linea tendenziale) (151).

Tanto ciò è vero che non è raro — in alcune discipline di settore — che il legislatore, dopo aver posto a carico di un contraente specifici e puntuali obblighi di informazione nei confronti della controparte, lo esoneri dal rispetto di tali obblighi quando codesta controparte sia a sua volta un professionista (o, come si esprimono ad

(149) Si potrebbe, ad esempio, menzionare l'ipotesi del contratto di *franchising*.

(150) E mentre la carenza informativa è condizione strutturale di debolezza, che può predicarsi in generale per un'intera categoria di soggetti (i «consumatori»), identificati appunto dalla circostanza di non essere soggetti che operano nel mercato (*rectius*: nello specifico mercato in cui si svolge la concreta contrattazione, di cui si tratta) in modo "professionale" (e che, perciò, non dispongono — di norma — di conoscenze e informazioni essenziali per compiere scelte contrattuali pienamente consapevoli), lo stesso non si può dire per l'impresa (che è invece — addirittura per definizione normativa — un soggetto "professionale"), la cui (eventuale) condizione di debolezza (nei confronti di altra impresa con la quale abbia stipulato un contratto) dovrà essere accertata necessariamente in concreto (poiché dipenderà da fattori che non sono generalizzabili): su questo aspetto cfr., con molta chiarezza, AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 285 ss., specialmente § 5.

(151) In qualche caso, poi, non è da escludere che il contraente debole (o, comunque, il contraente protetto) sia quello che dispone di maggiori informazioni (o, per meglio dire, di maggiori conoscenze): il che potrebbe, ad esempio, verificarsi in alcuni rapporti di subfornitura.

esempio il testo unico delle disposizioni in materia finanziaria e i regolamenti della Commissione nazionale per le società e la borsa-CONSOB, un «investitore professionale» ovvero un «operatore qualificato») (152).

Altro aspetto che merita di essere segnalato è, poi, quello secondo cui, quando nella regolamentazione dei contratti tra imprese (pur se dotate di differente potere contrattuale) il legislatore stabilisce di imporre "specifici obblighi di informazione", questi obblighi sono generalmente "reciproci", ossia obblighi che ciascun contraente ha nei confronti dell'altro (pur se con contenuto, ovviamente, diverso) (153). Ma questa circostanza esclude di per sé che a tali previsioni normative possa assegnarsi una funzione/finalità "protettiva/riequilibrativa" a favore di uno dei contraenti (come, invece, certamente avviene nell'area della contrattazione con i consumatori).

13. Obblighi a contrarre e abuso di dipendenza economica. — Un ulteriore profilo che — sempre con riferimento al tema della formazione del contratto — sembra meritevole di essere segnalato, in una analisi del fenomeno delle relazioni contrattuali tra imprese dotate di diverso "potere di mercato", è costituito dalla possibilità che l'ordinamento configuri in capo all'impresa (in ipotesi) "forte" obblighi a contrarre, in deroga (ancora una volta) ai principi che caratterizzano il modello che abbiamo denominato come «contratto di diritto comune».

Il riferimento che qui interessa fare non è tanto agli obblighi a contrarre posti a carico del monopolista legale (cfr. art. 1597, 1679 c.c.): obblighi che (hanno senza dubbio carattere generale e, come tali) sussistono nei confronti di controparti che, indifferentemente, possono essere sia altri imprenditori sia soggetti non imprenditori (154).

Né si intende alludere a quegli obblighi a contrarre che, in situazioni (anch'esse, come la

(152) Cfr., ad esempio, art. 100 t.u. fin., ai sensi del quale «le disposizioni del presente capo [si tratta del capo che disciplina la "sollecitazione all'investimento", e che, in particolare, prevede l'obbligo di pubblicazione del "prospetto informativo"] non si applicano alle sollecitazioni all'investimento: a) rivolte ai soli investitori qualificati».

(153) Emblematica è, anche per questo aspetto, la recente l. n. 129 del 2004 sul *franchising*, di cui v. in particolare l'art. 6 (Obblighi precontrattuali di comportamento).

(154) Anche a prescindere dall'ipotesi del monopolio legale, un obbligo a contrarre è stabilito a carico del titolare di attività commerciale al dettaglio dalla disciplina generale del commercio contenuta nel d. lg. 31 marzo 1998, n. 114 (v., in particolare, l'art. 3, nella cui rubrica si parla appunto di «Obbligo di vendita»).

precedente) di “potere di mercato” — e dunque di un “potere” (ad esempio, derivante da una posizione dominante) che non si genera né si esaurisce all’interno di una (specifica) relazione contrattuale (155) —, possono ritenersi posti a carico di una impresa nei confronti di un’altra impresa, che della prima sia “concorrente”, attuale o potenziale (156).

Ci si intende riferire, invece, all’utilizzazione della tecnica degli obblighi a contrarre nella funzione specifica e nuova (157) che essa assume nei contesti che potremmo definire — usando la formula poc’anzi richiamata (158) — di «dominanza relativa».

