

I contratti d'impresa

Sommario: I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.

1. Precisazioni terminologiche. - 2. I contratti dell'impresa nella prospettiva storica e fenomenologica. - 3. Sulla utilità e sulla legittimità di una considerazione d'insieme dei contratti dell'impresa.

II. I CONTRATTI DELL'IMPRESA NELLA PROSPETTIVA STORICA.

4. Contratti civili e contrattazioni commerciali nel codice civile del 1865. - 5. Atto e soggetto nel codice di commercio del 1882. - 6. Critica al particolarismo giuridico. Il diritto commerciale come categoria storica. - 7. La "svolta storica del diritto commerciale" nel codice civile del 1942.

III. FENOMENOLOGIA DEI CONTRATTI DELL'IMPRESA.

8. Contratto e impresa nella società del mercato. - 9. Contratti dell'impresa e contratti d'impresa nel codice civile. - 10. Contratti d'impresa (e dell'impresa) nelle leggi speciali, nei testi unici e nel codice del consumo: sguardo d'insieme. - 11. "Il diritto commerciale del terzo millennio": contratti d'impresa, *lex mercatoria* e codificazioni colte. - 12. Nota di sintesi. Contratti d'impresa e "nuovo diritto dei contratti".

IV. "CONTRATTI D'IMPRESA" TRA FIGURA EMPIRICA E CATEGORIA DOGMATICA.

13. Delimitazione del campo d'indagine ai contratti d'impresa (contratti qualificativi). - 14. Standardizzazione contrattuale e interesse dell'impresa. - 15. Attività d'impresa e contratti del consumatore. - 16. Asimmetria di potere economico e contratti tra imprese. - 17. Conclusione intermedia. La figura trasversale dei "contratti con asimmetria di potere". - 18. Contratti con l'impresa (cenno sui contratti bancari e finanziari). - 19. Contratti simmetrici d'impresa: codice civile, giurisprudenza e codificazioni colte.

V. CONCLUSIONI. CONTRATTO (IMPRESA) E MERCATO.

20. Dal diritto dei mercanti al diritto del mercato: contratti d'impresa e contratti del mercato. - 21. Classificazioni e codificazioni. - 22. Utilità e legittimità della figura empirica dei contratti d'impresa quali "contratti tra imprese". - 23. Crisi e centralità della (meta-)categoria del contratto.

I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.

1. *Precisazioni terminologiche.*

Nell'uso corrente in dottrina, i termini "contratto" e "impresa" sono legati in due formulazioni quasi identiche, e tuttavia da tenere distinte perché l'una è (rispetto all'altra) di significato generale e l'altra è (in quel rapporto) di significato speciale. La prima espressione è "contratti *dell'impresa*"; la seconda, "contratti *d'impresa*".

La prima espressione si comprende alla luce di una concezione "globale" dell'impresa, accolta nel codice civile, nella quale soggetto dell'attività d'impresa ("imprenditore"), attività d'impresa ("impresa") e oggetto dell'attività d'impresa ("azienda") costituiscono una realtà giuridica unitaria, corrispondente a una organizzazione economica complessa olisticamente considerata⁽¹⁾. In questa ottica si può discorrere di "contratti dell'impresa", quali contratti posti in essere nell'ambito della specifica realtà organizzata, pur essendo i contratti precisamente stipulati (né potrebbe essere

⁽¹⁾ Cfr. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *RDC*, 1976, I, 591 s.; ID., *Principi*, in *Tratt. Buonocore*, Torino, 2001, 46 ss.; SPADA, "Impresa", in *D.I. disc. priv. sez. comm.*, VII, Torino, 1992, 36 s.

altrimenti) dal soggetto dell'attività: l'imprenditore. Rispetto all'espressione "contratti dell'imprenditore", l'espressione "contratti dell'impresa" può apparire meno esatta, ma è indubbiamente più ricca di significato. Mentre la prima rilascia esclusivamente l'informazione sulla *qualifica* del soggetto che pone in essere l'atto (imprenditore che conclude un contratto), la seconda aggrega l'ulteriore informazione che quel soggetto, così qualificato, pone in essere l'atto proprio nell'*esercizio* della qualifica (imprenditore che conclude un contratto per l'impresa). Questo arricchimento semantico è indispensabile per cogliere il rapporto tra "contratto" e "impresa", quale rapporto non tra atto e soggetto, ma tra atto (contrattuale) e attività (d'impresa) ⁽²⁾.

L'espressione "contratti dell'impresa" si riferisce a tutti i contratti, quali siano, che fanno capo all'impresa: che sono cioè stipulati dall'imprenditore per l'impresa e dunque, metonimicamente, "dall'impresa". Secondo una accreditata classificazione: *i*) i contratti attinenti alla *costituzione* e *organizzazione* dell'impresa; *ii*) i contratti attinenti alla *esplicazione* dell'attività d'impresa; *iii*) i contratti attinenti al *coordinamento* dell'attività d'impresa (ossia: la disciplina convenzionale della concorrenza); *iv*) i contratti sulla *crisi* d'impresa ⁽³⁾.

L'espressione "contratti d'impresa" è invece riferita esclusivamente ai contratti attinenti alla *esplicazione* della specifica attività d'impresa. Attraverso tali contratti si esercita l'attività tipica dell'impresa. In questa classe di contratti i termini del rapporto tra atto e attività si precisano peculiarmente; "contratto" e "impresa" si legano infatti in nesso *funzionale*. Per tali contratti è perciò stata proposta la denominazione di "contratti qualificativi" ⁽⁴⁾.

Altre espressioni ricorrenti sono "contratti commerciali" (che a rigore, nel nostro ordinamento, si riferiscono all'impresa commerciale ai sensi dell'art. 2195 c.c.) e "contratti del consumatore" (quali contratti unilaterali d'impresa, stipulati con il consumatore) ⁽⁵⁾. Esse sono usualmente concepite come altrettante *specificazioni* dell'espressione "contratti d'impresa".

In queste pagine le espressioni "contratto e impresa" e "contratti imprenditoriali" (da considerarsi equivalenti) sono riferite a tutte le espressioni ora elencate, inclusivamente.

2. I contratti dell'impresa nella prospettiva storica e fenomenologica.

La vicenda dei contratti dell'impresa è stata segnata dalla abrogazione del codice di commercio e dalla unificazione del diritto privato nel codice civile in vigore ⁽⁶⁾.

Se si ripercorre il dibattito sulla unificazione del diritto privato, instauratosi all'indomani della emanazione (nel 1865) del codice civile e del codice di commercio, ci si avvede con immediatezza che proprio sul diritto dei contratti il confronto si fece aspro e le posizioni si stagliarono nette. A differenza di altre materie intrinsecamente commercialistiche (diritto della navigazione, diritto

⁽²⁾ Cfr. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962³, 95. Su questa linea di analisi si sviluppano i contributi di maestri del diritto commerciale in opere dedicate ai contratti d'impresa: cfr. AG. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, 365 ss. (dove l'attività d'impresa è studiata nella sua incidenza sulla configurazione causale del contratto); LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, Milano, 1965, spec. 41 ss. (dove è studiata la funzionalizzazione dell'atto alle finalità perseguite con l'attività).

⁽³⁾ Cfr. DALMARTELLO, *I contratti*, cit., 94 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. DALMARTELLO, *I contratti*, cit., 100; 347 ss., che tuttavia riferisce l'espressione all'impresa *commerciale*: i contratti qualificativi sarebbero, in questa visione, esclusivamente i contratti realizzativi delle attività individuate nell'art. 2195 c.c. Cfr. anche le precisazioni terminologiche di OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *RDC*, 1995, I, 629 s.

⁽⁵⁾ Cfr. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in AA.VV., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato (Convegno di studio, Siena, 22-24 settembre 2004)*, a cura di Sirena, Milano, 2006, 15 (pubblicato anche in *RDC*, 2004, I, 241 ss.).

⁽⁶⁾ Ai fini della questione sollevata dai contratti dell'impresa può essere accettabile partire da questa tappa postunitaria; per una sintesi efficace delle vicende che condussero a tale esito, cfr. la autorevole e documentata ricostruzione di ACQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960 e poi il contributo di BONINI, *Appunti di storia delle codificazioni moderne e contemporanee*, Bologna, 1993³.

fallimentare e diritto societario) il diritto contrattuale si presentava scisso nella sua essenza, raccolto ma anche diviso in due codificazioni coesistenti, a regolamentare da un lato gli scambi civili e dall'altro gli scambi commerciali. In seguito, la ricomposizione di quella scissione e la rilevante sovrapposizione disciplinare che ne seguì favorì un processo di progressivo assorbimento concettuale del “contratto commerciale” nel “contratto civile commercializzato” e infine nel “contratto” genericamente inteso.

Nella fase successiva del dibattito si discusse (e si discute) non più sulla opportunità della unificazione disciplinare della materia contrattuale (ormai dato della realtà) ma sulla possibilità di ritagliare, dentro la disciplina uniforme, uno spazio di persistente separatezza per i contratti (non più commerciali ma) dell'impresa (e di elevare tali contratti a categoria dogmatica).

Le ragioni addotte a favore dell'una e dell'altra tesi nella prima fase del dibattito restarono assorbite in quelle richiamate anche nella seconda fase, che dalle prime si originavano. Una trattazione che non considerasse la prima fase e si esaurisse sulle dispute attuali non coglierebbe appieno il senso che in queste ultime è riposto. Come accade sovente, le questioni attuali si chiariscono e si presentano sotto una luce nuova se considerate storicamente.

Di non secondaria importanza è, inoltre, la tecnica adoperata nel vigore del sistema dualistico per contraddistinguere un'area separata per i contratti commerciali. Nel solco della tradizione, si valorizzarono la natura oggettiva dell'atto (che doveva essere espressivo dell'attività commerciale) e la partecipazione del commerciante al contratto. Natura dell'atto e qualità del soggetto si rivelano tuttora elementi essenziali per ogni tentativo di ricostruzione della figura dei contratti dell'impresa. Anche sotto questo aspetto, la prospettiva storica si raccomanda particolarmente ⁽⁷⁾.

I termini essenziali in cui si articola la questione dei contratti imprenditoriali sono l'insieme di regole codicistiche sui contratti dell'impresa e d'impresa e la ricca prassi che li contraddistingue.

Ma, a partire da questo nucleo essenziale, l'oggetto di studio si allarga subito in un vasto e complesso scenario: fatto di regole generali sui contratti (le più astratte collocate nel codice civile, altre – di immediato rilievo settoriale - nei testi unici bancario e finanziario e nel codice del consumo); integrato, inoltre, da discipline tipiche (contenute anch'esse sia nel codice che nelle leggi speciali); arricchito, ancora, da figure socialmente tipiche forgiate dalla prassi commerciale. Di queste ultime, alcune sono divenute oggetto di regolamentazione – mai in via generale, bensì sotto determinati profili, più estesi (*franchising*) o meno estesi (es., *factoring* e *leasing*) – altre sono

⁽⁷⁾ Le potenzialità del metodo furono più in generale illustrate da Tullio Ascarelli, che particolarmente nel diritto commerciale ravvisò una categoria non ontologica ma storica, quale “diritto del capitalismo” (cfr., per es., ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *RDCo*, 1934, 1 ss.; ID., *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962³, spec. 85 ss.). L'impostazione fu seguita, in Francia, da RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1948²; in Spagna, da GARRIGUES, *Tratado de derecho mercantil*, Madrid, 1947, 3 ss. A riguardo, cfr. le notazioni di GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001⁴, 27, nota 17. In prospettiva ancora più ampia, è importante sottolineare che il metodo seguito da Ascarelli risponde a una tradizione forse minoritaria ma da oltre un secolo fondamentale e viva nel dibattito civilistico (cfr., per l'autorevolezza, la dottrina di PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in ID., *Diritto civile. Metodo-teoria-pratica. Saggi*, Milano, 1951, 218 s.; ID., *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, ivi, 524, e, in generale, le riflessioni di GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002). Quanto questo atteggiamento metodologico sia proficuo nella scienza giuridica è icasticamente rappresentato proprio dallo storico del diritto, che insegna: “Il diritto non è mai una nuvola che galleggia sopra un paesaggio storico. È esso stesso paesaggio, o, se vogliamo, sua componente fondamentale e tipizzante. Ed è per questo che farà i conti con i tempi e gli spazi più diversi, che avrà diverse manifestazioni a seconda delle diverse esigenze dei climi storici in cui si immerge, manifestazioni che vanno interpretate e applicate affinché divengano concreto tessuto storico” (GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2006⁷, 43).

stabilmente riconosciute nel c.d. diritto vivente (è il caso dei contratti autonomi di garanzia)⁽⁸⁾. Al diritto positivo si affiancano infine le proposte di codificazione elaborate dalla dottrina.

Molti elementi di questo variegato scenario sono emersi all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza soltanto negli ultimi anni del secolo scorso. Questa emersione ha determinato in letteratura un rinnovato interesse per i contratti dell'impresa⁽⁹⁾.

3. Sulla utilità e sulla legittimità di una considerazione d'insieme dei contratti dell'impresa.

La questione fondamentale che investe il tema - e sulla quale si concentra conseguentemente il presente lavoro - è quella relativa alla *utilità* e *legittimità* della considerazione d'insieme dei contratti dell'impresa nell'attuale contesto positivo che non riserva una disciplina generale organica e separata ai contratti oggettivamente o soggettivamente imprenditoriali ma, molto più limitatamente, regola determinate classi di contratti⁽¹⁰⁾.

La questione si puntualizza nella verifica della possibilità di ricostruire la figura dei contratti imprenditoriali nei termini di una *categoria dogmatica*; secondariamente, e qualora questa

⁽⁸⁾ Cfr. le osservazioni di G. DE NOVA, *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?*, in *RDC*, 2006, *Atti del convegno per il cinquantenario della Rivista. Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, 346 ss.