Un esempio particolarmente significativo —

(155) È opportuno distinguere le situazioni di disparità tra imprese che siano espressione (e/o conseguenza) di situazioni generali di mercato (esempio: posizione dominante di una impresa rispetto alle altre imprese che, attualmente o potenzialmente, ne sono concorrenti), e le situazioni di disparità che si generino in virtù di dinamiche contrattuali, e dunque nell’ambito di relazioni contrattuali specifiche: situazioni, queste, alle quali può, nel senso appena precisato, attribuirsi la formula — utilizzata solitamente per indicare la dipendenza economica, ma in realtà appropriata a connotare un fenomeno più ampio — della «dominanza relativa», ove la qualificazione di «relativa» va intesa, a nostro avviso, non tanto come indicativa della dominanza che si eserciti (e in quanto si eserciti) nei confronti di un soggetto specifico, ma piuttosto come espressiva dell’idea di una dominanza che si genera all’interno di una dinamica contrattuale, e dunque in contesti necessariamente relazionali (relativi, appunto). Nel primo caso, le condizioni che consentono l’abuso preesistono all’instaurazione della relazione contrattuale; nel secondo, invece, queste condizioni si creano attraverso l’instaurazione della relazione contrattuale. All’abuso della dominanza di mercato (o generale, o assoluta) pongono rimedio le normative *antitrust*; all’abuso delle situazioni di dominanza relativa pone rimedio il diritto dei contratti.

(156) Cfr. art. 3 lett. b l. 10 ottobre 1990, n. 287, che vieta l’abuso di posizione dominante, e in particolare dichiara vietato «impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori». Un caso particolare — di estremo interesse — è costituito dalla tematica del cosiddetto «accesso ad infrastrutture essenziali» (*essential facilities*: sul tema cfr., ad esempio, MELI, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003).

(157) Di «nuovi obblighi a contrarre» si occupa un recente contributo (OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004), dove peraltro l’aggettivo «nuovi» viene utilizzato per indicare (prevalentemente) gli obblighi a contrarre introdotti dalla normativa di derivazione europea, ad esempio nel settore delle comunicazioni (obblighi di interconnessione e di accesso) (*ivi*, cap. II, 51 ss.), mentre per altro verso non manca un’analisi degli obblighi a contrarre discendenti dalla normativa *antitrust* (*ivi*, cap. III, 152 ss.), per arrivare infine all’analisi dell’obbligo a contrarre nei contesti di dominanza relativa (*ivi*, cap. IV, 244 ss.), ai quali ultimi soltanto limitiamo le nostre (breve) considerazioni.

(158) V. *supra*, nt. 155.

perché consente di cogliere un profilo fondamentale delle normative in materia di contratti asimmetrici tra imprese — è offerto dal divieto di abusare di situazioni di “dipendenza economica”, in particolare attraverso il «rifiuto di vendere o il rifiuto di comprare», ovvero attraverso «l’interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto», divieto posto dal famoso art. 9 comma 2 l. n. 192 del 1998.

Il problema che questa disposizione affronta è quello, ben noto, che sorge — in situazioni tipiche di “incompletezza del contratto” (159) — in conseguenza del comportamento “opportunistico” che è possibile ponga in essere l’impresa che abbia acquisito una posizione di dominanza relativa 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 problema (160), la possibilità del comportamento abusivo (o, se si preferisce, “opportunistico”) non preesiste (almeno, non necessariamente) alla stipula del contratto-base (161) (*id est*: all’instaurazione della relazione commerciale tra le parti), stipula che può in ipotesi immaginarsi collocata in

(159) È ovvio infatti che, se l’impresa che sostiene — in occasione (e in vista dell’esecuzione) di una relazione contrattuale — investimenti specifici è (stata) sufficientemente accorta, essa si sarà premurata di (far) inserire nel contratto clausole (di varia natura e contenuto) che la salvaguardino dal rischio di una interruzione del rapporto o di una sua “gestione” ad opera della controparte (ad esempio attraverso la unilaterale determinazione dei quantitativi delle commesse o delle forniture, o attraverso meccanismi analoghi) che impedisca (o semplicemente renda più difficile o allontani nel tempo) il “rientro” dagli investimenti specifici effettuati.

(160) Il riferimento è al saggio di KLEIN, CRAWFORD e ALCHIAN, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, in 21 *Journal of Law and Economics*, 1978, 297 ss. (su cui v., di recente, BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell’economia*, Padova, 2000, 78 ss.; RIMINI, *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002, 72 ss.; NATOLI, *L’abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2004, 65 ss.; in precedenza, a parte la immediata segnalazione ad opera di PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, 322 ss., il richiamato contributo di Klein, Crawford e Alchian era stato — non a caso, atteso l’oggetto della ricerca — utilizzato da MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 31 ss.).