⁽⁹⁾ Il tema dei contratti dell'impresa - compiutamente indagato da Arturo Dalmartello in un noto e risalente lavoro (cfr. DALMARTELLO, *I contratti*, cit., la cui prima edizione è del 1952; nella letteratura precedente, va ricordato VALERI, *Brevi note per lo studio del nuovo diritto commerciale. 4. Per la sistematica dei contratti commerciali*, in *RDCo*, 1943, I, 137 ss.) - non ha registrato interventi significativi per decenni. Tra le poche eccezioni, vanno ricordati i contributi di: CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *RDC*, 1974, I, 523; INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in *Tratt. Galgano*, II, Padova, 1978, 309; ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in *AA.VV.*, *L'impresa*, a cura di Libonati e Ferro Luzzi, Milano, 1985, 183; RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, in *RDC*, 1994, I, 107; ID., *Proposte e accettazioni contrattuali nell'esercizio dell'impresa*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, II, Padova, 1992, 1 ss. (pubblicato anche in *RDC*, 1991, I, 1) Ancora a metà degli anni Novanta, OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, cit., 629, in un giudizio consuntivo sulla letteratura in tema discorreva di "scarsi anche se importanti contributi".

Il tema si è riproposto nella convegnistica e nella letteratura degli ultimi anni, e in particolare dell'ultimo quinquennio, in dibattiti che hanno assunto toni anche accesi. Cfr. sin d'ora i saggi raccolti in *AA.VV.*, *Il diritto europeo*, cit. e i lavori di un maestro del diritto commerciale che negli ultimi anni ha dedicato particolare attenzione al tema: BUONOCORE, *I contratti d'impresa tra codice e legislazione speciale*, in *Riv. it. leasing*, 1993, 469 ss.; ID., *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *RDC*, 1995, I, 1; ID., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000; ID., *Presentazione del Trattato*, in *Tratt. Buonocore*, Torino, 2001; ID., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006. Il tema è stato indagato anche monograficamente: nella sua interezza da SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, Milano, 2002; sotto il profilo della interpretazione dell'atto da A. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti d'impresa*, Napoli, 1999; sotto il profilo della formazione del vincolo da CAPO, *Attività di impresa e formazione del contratto*, Milano, 2001.

⁽¹⁰⁾ Ancora nel 1988, nell'introdurre la trattazione sui contratti d'impresa per l'"Enciclopedia Giuridica", Arturo Dalmartello avvertì la necessità di giustificare una scelta che all'epoca non cessava di apparire singolare: "Il fatto stesso che nel piano generale di questa enciclopedia giuridica sia stata prevista una "voce" particolare dedicata ai *contratti "d'impresa"*, e che di questa "voce" si intraprenda qui la illustrazione, implica, da parte dei coordinatori dell'opera e dell'autore della voce, la soluzione *positiva* di un problema preliminare: quello della utilità e legittimità di una considerazione d'insieme, nell'attuale sistema giuridico, di una pluralità di contratti qualificati dal fatto di realizzare (o di concorrere a realizzare) le esplicazioni di quella attività umana che è l'attività d'impresa" (DALMARTELLO, "Contratti d'impresa", in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 1). Nella dottrina recente, SAMBUCCI, *Il contratto*, cit., dedica l'intero primo capitolo all'inquadramento del problema dei contratti dell'impresa e alla dimostrazione della utilità e legittimità di una indagine che lo riguardi (cfr. spec. 76).

Per il rilievo che, nel sistema contrattuale unificato, la figura dei contratti dell'impresa "non ha ufficiale diritto di cittadinanza" v. GALGANO, *I contratti d'impresa. I titoli di credito. Il fallimento*, Bologna, 1980, 1 ss.; per la tesi che nel codice in vigore ai contratti dell'impresa sono dedicate regole eterogenee e asistematiche cfr. ANGELICI, *La contrattazione*, cit., 187; mentre di poche disposizioni e per di più "frammentarie" discorre INZITARI, *L'impresa*, cit., 309.

possibilità dovesse ritenersi esclusa, la questione si ridefinirebbe nella domanda sulla utilità e legittimità di una figura più modestamente *empirica*, che tuttavia coniughi il contratto e l'impresa con vantaggi apprezzabili in sede ermeneutica.

Sotto il primo aspetto, l'interrogativo a cui si deve precisamente rispondere è se “quella dei contratti d'impresa sia, ben più che una figura contrattuale, un insieme di modelli negoziali caratterizzati da notazioni comuni e così individualizzati da denotare una autentica categoria dogmatica”⁽¹¹⁾.

Per legare in una categoria “contratto” e “impresa” occorre dunque innanzitutto considerare le rispettive discipline e dunque gli interessi e i valori sottesi – per diritto positivo - al “contratto” e gli interessi e i valori sottesi all’“impresa”; quindi verificare se, nell'attività contrattuale riferibile all'impresa, emerga che interessi e valori dell'impresa si coniughino effettivamente con gli interessi e i valori espressi dal contratto: cosicché la struttura del contratto risenta di questa connessione e il contratto si determini come “dell'impresa”.

L'integrazione in una categoria di “contratto” e “impresa” richiede pertanto che le discipline che vengono in questione possano essere spiegate nel senso della *funzionalizzazione* del contratto quale atto all'impresa quale attività.

Il che presuppone, innanzitutto, che il contratto si presenti come strumento esclusivo dell'attività di impresa, e dunque essenziale all'attività, oppure quale strumento tipico dell'attività, e dunque a essa connaturato. Ma presuppone, inoltre, che sul piano delle concrete discipline possa rinvenirsi una *ragione comune* al contratto e all'impresa, la quale si manifesti nella tutela apprestata agli specifici *interessi* riferibili all'attività, e dunque affermi i valori in essa custoditi.

Qualora fosse possibile ricostruire le discipline dei contratti riferibili (per come precisato) all'impresa attribuendo loro la complessiva e costante funzione di conformare l'atto all'attività, si fornirebbe una giustificazione teorica unitaria delle normative sulla contrattazione d'impresa. Sarebbe perciò possibile anche razionalizzare il variegato materiale legislativo, isolando una serie di *principi generali* propri della contrattazione d'impresa, utili a costituirne una costante trama ordinante⁽¹²⁾.

Così ricostruite e ricondotte all'unità del sistema, le discipline dei contratti riferiti all'impresa si qualificerebbero come complesso normativo *speciale* rispetto alla disciplina del contratto in generale⁽¹³⁾.

Su questo esito di indagine, potrebbe legittimamente discorrersi della “categoria dei contratti imprenditoriali”.

Ma si è anticipata l'importanza dell'ulteriore questione: sulla perdurante utilità e legittimità di una nozione che, pur non raggiungendo la purezza della categoria, reclamasse il ruolo – più modesto, ma certamente rilevante - di strumento empirico effettivamente proficuo per il lavoro del giurista⁽¹⁴⁾.

⁽¹¹⁾ Cfr. FALZEA, *Introduzione*, in AA.VV., *Il diritto europeo*, cit., 3 s. (pubblicato, con il titolo *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, in RDC, 2004, 1 ss.).