(161) Chiamiamo così il contratto che instaura la relazione commerciale tra i due imprenditori, anche per distinguere dai successivi accordi con i quali si procede al suo rinnovo, o semplicemente alla determinazione consensuale delle modalità di esecuzione (nel senso che più avanti chiariremo).

Formazione del contratto

un ambiente concorrenziale (162) e (avvenuta in maniera tale da) non prospettare (in origine) uno squilibrio economico nella regolamentazione del rapporto programmata dalle parti (163).

La possibilità dell'abuso (164) sorge invece nella fase successiva all'instaurazione della relazione contrattuale (165), e si concretizza nel "ri-

(162) Cfr. NATOLI, *op. cit.*, 68 s., il quale osserva: « Il punto che merita di essere sottolineato — e che infatti è messo chiaramente in luce nel modello di Alchian, Crawford e Klein — consiste proprio in questo: che le possibilità di estorsione post-contrattuale prescindono assolutamente dal grado di concorrenzialità del mercato prima della stipula dell'accordo [...] quindi, nulla esclude che la parte destinata a subire i futuri comportamenti opportunistici del partner avesse potuto scegliere tra più soluzioni durante la fase delle trattative, e avesse optato per la soluzione più conveniente ed economicamente appetibile. In altri termini, nelle relazioni caratterizzate da investimenti altamente specifici e difficilmente riconvertibili, cioè in quelle relazioni in cui maggiore è il rischio della estorsione post-contrattuale, non v'è, prima della formalizzazione dell'accordo, un "potere di mercato" in senso classico. Prima dell'accordo, non v'è una parte in posizione di strutturale debolezza perché priva di alternative di mercato. Nelle situazioni sopra descritte non v'è un contraente debole, bensì un contraente che si indebolisce in seguito all'investimento effettuato in beni tangibili o intangibili ».

(163) 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 Klein, Crawford e Alchian, 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*).

(164) Sotto forma di « hold up monopolistico », secondo la terminologia preferita da PARDOLESI (*op. ult. cit.*, 322), mentre altri preferisce parlare di « estorsione post-contrattuale » (v. NATOLI, *op. cit.*, 66).

(165) È in questa fase che l'imprenditore *B* dell'esempio precedente (v. *supra*, nt. 163) cercherà di appropriarsi della « quasi rendita » (la *appropriable quasi rent* del saggio di Klein, Crawford e Alchian), 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 depararlo 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 un'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 l. n. 192 del 1998, evocandola con la formula della « reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfa-

catto" 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 mercato (166) — 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 contraente (167).

Si inseriscono, in questo contesto, quei particolari comportamenti (esemplificativi dell'abuso, di cui si è appena parlato) che la norma dell'art. 9 individua con le già ricordate formule del « rifiuto di vendere o di comprare » e della « interruzione arbitraria delle relazioni contrattuali in atto ».

Quanto poc'anzi osservato consente, intanto, di chiarire (168) che il « rifiuto di vendere o di comprare » non si riferisce al rifiuto di "instaurare" con l'impresa "dominata" la relazione contrattuale di base (169), ma piuttosto ad un rifiuto (di contrarre, o di contrattare) che riguardi i singoli "segmenti esecutivi" (se è lecito usare questa espressione), che danno attuazione nel tempo al contratto-base, sostanziosamente (o potendosi sostanzialmente) a loro volta in rapporti contrattuali distinti ed autonomi (170).

Difficile ipotizzare — in presenza (com'è da

centi »). 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. Cfr. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, 32.

(166) V. anche *supra*, nt. 165.

(167) 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.

(168) Il che è importante ai fini di ben intendere in che senso si può parlare — nelle fattispecie che stiamo esaminando — di obblighi di contrarre.

(169) Che, anzi, si presuppone già instaurata (come risulta anche dalla formula successiva della « interruzione arbitraria di relazioni commerciali in atto »).

(170) Allude a codesti "segmenti esecutivi" (come li chiamiamo nel testo) il comma 3 dell'art. 2 l. n. 192, cit., ai sensi del quale « Nel caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, anche gli ordinativi relativi alle singole forniture devono essere comunicati dal committente al for-

presumere) di clausole del contratto-base che lascino alle parti, e soprattutto al contraente forte, (ampia) libertà in ordine al contenuto (e ai tempi di conclusione) di siffatti contratti “derivati” (o “esecutivi”, che dir si voglia) — rimedi (al comportamento “capriccioso” e/o “arbitrario” del contraente forte) costruiti in termini di inadempimento (ad ipotetici obblighi convenzionali a contrarre, che qui si suppongono inesistenti).

Si potrebbe, allora, pensare — al fine di accordare una tutela al contraente debole contro ipotetici abusi dell'altra parte — di far ricorso al precepto della buona fede *in executivis* (art. 1375 c.c.): ma anche qui sorgerebbero non poche difficoltà a utilizzare la clausola di buona fede, oltre che in funzione di controllo del modo di esercizio di diritti (o poteri) ovvero del modo di adempimento di obblighi (preesistenti), quale fonte (autonoma) di obblighi ulteriori (nella specie: di un obbligo a contrarre) rispetto a quelli previsti dalle parti o dalla legge.