⁽¹²⁾ Cfr. i rilievi di GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, s.d. (ma 1962) che - a proposito del diritto commerciale - scrive: “costituisce per noi diritto (giuridicamente) autonomo un corpo di norme, le quali regolano una serie di rapporti speciali in maniera particolare e siano in tal numero, da potersene agevolmente desumere taluni principi generali”. V., inoltre, l'impostazione del problema in OPPO, *Principi*, cit., 61.

⁽¹³⁾ Cfr. anche i rilievi metodologici di CIAN, *Dall'antica bipartizione “contratti civili – contratti commerciali” all'odierna pluripartizione dei rapporti obbligatori: valore sistematico ed ermeneutico di una classificazione per differenti discipline*, in AA.VV., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., 400 (pubblicato, con il titolo *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in RDC, 2004, I, 849 ss.).

⁽¹⁴⁾ L'importanza della questione empirica è manifesta nei tempi correnti, di crisi del discorso dogmatico inteso nel senso di discorso sistematico. Ma si tratta di un ricorso storico: “la scienza giuridica torna sempre a interrogarsi, e si mette in questione come “scienza”, e si dibatte fra teoria e pratica, empirismo e dogmatismo, relatività e assolutezza” (IRTI, *La polemica sui concetti giuridici*, in ID., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, 51).

II. I CONTRATTI DELL'IMPRESA NELLA PROSPETTIVA STORICA.

4. *Contratti civili e contrattazioni commerciali nel codice civile del 1865.*

Il dibattito sulla unificazione dei codici si condusse con riferimento alla codificazione civile del 1865 e commerciale del 1882⁽¹⁵⁾. Il codice di commercio del 1865, confezionato sulla falsariga del codice di commercio sardo del 1842 e dunque del codice di commercio napoleonico del 1807, fu subito “comunemente considerato come un codice di mera transizione”⁽¹⁶⁾; cosicché, “Non appena promulgato il codice di commercio del 1865 si sentì tuttavia il bisogno di preparare una riforma più ampia e meditata”⁽¹⁷⁾.

A uno sguardo retrospettivo, “Il codice civile del 1865 rispecchia una società eminentemente agricola, di antica e triste povertà”⁽¹⁸⁾. In quella codificazione, i beni erano concepiti nel valore d'uso, quali risorse per la vita; erano dunque disciplinati, essenzialmente, per stabilire su di essi l'attribuzione proprietaria.

Già l'ordine della materia svela la matrice “proprietaria” che informava il codice nella sua interezza. In particolare, la disciplina generale sui contratti era nel libro terzo, dedicato ai modi di acquistare e trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose; più precisamente, sotto il titolo IV, dedicato alle obbligazioni e ai contratti in genere; e specificamente sotto il capo I, sulle cause delle obbligazioni; nella sezione I: “Dei contratti”.

In un sistema fondato sul valore d'uso piuttosto che sul valore di scambio, la circolazione giuridica era tutta condizionata dal consenso delle parti, e dunque - atomisticamente - dalla volontà del soggetto di diritto. Lo scambio, quale riallocazione di un valore di uso, non costituendo in se stesso valore non era protetto in se stesso ma solo in quanto effettivamente conforme alla volontà dei contraenti. Si comprende pertanto che il modo di circolazione della proprietà tra vivi fosse incentrato sul contratto. Infatti, poiché la legittimazione del contratto riposava sulla sua natura di accordo, di vincolo sorto dal reciproco consenso delle parti, il contratto era considerato lo strumento elettivo per realizzare lo scambio (e, tra le fonti di obbligazione, l'unica prevista come modo di acquisto della proprietà: art. 710, comma 2).

La disciplina dedicata era alquanto sintetica: estesa dall'art. 1098 all'art. 1139. Il contratto ne veniva fuori in una fisionomia asciutta, dotata di un elevato grado di astrattezza e adatta a rappresentare, in prospettiva, il volto giuridico dello “scambio di mercato”.

L'art. 1098 definiva il contratto come “l'accordo di due o più persone per costituire, regolare e sciogliere fra loro un vincolo giuridico”; il successivo art. 1104 disponeva che l'oggetto del contratto doveva essere determinato e suscettibile di costituire materia di convenzione. La definizione di “contratto” era dunque talmente ampia che non si mancò di notare come essa fosse riferibile, piuttosto che al contratto (quale convenzione avente a oggetto una obbligazione), direttamente alla convenzione (quale accordo su un oggetto di interesse giuridico)⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁵⁾ Cfr., sin d'ora, ROTONDI, *La questione del codice unico delle obbligazioni e il progetto di riforma del codice di commercio*, in *Monitore dei Tribunali*, 1923, 705 ss. e in ID., *Studi di diritto commerciale e di diritto generale delle obbligazioni*, Padova, 1961, 5.

⁽¹⁶⁾ OPPO, *Su alcuni contributi del codice di commercio del 1865 allo sviluppo del diritto delle obbligazioni*, in *Studi Volterra*, I, Milano, 1967, 167 ss. e in ID., *Obbligazioni e negozio giuridico, Scritti giuridici*, III, Padova, 1992, 439.

⁽¹⁷⁾ ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit. 63.

⁽¹⁸⁾ IRTI, *La cultura del diritto civile*, in ID., *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990, 4.

⁽¹⁹⁾ Cfr. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, III, 2, Firenze, 1873², 89. A riguardo, PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, II, 2, Padova, 1939³, 17, spiegava che il termine “contratto” era inteso in due accezioni: in senso lato, quale accordo di volontà inteso a costituire un vincolo giuridico; in senso stretto, quale accordo di volontà inteso a costituire una obbligazione o a trasferire o costituire un diritto reale; precisava l'illustre autore che proprio la prima lata accezione era seguita nell'art. 1098.

L'art. 1116 puntualizzava che soltanto le cose in commercio potevano formare oggetto di contratto. Funzione della regola era di stabilire il nesso tra contratto e patrimonialità dell'oggetto: il contratto poteva avere a oggetto solo beni commerciabili⁽²⁰⁾. Non inganni tuttavia la lettera della legge, riferita alle sole "cose in commercio": se essa può indurre la suggestione che l'oggetto del contratto si esaurisse in un insieme limitato di possibilità, in realtà era stabilito che l'oggetto del contratto si estendesse a tutto ciò che costituisce relazione di mercato e che, in quanto tale, integra lo spazio in cui si instaurano i rapporti economici⁽²¹⁾. La disposizione era, sotto questo aspetto, tautologica: può costituire oggetto dello scambio tutto ciò che può essere, giuridicamente, scambiato; tutto ciò di cui il commercio non sia vietato. Rileggendo oggi l'art. 1116 non è difficile scorgere che in esso si manifestava un rinvio praticamente *incondizionato* al mercato: valeva il principio per cui, tranne i divieti legali, tutto ciò che può costituire oggetto di relazione di mercato costituisce *per ciò stesso* oggetto di contratto. In tal modo, lo spazio del contratto seguiva all'ampliamento del territorio – ancora angusto, ma suscettibile di formidabili espansioni - del mercato⁽²²⁾.

Invece, a limitare la performatività delle regole codicistiche al mercato era l'ossequio assoluto alla volontà delle parti: in garanzia del valore d'uso e in pregiudizio dello scambio stesso (non considerato alla stregua di un valore). Che la validità e l'efficacia giuridiche dello scambio fossero garantite nei limiti in cui potevano dirsi conformi alla effettiva volontà delle parti si spiega riflettendo che l'economia del contratto si realizzava nel momento *dell'esecuzione*. In quel momento diveniva urgente e pressante la tutela della ragione proprietaria e dunque della volontà effettiva sullo scambio del bene della vita, considerato nel suo valore di uso.

Il conflitto regolato dal sistema delle obbligazioni si poneva tra "soggetti-proprietari di beni e soggetti che aspirano a diventarlo attraverso il contratto e l'obbligazione"⁽²³⁾. Mentre il proprietario rivestiva, nel contratto, il ruolo di debitore, invece l'aspirante proprietario rivestiva il ruolo di creditore. L'ossequio assoluto al dogma della volontà (del proprietario che alienava il bene) comportava che la disciplina fosse costruita all'insegna del *favor debitoris*. La volontà del debitore-proprietario era oltremodo tutelata. Per limitare i riferimenti a un esempio eloquente, la violazione da parte del proprietario dell'obbligo di trasferire la proprietà non era garantito da esecuzione forzata (come invece prevede oggi l'art. 2932 c.c.)⁽²⁴⁾.

Già da queste brevi annotazioni potrebbe emergere il ruolo centrale svolto dal contratto nel sistema delle obbligazioni civili. Non sembra superfluo aggiungere che le obbligazioni e i contratti, benché in rapporto di genere a specie, erano disciplinati sotto un *unico titolo*, rubricato su entrambi: a sottolineare ulteriormente l'egemonia del contratto tra le possibili fonti di obbligazione⁽²⁵⁾.

⁽²⁰⁾ Mentre, dal punto di vista del diritto commerciale, non sfuggiva che i beni che potevano essere commerciati, dedotti in contratto, erano effettivamente commerciati, e dunque considerati commercialmente: nel valore di scambio, piuttosto che nel valore d'uso. In altri termini, si apprestavano a divenire "merci": cfr. BOLAFFIO, *Il diritto commerciale*, Torino, 1925³, 3: "merce è ogni bene mentre è oggetto di scambio, di circolazione economica".

⁽²¹⁾ Cfr., per es., DUSI, *Istituzioni di diritto civile*, II, Torino, 1931², 8: con il contratto "si attua il quotidiano scambio dei beni e dei servizi tra gli uomini".

⁽²²⁾ Cfr. ancora le pagine suggestive di BOLAFFIO, *Il diritto commerciale*, cit., 4 ss. Se dunque è storicamente esatto affermare che il codice civile del 1865 è legge della borghesia fondiaria (cfr., per tutti, RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 2001⁷, 8 s.), è pur vero che la tutela pressoché incondizionata della libertà contrattuale (sia pure nelle forme della tutela della effettività del volere) contribuì a confezionare una disciplina generale dei contratti che, certamente attenta a una circolazione sicura della "proprietà", era nondimeno ricca di notevolissime potenzialità espansive. Né va sottovalutata la sinteticità della disciplina: il legislatore liberale si affidava ampiamente alla prassi operativa, favorendo al massimo una utilizzazione dello strumento contrattuale secondo le sollecitazioni del mercato.

⁽²³⁾ DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, diretto da Galgano, Roma-Bologna, 1989, 12.

⁽²⁴⁾ Cfr. GIORGIANNI, *Tutela del creditore e tutela reale*, in *RTDPC*, 1975, 859; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 12, nota 7.

⁽²⁵⁾ Cfr. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 12.

Inoltre, il codice civile era reputato la sede appropriata per le regole generali sul contratto, in quanto si stimava che esse appartenessero alla teoria generale del diritto privato ⁽²⁶⁾. Disponeva conseguentemente l'art. 1103, comma 1, che "I contratti, abbiano o non abbiano una particolare denominazione propria, sono sottoposti a regole generali, le quali formano l'oggetto di questo titolo" ⁽²⁷⁾; mentre il comma seguente precisava che le regole specifiche su determinati contratti civili erano raccolte sotto i titoli relativi a ciascuno di essi, invece "quelle proprie delle contrattazioni commerciali nel codice di commercio" ⁽²⁸⁾.

Dietro questo disegno, il mondo in cui si declinava il genere "contratto" era sotto il titolo IV, sezione I, rubricata appunto "Dei contratti". Il mondo del *particolare* era abitato - nel codice civile stesso - dai contratti civili tipici, e - nel codice di commercio - dalle contrattazioni commerciali complessivamente considerate (nella disciplina generale e nelle singole tipologie codificate).

A prestare attenzione all'uso delle parole, giova notare: non contratti commerciali, ma *contrattazioni*. Diremmo oggi: non atti, disegnati dalla legge, ma attività contrattuali; quasi a tradire una intuizione felice (la quale tuttavia troverà attuazione solo nel codice in vigore per svilupparsi poi nella legislazione complementare) che nel commercio e, più ampiamente, nell'attività d'impresa l'atto non è episodio singolare ma accadimento ripetuto, in una dinamica che si spiega con l'inserimento dell'atto nell'attività ⁽²⁹⁾; e a dare testimonianza della consapevolezza, già matura nella scienza commercialistica del tempo, che l'attività commerciale è soprattutto *contrattuale* ⁽³⁰⁾.

5. Atto e soggetto nel codice di commercio del 1882.

Gli atti di commercio erano tradizionalmente retti da regole specifiche, ma si arricchivano soprattutto delle prassi mercantili. Proprio con l'omaggio agli usi si apriva il codice di commercio del 1882. Aveva cura di precisare l'art. 1 che in materia di commercio si osservavano le leggi commerciali; dove queste non disponevano, si osservavano gli usi mercantili; soltanto in mancanza sia di diritto positivo che di fonti fattuali trovava applicazione il codice civile ⁽³¹⁾.

Per assecondare il pluralismo delle fonti generatrici, gli atti di commercio ⁽³²⁾ - pur analiticamente elencati - non si esaurivano in fattispecie tipizzate. L'art. 3 c. comm. prevedeva ventiquattro categorie di atti commerciali; ma l'articolo successivo aggiungeva che si consideravano

⁽²⁶⁾ Cfr., per l'autorevolezza, PACCHIONI, *Diritto civile*, cit., 20 s.; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, Milano, 1926⁵, 5. Più in generale, l'idea del diritto commerciale come sistema speciale rispetto al diritto civile, nel quale (e precisamente nel settore delle obbligazioni e dei contratti) sono fissati i principi generali che disciplinano lo stesso diritto commerciale, era diffusa nella dottrina classica (cfr. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, Milano, 1922⁴, 60 s.) ed è diffusa nei sistemi in cui sopravvive la codificazione commerciale: cfr., per es., RIPERT-ROBLLOT, *Traité de droit commercial*, I, 1, a cura di Vogel, Paris, 2001¹⁸, 2 ss.