Le considerazioni appena svolte giustifica(va)no, allora, la necessità di un intervento legislativo, quale in effetti si è avuto con l'art. 9 l. n. 192, cit. La specifica previsione secondo cui «l'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare» consente adesso con sicurezza di costruire una tutela, in particolare nella forma di un vero e proprio obbligo (legale) di contrarre, che risulta imposto al contraente in posizione di dominanza relativa.

Certo, un obbligo (va subito detto) non assoluto (affermare che il rifiuto di vendere o di acquistare “può” costituire abuso non significa dire che esso “costituisce senz'altro” abuso) (171), e, soprattutto, un obbligo la cui sussistenza potrà/dovrà essere ritenuta (dal giudice) solo in presenza del

nitore in una delle forme previste al comma 1 e anche ad essi si applica quanto disposto dallo stesso comma 1».

(171) In particolare, deve ritenersi che il rifiuto (totale o parziale) di vendere o di acquistare possa essere giudicato come abusivo (solo) qualora non sia «giustificato da ragioni oggettive» (per usare la formula che — a scopo non dissimile — viene utilizzata nel comma 2 dell'art. 7 d. lg. n. 231 del 2002; del resto, nello stesso art. 9 l. n. 192, cit. si parla nel medesimo senso di imposizione di condizioni contrattuali «ingiustificatamente» gravose, e di interruzione «arbitraria» delle relazioni commerciali in atto). Si rischierebbe, altrimenti, di condizionare eccessivamente la possibilità delle imprese di definire (o anche di modificare, correggere, diversificare, ecc.) la propria strategia produttiva o commerciale: ciò che deve avvenire bensì nel rispetto degli impegni contrattualmente assunti (verso clienti o [sub-]fornitori), e in un quadro comunque di corretto svolgimento delle relazioni commerciali, ma senza creare vincoli indebiti, che potrebbero in ultima analisi risolversi in un danno (anche) per l'efficienza del mercato.

rigoroso accertamento del ricorrere di una situazione di dipendenza economica (esistenza di investimenti specifici, assenza di una reale possibilità per la parte di reperire sul mercato alternative soddisfacenti, ecc.).

Ma — tuttavia — “un vero e proprio obbligo di contrarre”: la cui configurabilità certamente non è esclusa dalla circostanza che esso sia insuscettibile di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*, come pure di essere eseguito coattivamente (il consenso contrattuale essendo un tipico *facere* infungibile), onde dall'inadempimento dell'obbligo di cui discorriamo non può scaturire altro se non una obbligazione risarcitoria.

Un'ultima notazione, prima di concludere su questo punto. Gli obblighi a contrarre di cui abbiamo parlato sono strumenti, *prima facie*, di “riequilibrio” del rapporto, a tutela del contraente debole.

Si sbaglierebbe tuttavia ove di essi si enfatizzasse (o, peggio ancora, si cogliesse esclusivamente) la finalità protettiva, o se ne fornisse una lettura in chiave di «giustizia contrattuale» (almeno nel senso in cui correntemente si intende questa formula) (172).

Sotto il primo profilo, è appena il caso di sottolineare che le previsioni analizzate, se hanno certamente come effetto la protezione del contraente in una situazione di peculiare “debolezza” (sopravvenuta), non in ciò trovano probabilmente la loro *ratio* più profonda ed importante. Ancora una volta, infatti, ciò che sembra ispirare il legislatore è piuttosto l'obiettivo di impedire che la mancata sanzione di comportamenti opportunistici (abusivi), attraverso i quali un contraente tende ad appropriarsi (di parte) dell'utile che deve servire a ripagare un investimento specifico che l'altra parte ha fatto, possa disincentivare attività che spesso (come accade, ad esempio, nel campo della innovazione tecnologica) sono essenziali per lo sviluppo efficiente e competitivo del mercato (o di determinati settori produttivi) in generale.

Superficiale è, del resto, vedere in questi interventi una limitazione (eccezionale) della autonomia privata in vista del perseguimento di una (ipotizzata) giustizia contrattuale. Tanto il (pre-

(172) Vede, invece, nell'art. 9 l. n. 192, cit. una norma suscettibile di incidere profondamente sulla disciplina del contratto in generale, dato che con essa viene per la prima volta affermato in modo esplicito che «la mera ingiustizia delle ragioni di scambio, è di per sé idonea a determinare l'invalidità del contratto», PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 639 ss.

Formazione del contratto

teso) fine quanto il mezzo (immaginato) appaiono — ad una lettura disincantata — lontani dalle intenzioni del legislatore.

Infatti, impedendo l'appropriazione della “quasi rendita” da parte dell'imprenditore-contraente in posizione di dominanza relativa, non si fa altro che imporre proprio il rispetto di quel programma contrattuale che le parti, “nella loro autonomia”, avevano concepito, e che una di esse vorrebbe (opportunicamente) mettere in discussione.

Rilievo, questo, che a sua volta rende chiaro ulteriormente che nessun riequilibrio ispirato a (generiche e astratte) ragioni di giustizia contrattuale (che non potrebbe che essere “esterna” al piano delle private pattuizioni) il legislatore qui persegue (173).

Sez. IV. – CONCLUSIONI.

14. *Il « terzo contratto » e il paradigma del « contratto con asimmetria di potere contrattuale ».* — Le considerazioni sviluppate nei paragrafi precedenti contengono già implicitamente la risposta ad uno dei quesiti che le problematiche ivi analizzate possono sollevare: se cioè « contratti dei consumatori » e « contratti diseguali tra imprese » diano vita a modelli riconducibili ad un paradigma unitario.

Una suggestiva dottrina (174) ritiene che si

(173) Perché, se così veramente fosse, dovrebbe essere sottoposto a controllo (cioè che, invece, non sembra verificarsi) anche il contenuto (economico e normativo) del contratto-base con cui le parti hanno instaurato il loro rapporto. Né va sottaciuto che il legislatore considera abuso (della posizione di dominanza relativa di cui un contraente gode) non in sé la gravosità o il carattere discriminatorio delle condizioni contrattuali, ma solo la circostanza che all'una ovvero all'altro non si trovi una giustificazione adeguata (e pur sempre — par di capire — dal punto di vista dell'impresa “forte”).

Ingenuo, dunque, pensare di poter vedere, in queste normative, radicali sovvertimenti delle logiche che governano la competizione sul mercato, o prospettive “ireniche” che si sostituiscano alla visione del mercato come terreno su cui si svolge (sovente) una dura “lotta per la sopravvivenza”. Quello che tali normative contribuiscono ad assicurare è soltanto che la competizione avvenga in maniera corretta: non dunque la giustizia o l'equità — supposto che si immagini che all'una e all'altra possa darsi una fisionomia oggettiva —, ma tuttavia un risultato (la correttezza, appunto) che, per quanto solo “procedurale”, non sembra comunque da sottovalutare.

(174) Il riferimento è a ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore*, cit. L'autore ha, di recente, ribadito il suo punto di vista in Id., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul « terzo contratto »)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669 ss.

possa rispondere affermativamente a una tale domanda, e suggerisce di designare questo paradigma unitario col nome di « contratto con asimmetria di potere contrattuale ».

Il nuovo paradigma — presentato come « un'area vasta e in espansione », tale da candidarsi a contendere al paradigma tradizionale (quello del cosiddetto contratto di diritto comune) « il dominio sull'universo dei contratti » — è, per la verità, nell'impostazione di chi lo propone, sostanzialmente ricalcato sul modello del contratto del consumatore, i cui caratteri però (si afferma) avrebbero già manifestato una forza espansiva idonea a proiettarli al di fuori dell'area in cui sono nati, e in particolare a proiettarli nell'area dei rapporti contrattuali tra imprese, quando tali rapporti si instaurino tra soggetti dotati di diseguale potere contrattuale (e si fa l'esempio delle regole introdotte in relazione ai contratti di subfornitura e ai contratti di agenzia) (175).

Nella “sintesi” che ne fornisce la dottrina che stiamo considerando, codesti caratteri (che dovrebbero contraddistinguere il nuovo paradigma contrattuale) sono individuati nell'essere il nuovo modello di contratto « un contratto la cui “forza di legge” risulta notevolmente attenuata (per l'ampia somministrazione di recessi di pentimento, e per il dilagare delle invalidità discendenti dal moltiplicarsi dei vincoli di forma, di contenuto, di trasparenza/completezza); un contratto in cui la più diffusa impugnabilità è bilanciata da un contenimento forzoso delle conseguenze distruttive dell'impugnazione (nullità relative, nullità solo parziali); un contratto sempre più largamente assoggettato a controlli sull'equilibrio delle prestazioni, in senso non solo normativo ma anche schiettamente economico, ben al di là dei casi limitati in cui la tradizione lo ammetteva; un contratto il cui regime subisce la crescente commistione fra ordini di regole tradizionalmente separati, come le regole di validità e le regole di comportamento/responsabilità » (176).

Nonostante la forza suggestiva del quadro così delineato, la tesi in esame non riesce ad essere del tutto persuasiva.

In primo luogo non può non sottolinearsi (e il rilievo è stato già accennato) che quello descritto è, in realtà, il profilo del (solo) contratto del consumatore; né riesce a persuadere l'idea che questo profilo possa essere proiettato (e, per così dire,

(175) Così ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore*, cit., § 16 e 17.

(176) Così ROPPO, *loc. ult. cit.*

sovrapposto) anche alle fattispecie dei contratti diseguali tra imprese.