⁽²⁷⁾ In realtà, soltanto sezione I, essendo la sezione II dedicata ai quasi-contratti e la sezione III ai delitti e quasi-delitti.

⁽²⁸⁾ Il riferimento, ovviamente, è al codice di commercio del 1865.

⁽²⁹⁾ Cfr. l'analisi di IANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Tratt. Lipari*, III, 2003², 3 ss.

Con riguardo alla terminologia, nella dottrina contemporanea, v. BUONOCORE, *Presentazione del Trattato*, in *Tratt. Buonocore*, Torino, 2001, 7, che sulla scorta di precedente dottrina (cfr. ANGELICI, *La contrattazione*, cit.) all'espressione "contratti d'impresa" dichiara preferibile quella di "contrattazione d'impresa".

⁽³⁰⁾ Cfr. ancora BOLAFFIO *Il diritto commerciale*, cit., 231: "il diritto privato commerciale è [...] fondamentalmente contrattuale", e poi VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., 5: "il maggior numero delle obbligazioni commerciali è di origine contrattuale". Nella letteratura odierna cfr., per tutti, GOODE, *Commercial Law in the Next Millennium*, London, 1998, trad. it, *Il diritto commerciale del terzo millennio*, Milano, 2003, 18 s.

⁽³¹⁾ Questa regola fondamentale era già presente nel codice di commercio del 1865 (cfr. art. 89). Più in generale, in parziale rivalutazione dell'importanza effettiva di quel codice allo sviluppo del diritto delle obbligazioni (già manifestata da ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit. 64) si è scritto che esso "ha veramente costituito un ponte tra le legislazioni francese e preunitarie ed il più perfezionato codice di commercio del 1882" (OPPO, *Su alcuni contributi del codice di commercio*, cit., 451).

⁽³²⁾ Cfr., in generale, AULETTA, *Atto di commercio*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 196 ss.

commerciali “gli altri contratti e le altre obbligazioni dei commercianti”. La natura commerciale dell’atto era disposta dalla legge; tale natura, tuttavia, dipendeva oltre tali casi dalla qualità soggettiva dell’autore: che doveva essere un commerciante. Circolarmente, tale qualità era determinata dall’attività: “Sono commercianti coloro che esercitano atti di commercio per professione abituale” (art. 8).

Era così disegnato un solido sistema. L’elencazione degli atti tipici era decisiva non soltanto per l’individuazione degli atti *oggettivi* di commercio, ma anche per la individuazione della figura del “commerciante” quale *soggetto* produttore, nella sua abituale attività, di “atti di commercio”.

Il rilievo della qualità era nella conseguenza che tutti gli atti compiuti dal commerciante (da chi abitualmente poneva in essere atti oggettivi di commercio) si presumevano commerciali a prescindere dalla ricomprensione nell’elenco legale, a meno che – precisava ancora l’art. 4 - la natura commerciale non fosse esclusa in diritto (trattandosi di atto essenzialmente civile: testamento, donazione) o in fatto (trattandosi di atto per finalità esclusivamente civile tra le parti: come nel caso del mutuo richiesto dal commerciante per l’acquisto dell’abitazione) ⁽³³⁾. L’attività del commerciante (quest’ultimo tale perché produttore, in quell’attività abituale, di atti tipici), quando produttiva di atti atipici, incrementava l’area occupata dagli atti di commercio. Accanto agli atti tipici, e dunque oggettivi, si ponevano gli atti atipici, che acquisivano la qualifica di “commerciali” dal ruolo assunto nell’atto dal suo autore: erano questi gli atti *soggettivi* di commercio.

Se dunque la qualifica di “commerciante” era presupposto per la qualifica di “commerciale” dell’atto non tipizzato, resta che tale qualifica soggettiva dipendeva primariamente dalla realizzazione abituale di atti *tipici* di commercio. Si confermava, in tal modo, il passaggio storico del diritto commerciale da un sistema corporativo e soggettivo (diritto commerciale quale diritto dei commercianti) a un sistema oggettivo (diritto commerciale quale diritto degli atti di commercio) ⁽³⁴⁾.

Poiché diritto oggettivo, degli atti di commercio, per il diritto commerciale la disciplina dell’atto prescindeva in rilevante misura dalla qualità dei soggetti. L’atto tipico di commercio era disciplinato come tale a prescindere dalla qualità soggettiva del suo autore; l’atto atipico si qualificava di commercio in quanto, se unilaterale, posto in essere dal commerciante; se bilaterale, posto in essere anche dal commerciante. Precisava infatti l’art. 54 che se un atto era commerciale per una sola delle parti (unilateralmente commerciale) - sia perché tipico sia perché atipico ma posto in essere nell’esercizio del commercio – quell’atto era comunque sottoposto alla legge commerciale. Di conseguenza, anche l’atto unilateralmente commerciale era sottoposto alla giurisdizione commerciale (art. 870).

Giova annotare che nel codice di commercio era considerato anche l’atto di *consumo*. Per statuirne tuttavia la natura non commerciale ma essenzialmente civile (art. 5) ⁽³⁵⁾. Ma, per le regole esposte, l’acquisto dal commerciante per ragioni di consumo soggiaceva alla legge commerciale ⁽³⁶⁾.

Tra i tre sistemi possibili per disegnare i confini della legislazione commerciale - *i*) sistema *soggettivo* o *personale* (sono commerciali gli atti compiuti dai commercianti nell’esercizio del commercio); *ii*) sistema *oggettivo* o *reale* (sono commerciali gli atti stabiliti come tali dal legislatore, a prescindere dall’attività svolta dal soggetto che li compie); *iii*) sistema *misto* (sono commerciali gli atti stabiliti come tali dal legislatore, a prescindere dall’attività svolta dal soggetto che li compie; sono inoltre commerciali gli atti, non ricompresi tra i primi, compiuti dai

⁽³³⁾ Per l’impulso di libertà insito nello schema dei rapporti di mercato, dall’esercizio professionale (cioè abituale) del commercio non erano esclusi i minori emancipati, maschi e femmine e – se acconsentiva il marito - nemmeno la moglie (artt. 9 ss.).

⁽³⁴⁾ Cfr. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit. 59.

⁽³⁵⁾ Che recitava: “Non sono atti di commercio la compra di derrate o di merci per l’uso o consumo dell’acquirente o della sua famiglia, la rivendita ch’egli poi ne faccia [...]”.

⁽³⁶⁾ Cfr. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit. 73.

commercianti nell'esercizio del commercio) - il codice di commercio aderiva al terzo sistema, quale più comprensivo di tutti e adatto ad assicurare la più vasta estensione della legislazione commerciale⁽³⁷⁾.

La categoria ordinante del diritto commerciale era dunque l'atto di commercio. L'autonomia e anche l'atipicità degli atti di commercio determinavano la necessità di regole *generali*. Esse erano dedicate non ai contratti, ma alle obbligazioni. Infatti, a differenza di quanto accadeva nel codice civile, il titolo VI del libro primo del codice di commercio (artt. 36-58) era rubricato alle *obbligazioni* commerciali in generale, e non ai contratti. Questi ultimi erano ricondotti al ruolo di fonti delle obbligazioni; l'obbligazione contrattuale era classificata come specie della obbligazione commerciale.