Le normative che riguardano queste ultime fattispecie presentano certo qualche aspetto comune con le normative consumeristiche, ma — ad un'analisi più approfondita — mostrano di essere del tutto diverse e distanti da queste (sia con riguardo ai tratti che individuano il fenomeno empirico, sia con riguardo alle soluzioni che connotano il trattamento normativo), sì che parlare di identità (o anche soltanto di semplice analogia) rischia di cogliere solo la superficie delle cose, e di approdare a generalizzazioni approssimative e vaghe (177) (come tali, poco utili per effettuare operazioni vere di ricomposizione sistematica, ma anche per sviluppare strategie rigorose sul piano dell'interpretazione delle norme e della integrazione del dato normativo, quando questo si presenti lacunoso e solleciti il ricorso all'analogia).

Riprendendo spunti che sono via via emersi nel corso dell'analisi che precede, non si vede ad esempio come possa essere ignorata (o sottaciuta) la fondamentale differenza tra una contrattazione tendenzialmente di massa (standardizzata e uniforme), qual è quella che si svolge per lo più nei "mercati finali" dove si incontrano professionisti e consumatori, e la contrattazione che si realizza tra le imprese nei "mercati intermedi"; contrattazione quest'ultima che risponde (pur sempre) al modello (proprio del contratto di diritto comune) della contrattazione "individuale" (che vede la conclusione del contratto quale esito, generalmente, di lunghe e complesse trattative, a volte fortemente personalizzate, come avviene ad esempio nelle relazioni contrattuali — cui abbiamo più volte fatto cenno in queste pagine — che implicano investimenti specifici, ecc.).

E, mentre la contrattazione standardizzata si colloca per lo più in contesti tendenzialmente concorrenziali (178) (e, talora, anzi, esasperata-

(177) Qual è, in fondo, la stessa categoria del « contratto con asimmetria di potere contrattuale », che — per ammissione dello stesso Roppo — non allude ad altro (sia pure ricorrendo alla formula "più moderna" della « asimmetria di potere contrattuale ») se non alla generica e indistinta categoria della « debolezza » contrattuale.

(178) In presenza di contesti non concorrenziali, vuoi per l'esistenza di monopoli, vuoi per la formazione di cartelli tra le imprese, vuoi per il determinarsi di posizioni dominanti, la tutela (del consumatore e dell'utente) non può essere affidata alle (sole) armi del diritto dei contratti (che, in questi casi, apparirebbero deboli e spuntate), ma deve affidarsi alla normativa *antitrust* (lotta ai monopoli legali e liberalizzazioni; repressione delle intese anticoncorrenziali e degli abusi di posizioni dominanti, e così via). Il problema è — semmai — quello di rendere i consumatori soggetti attivi

mente competitivi), nei quali sovente non si prospetta un problema di equilibrio economico delle prestazioni (perché la dinamica concorrenziale spinge già inesorabilmente verso il basso il prezzo di beni e servizi) (179), ma piuttosto un problema di controllo sulla parte "normativa" del contratto (180) (in relazione alla quale le imprese cercano di recuperare — con metodi a volte, appunto, scorretti — i margini di profitto erosi dalla competizione sui prezzi), ben diversa è la situazione che si presenta nelle relazioni contrattuali tra imprese.

In queste ultime l'eventuale abuso del contraente che disponga in partenza di (o sia riuscito ad acquisire nel corso del rapporto) una posizione di dominanza sull'altra parte (181) è un abuso che tenderà a realizzarsi proprio sul terreno delle condizioni economiche del rapporto, in quanto il contraente cercherà col proprio comportamento (opportunistico) di appropriarsi (ai danni dell'altra parte) della maggiore quantità possibile del *surplus* di valore che la relazione commerciale instaurata (o instauranda) è suscettibile di generare (rispetto alla situazione economica di partenza). In concreto tutto ciò si tradurrà nell'imposizione di condizioni gravose, vuoi perché l'impresa "forte" riesca a far accettare corrispettivi iniqui (o, comunque, squilibrati), vuoi perché essa tenti di appropriarsi dell'utile spettante (contrattualmente) alla controparte attraverso comportamenti che incidano sulle modalità (e, in particolare, sui termini) di pagamento, sulle conseguenze del ritardo, e così via.

È su questo terreno dunque che — nel caso dei contratti tra imprese (diversamente che nei con-

della politica *antitrust*: e la vicenda (recente, almeno nel nostro Paese) della riconosciuta legittimazione dei consumatori a far valere direttamente la violazione delle norme a tutela del mercato si muove proprio in questa direzione (cfr. Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, e l'ampio dibattito che questa pronuncia ha suscitato. In arg. cfr. NERVI, *La difficile integrazione fra diritto civile e diritto della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 495 ss.).

(179) Cfr. RIFKIN, *The Age of Access* (2000), trad. it. di P. CANTON, Milano, 2000, specialmente 125 ss.

(180) E cioè sulle condizioni generali di contratto, intorno alle quali — non a caso — il legislatore concentra l'attenzione attraverso il controllo esercitato sulle clausole abusive.