La soluzione di continuità rispetto alla scelta custodita nel codice civile affondava in ragioni tipiche del diritto commerciale. *In primo luogo*, va osservato che alcuni atti di commercio o erano unilaterali (es., cambiale: art. 3, n. 12) o concernevano non atti ma attività (le *imprese*: di somministrazione, di fabbriche o costruzioni, di manifattura, di spettacoli pubblici, di editoria, tipografia o librerie: art. 3, nn. 6-10), e dunque non erano mai ricomprensibili, per difetto o per eccesso, nella categoria del contratto. *In secondo luogo*, va considerato che nel prisma dell'atto di commercio il contratto si rivelava elemento di una più sofisticata combinazione, che si costituiva nella pienezza di senso solo se sinteticamente intesa quale operazione commerciale. Così, la vendita di merci o derrate per la rivendita (art. 3, n. 2), piuttosto che come combinazione in successione di due vendite si coglie nella realtà quale "*acquisto per la rivendita, senza soluzione di continuità*". Infatti i beni, quali merci, venivano in questione non (più) per il valore d'uso ma per il valore di scambio: al commerciante non interessava di acquistarne la proprietà, ma di profittare sul maggior prezzo della rivendita. Pertanto, nel codice di commercio, "a prendere il posto del contratto, quale categoria unificante del diritto civile (e naturalmente della relativa obbligazione), è *la obbligazione*

⁽³⁷⁾ Cfr. BOLAFFIO *Il diritto commerciale*, cit., 13 ss., dove, a 15 s., si legge: "Secondo questo sistema adunque la commercialità, insita in certi atti per volontà assoluta del legislatore (art. 3 codice comm.), sale dagli atti al soggetto che li esercita professionalmente e attribuisce al medesimo la qualità di commerciante; poi, il carattere di commerciante dell'agente influisce sulla natura di tutti gli altri atti che sono emanazione della sua attività economica e dei quali, al momento in cui si compiono, sia esclusa l'indole civile, e fa presumere la commercialità anche di questi atti. Così il legislatore crea attorno al commerciante una sfera di azione regolata da una sola legge a garanzia dei diritti che acquista e delle obbligazioni che assume".

Queste disposizioni erano ispirate alla legislazione germanica. L'art. 277 del codice di commercio del 1861 (allo stesso modo del successivo § 345 del codice di commercio del 1900) prevedeva che "le norme sugli atti di commercio si applicano ugualmente ad entrambe le parti, anche se l'affare è atto di commercio per una parte soltanto".

Il sistema positivo del codice di commercio del 1882 costituiva una evoluzione rispetto al sistema disegnato nel codice di commercio del 1865. In quest'ultimo, prevedeva l'art. 91: "se il contratto è commerciale per uno dei due contraenti e non commerciale per l'altro, le obbligazioni che ne nascono sono regolate dalla legge commerciale o civile, avuto riguardo alla persona del convenuto". La regola era limitata ai soli contratti ed incentrata sul ruolo contrattuale svolto dal convenuto; infatti, a norma del successivo art. 725, l'azione si promuoveva nel foro commerciale o civile a seconda del ruolo contrattuale del convenuto.

Stesso metodo era stato seguito nella fonte ispiratrice, la codificazione francese del 1807, che sotto gli artt. 632 s. elencava gli atti oggettivi di commercio, e all'art. 1 definiva "commerciante" chi abitualmente pone in essere atti di commercio. Nulla era disposto sul foro, ma nell'applicazione si era affermato il criterio successivamente positivizzato nell'art. 725 del codice di commercio italiano del 1865 (cfr. THALLER, *Traité, élémentaire de droit commercial*, Paris, 1931⁸, 34 s.).

Nel sistema inaugurato dal codice francese e ripreso nel 1865 dal legislatore italiano, l'atto di commercio era selezionato dalla legge; era dunque un atto oggettivamente commerciale, a prescindere dalla eventuale qualità di commerciante in capo al soggetto che lo poneva in essere. Il compimento abituale degli atti oggettivamente commerciali attribuiva la qualità di commerciante, e determinava l'applicazione dello specifico regime legale (tenuta delle scritture contabili, assoggettabilità al fallimento, ecc.). Circa i contratti, tuttavia, la prevalenza dell'interesse del commerciante (e dunque l'applicazione della legge commerciale) non era assicurata: occorreva aver riguardo alla persona del convento. Nella diversa regola affermata in Germania e poi in Italia anche il non commerciante era assoggettato alla legge commerciale, quale unica legge per tutti i contratti in cui vi era partecipazione di un commerciante (la protezione dei cui interessi era così pienamente assicurata). In generale, cfr. INZITARI, *L'impresa*, cit., 312 ss.

commerciale, che già sin d'ora può definirsi, in via descrittiva, come forma di aspettativa *di un profitto*, così come, del resto, la obbligazione civile è la forma di aspettativa della proprietà" ⁽³⁸⁾.

Si sa che l'aspettativa del profitto è dipendente dalla copiosità e dalla sicurezza della circolazione. Poiché lo scambio si costituiva in valore, nell'atto di commercio, fosse anche di natura contrattuale, la volontà dei soggetti giocava un ruolo non decisivo: non solo in quanto la struttura dell'atto risentiva ampiamente dell'integrazione attraverso le regole d'uso, ma anche in quanto l'atto di volontà incompleto era per di più integrato con l'ausilio di criteri dettati dalla legge: come mostra evidentemente l'esempio della compravendita commerciale (cfr. art. 60 sulla determinazione del prezzo) ⁽³⁹⁾.

Il codice di commercio, concentrato sulla obbligazione, riservava al contratto soltanto alcune disposizioni, per di più disarticolate ⁽⁴⁰⁾. Esse potevano cogliersi come regole *specifiche* ed *eccezionali* rispetto alle regole generali che configuravano la categoria contrattuale nel codice civile (cfr. artt. 39 ss. c. comm.).

Sia per il ruolo subalterno ricoperto nel codice di commercio, sia per la natura specialistica dell'oggetto, la struttura delle contrattazioni commerciali era inevitabilmente debitrice della conformazione del genere "contratto", riposta nel codice (e nel diritto) civile.

Nella visione sottesa al codice di commercio, il mondo delle contrattazioni commerciali era dunque *particolare*; inoltre si presentava alquanto *isolato*. Il cordone ombelicale che lega la specie al genere era in questo caso alquanto sottile ed effettivamente debole. La disciplina delle contrattazioni commerciali dipendeva dalla disciplina dei contratti in generale nei limiti in cui lo consentivano in primo luogo le leggi commerciali e, subordinatamente, gli usi mercantili. Le leggi commerciali ponevano un diritto dei contratti speciale rispetto alla disciplina sul genere e sui tipi prevista nel codice civile. Oltre lo spazio ben disegnato della deroga, poteva riespandersi il diritto generale dei contratti: anche se il contratto era commerciale. Per realizzarsi, l'espansione del genere doveva tuttavia superare un altro e ben più rilevante filtro: dato dagli usi mercantili e dalle prassi commerciali. L'affermazione della "legge dei mercanti", che essi costituivano, contribuiva alla razionalità della categoria delle contrattazioni commerciali rispetto alle esigenze del mercato, e le sottraeva alla determinazione ostativa della legge civile.