(181) Il riferimento — come già sappiamo — è alle ipotesi (di abuso che si generi in contesti) di cosiddetta dominanza relativa (quella che si può determinare all'interno di una specifica relazione con una controparte determinata). Nel caso in cui, invece, l'abuso trovi il suo presupposto in un (vero e proprio) "potere di mercato" (ad esempio: posizione dominante), allora la sua repressione è affidata (fondamentalmente) all'operare delle normative *antitrust* (v. anche *supra*, nt. 155).

Formazione del contratto

tratti col consumatore) — il legislatore deve direttamente intervenire, se vuole tutelare il contraente debole (e, al contempo, assicurare — sotto questo profilo — il corretto svolgimento delle relazioni di mercato).

Il che dimostra che non è la generica (tutela) di una situazione di debolezza (o di asimmetria di potere contrattuale) che può consentire di accomunare contratti col consumatore e contratti “diseguali” tra imprese: perché, non appena si specifici (come pur deve farsi) quella generica (e, come tale, insignificante) qualifica di « contraente debole » (cui spesso si trova comodo, con atteggiamento sbrigativo, fare senz'altro riferimento), ci si rende conto che i modi e le tecniche di tutela devono necessariamente differenziarsi, rimanendo in tal guisa irriducibili a uno schema unitario (182).

Non può, poi, dimenticarsi un altro profilo che contribuisce ulteriormente a segnalare la (irriducibile) diversità dei problemi che si pongono nell'area dei contratti con i consumatori e in quella dei rapporti tra imprese, con la conseguente necessità di intervenire con strumenti e tecniche di tutela anch'essi diversi (come dev'essere, se si vuole che siano adeguati alla specificità delle fattispecie che essi disciplinano).

Il profilo al quale si intende alludere concerne il fatto che, mentre nell'area delle relazioni contrattuali tra imprese e consumatori i contratti posti in essere appartengono per lo più (anche se non sempre) al genere dei « contratti istantanei » (che esauriscono i loro effetti in uno scambio isolato, il quale non crea un rapporto tra i contraenti destinato a durare nel tempo), e inoltre sono contratti che (anche quando coinvolgono valori economici

(182) Anche quando, *prima facie*, la tecnica di tutela possa apparire la medesima — si pensi al ricorso al meccanismo dello *ius poenitendi*, innestato nel procedimento di formazione del contratto di *franchising* (v. *supra*, § 11) —, ad un'analisi appena più approfondita essa rivela (e non può essere altrimenti) i segni dell'adattamento, se non del radicale mutamento di natura. E così lo *ius poenitendi* che, nei contratti dei consumatori, è vero e proprio recesso da un contratto già concluso (ma senza effettiva consapevolezza, perché avvenuto nell'assenza di una vera trattativa) — decisione di abbandonare (*re melius perpensa*) l'affare che non ha bisogno di essere motivata, perché la contrattazione di massa esige rimedi rapidi e certi, che non lascino dietro di sé code di contenzioso (cfr. ALESSI, *Luci ed ombre del nascente diritto europeo dei contratti*, in *Diritto europeo ed autonomia contrattuale* a cura di R. ALESSI, Palermo, 1999, 7 ss., specialmente 19 ss.) —; nel rapporto invece tra (aspirante) *franchisor* e (aspirante) *franchisee*, esso diventa recesso dalle trattative (qui, ben presenti!), cioè qualcosa di completamente diverso (non foss'altro perché deve trattarsi di un recesso motivato, pena la soggezione alla responsabilità *ex art. 1337 c.c.*).

relativamente importanti per il contraente debole: si pensi, ad esempio, ad un contratto di multiproprietà) non implicano da parte sua investimenti specifici (con la serie di problemi che essi comportano), entrambe queste caratteristiche risultano esattamente rovesciate nelle relazioni contrattuali tra imprese, con riferimento alle quali si è posto il problema della cosiddetta asimmetria di potere contrattuale. In particolare, ci si trova qui di fronte a un modello contrattuale del tutto diverso (quello dei cosiddetti *relational contracts*, o, secondo un'altra terminologia, contratti di lunga durata) la cui natura comporta una serie di problemi specifici (ineliminabile incompletezza del testo contrattuale, necessità di rinegoziarne il contenuto in relazione alle sopravvenienze, ecc.: v. REVISIONE E RINEGOZIAZIONE DEL CONTRATTO), che non hanno ovviamente alcun riscontro — o si pongono, comunque, in termini completamente diversi — nell'area dei contratti con i consumatori.

Il discorso sin qui svolto conduce, dunque, ad un'unica (e, a questo punto, necessitata) conclusione: è cioè che non è configurabile (e non ha senso sforzarsi di costruire) un unitario “paradigma” (di « contratto con asimmetria di potere contrattuale ») all'interno del quale ricomprendere tanto le normative di « secondo contratto » quanto quelle riconducibili al « terzo contratto ».

15. *La prospettiva della ricomposizione dell'unità dello statuto generale del contratto: critica.* — L'impressione (che però — come si è visto — è solo apparente) di soluzioni “comuni” che si starebbero affermando tanto nel settore dei contratti con i consumatori quanto in quello dei contratti tra imprese potrebbe indurre taluno ad ipotizzare un possibile (ulteriore) processo di “generalizzazione” che, in prospettiva, porti alla ricomposizione di un unitario statuto generale del contratto, secondo un modello (risalente all'età delle prime grandi codificazioni civili) che il primo apparire delle normative consumeristiche sembrava aver messo decisamente in crisi.

Suggerzioni in questa direzione si alimentano in contesti (di discorso) diversi, e si intrecciano con problematiche (anche più ampie di quella qui affrontata) alle quali è possibile fare solo un rapido accenno.

La prospettiva indicata è sembrata, ad esempio, a qualche studioso acquisire una tangibile concretezza (se pur con riferimento ad un ambito particolare e parziale) quando, occupandosi dell'attuazione della direttiva sulla garanzia nella vendita di « beni di consumo » (direttiva del Parla-

mento europeo e del Consiglio 25 maggio 1999, n. 1999/44/CE), fu possibile osservare che i tratti della tutela riprendevano soluzioni e concetti nati con riferimento alla (Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sulla) vendita internazionale di beni mobili, che — com'è noto — riguarda le vendite “commerciali” (che si concludono tra imprenditori); constatazione che poteva suggerire di non limitare la nuova disciplina della garanzia alle sole vendite (di beni di consumo) ai consumatori, ma di generalizzarla estendendola a tutte le vendite (indipendentemente dal tipo di bene che ne formi oggetto e dalla qualità soggettiva dei contraenti) (183). Che è poi la soluzione in qualche modo adottata dal legislatore tedesco della (recente) *Modernisierung* dello *Schuldrecht* (che ha, fra l'altro, ampiamente riformato il *Kaufrecht*), nell'ambito anzi di una scelta ancora più ampia (sebbene non incontestata), che ha pensato di ricondurre nella sede del codice civile tutte le varie normative (per lo più di derivazione comunitaria) appartenenti al « nuovo diritto dei contratti », quasi che la semplice collocazione topografica in un contesto unitario possa esser sufficiente a far venire meno i dubbi sulla coerenza (*inter se*) e sulla omogeneità di normative che sono espressione di interessi e di valori profondamente diversi (se non addirittura affatto antitetici) (184).

Scelta che — passando adesso sul terreno dello *Juristenrecht* — è sostanzialmente la stessa che risulta sottesa alle soluzioni (e all'impianto gene-

rale) dei *Principles of European Contract Law* (*PECL*) elaborati dalla Commissione Lando, incoraggiata forse (nel perseguire il progetto di ricomposizione dell'unità del diritto generale dei contratti) dalla constatazione che certe soluzioni e istituti originariamente affermatasi nella legislazione consumeristica si sarebbero fatti strada ormai anche nella disciplina delle relazioni contrattuali tra imprese (almeno a leggere la “codificazione”/interpretazione autentica della *lex mercatoria*, contenuta nei Principi sui contratti commerciali internazionali, redatti dall'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato-UNIDROIT).

Le ragioni che inducono (tuttavia) a non ritenere persuasiva (o, quanto meno, ancora matura) questa prospettiva di sviluppo del diritto dei contratti sono molteplici, e sono state altre volte enunciate (185), onde non occorre qui riprenderle. Si può solo sottolineare, in questa sede, come la recente emanazione del codice del consumo, che raccoglie e colloca — con scelta consapevole — fuori dal codice civile tutta la normativa relativa al contratto con i consumatori, sembri avallare (almeno nel nostro ordinamento, e almeno per il momento) la prospettiva della differenziazione anziché quella di una artificiale unità del diritto contrattuale.

G i o v a n n i D' A m i c o

FONTE. — L. 18 giugno 1998, n. 192, sulla subfornitura; d. lg. 9 ottobre 2002, n. 231, sui ritardi di pagamento; l. 6 maggio 2004, n. 129, sul *franchising*; d. lg. 6 settembre 2005, n. 206, codice del consumo.

LETTERATURA. — Per indicazioni bibliografiche v. gli autori citati nelle note al testo.

(185) Cfr. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit. (ripreso da D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento*, cit., 47 s.).

(183) Ma v., per alcune persuasive obiezioni a questa prospettiva, gli autori che sono ricordati in D'AMICO, *La disciplina della vendita come « tipo generale »* (Elogio della differenziazione), in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto* (Atti del Convegno di Foggia, 25-27 settembre 2003) a cura di F. MACARIO e M.N. MILETTI, Milano, 2006, 429 ss., specialmente 442 s.

(184) E cfr., ad esempio, le osservazioni di Patti, riportate *supra*, nt. 20.

Giuffrè Editore