Ma già questi brevi cenni potrebbero far scorgere che il diritto delle contrattazioni commerciali, pur particolare ed isolato, proprio per questi caratteri non era affatto residuale. Tutto al contrario, era appositamente costruito per assecondarne la poderosa e continua espansione nella prassi: piuttosto che degli articoli del codice si nutrivano degli usi; piuttosto che nella legge scritta si innervava nel c.d. diritto vivente ⁽⁴¹⁾.

E bisogna aggiungere: alcune disposizioni disciplinavano aspetti del diritto contrattuale pur rilevanti ma trascurati nel codice civile. Questi profili di disciplina erano espressamente considerati in ragione delle esigenze specificamente evidenziatesi nella prassi: quali esigenze poste dall'attività commerciale. In particolare, gli artt. 36 e 37 – inaugurando una vera e propria tradizione in materia di contratti riferibili all'impresa - regolavano la conclusione del contratto. L'urgenza delle

⁽³⁸⁾ Cfr. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 13 ss. (da cui le citazioni).

⁽³⁹⁾ Cfr. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 16 s., nota 15.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., 557 s.

⁽⁴¹⁾ "Le norme che determinavano i rapporti [commerciali], determinati dalla vita intensa del traffico, si formavano spontaneamente. Quelle regole consuete di agire (usi) [...] divennero così la legge dei commercianti nell'esercizio della loro professione" (BOLAFFIO *Il diritto commerciale*, cit., 13). Il processo storico si iniziò in Francia, con la statalizzazione del diritto commerciale, coeva alla statalizzazione del diritto civile. Come il codice civile del 1804 trasfondeva in legge le costumanze civili, così il codice commerciale del 1807 trasfondeva in legge gli usi mercantili: meno radicati dei primi - si precisò - e dunque ancor più bisognevoli di registrazione legale (cfr. le osservazioni di D'Angély sul libro primo del *code de commerce*, riportate in GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 113 ss.). In seguito, nei codici di commercio della seconda metà dell'Ottocento, la legge commerciale fu affiancata dagli usi mercantili, prevalenti sulla legge civile. Divenuta legge dello Stato, e dietro questa garanzia, il diritto dei mercanti poteva riprendere la sua espansione attraverso le prassi.

disposizioni era dovuta al fenomeno, commercialmente rilevante, della stipulazione tra assenti. L'occasione fu colta per descrivere, in generale, il rapporto dinamico in cui stanno proposta e accettazione⁽⁴²⁾.

Sotto l'impulso delle dinamiche commerciali, nel codice di commercio la disciplina contrattuale acquistò dunque profili di maggiore sofisticazione. Assecondando il processo storico, le regole del contratto più sensibili ai movimenti del mercato ne seguivano il processo evolutivo. Nel codice civile mancava una disciplina analoga sulle stipulazioni tra assenti; per dinamica naturale quella commerciale si estese nell'interpretazione anche ai contratti civili⁽⁴³⁾.

Invece trascurata, nel codice di commercio, era l'impresa considerata come attività. L'intuizione (dunque inconscia) sul nesso tra atto e attività, rinvenibile nella terminologia civilistica delle *contrattazioni* commerciali, non aveva trovato sviluppo. In prospettiva davvero minimale, l'impresa era considerata semplicemente un possibile *modo di essere* dell'atto di commercio, in particolare dell'insieme di atti consistenti nella produzione di beni e servizi (cfr. art. 3, nn. 6-10, 13 e 21, quali fattispecie di atti espressamente indicate come imprese)⁽⁴⁴⁾. Nelle *imprese* di produzione di beni e servizi, infatti, la prassi aveva scoperto del tutto il nesso reale tra atto e attività organizzata, così da fondere il primo nel più vasto spazio della seconda. Nella formalizzazione codicistica tale emergente attività era dunque considerata, ma secondo il paradigma dell'atto di commercio; l'attività rimaneva costretta nella veste anacronistica dell'atto.

Nondimeno, la realtà dell'impresa, seppure considerata quale atto di commercio, sprigionava importanti effetti sul piano della ricostruzione dogmatica. In primo luogo, contaminava di elementi *soggettivi* il sistema: che, benché fondato sull'atto di commercio e perciò oggettivo, rivelava profili soggettivi quando l'atto era costituito da una attività: dietro l'attività traspariva infatti la figura di chi la poneva in essere⁽⁴⁵⁾. In secondo luogo, la considerazione dell'attività ne evidenziava l'essenziale caratteristica: di essere soprattutto contrattuale. L'attività d'impresa si svolgeva, in generale, nelle forme dell'attività contrattuale, ovviamente: "complessa e multiforme"⁽⁴⁶⁾.

Ma, ciò detto, niente di più.

Per concludere, "contratto" e "impresa" si ponevano in un rapporto i cui termini erano meno definiti di quelli successivamente affermatasi. La strumentalità dell'atto all'attività professionale era infatti meno esplicita nelle regole giuridiche (descrittive dell'atto di commercio) di quanto non fosse nella realtà dei fatti. Per insufficiente lettura della realtà economica, non si richiedeva al commercio di essere *necessariamente* imprenditoriale: organizzato e stabilizzato nelle forme dell'impresa professionalmente esercitata (mentre questa struttura organizzativa risultava evidente, ed era riconosciuta come tale, nella manifattura e in taluni servizi, come il trasporto).

6. Critica al particolarismo giuridico. Il diritto commerciale come categoria storica.

La coesistenza di codice civile e codice di commercio e il favore accordato nel secondo agli interessi dei commercianti manifestavano un perdurare del particolarismo giuridico inaugurato in età comunale dalle prassi costitutive del diritto mercantile (*ius mercatorum*), particolarismo che le codificazioni francesi post-rivoluzionarie si erano nondimeno (ma invano) proposte di superare⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴²⁾ Cfr. sempre VIVANTE, *Trattato*, IV, cit., 5.

⁽⁴³⁾ Cfr., esemplificativamente, DUSI, *Istituzioni*, cit., 15 s.; BOLAFFIO *Il diritto commerciale*, cit., 233; e inoltre, DALMARTELLO, *I contratti*, cit., 111; RIVOLTA, *Proposte e accettazioni contrattuali*, cit., 1 ss.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. la ricostruzione di SPADA, *Impresa*, cit., 34 s.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., 528 s.

⁽⁴⁶⁾ MONTESSORI, *Il concetto di impresa negli atti di commercio*, in *RDCo*, 1912, I, 428.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 9 ss.; 29 ss. Infatti, agli statuti soggettivi dei commercianti si avvicinò il codice di commercio: abolita *ratione personarum*, l'autonomia del diritto commerciale sopravviveva *ratione materiae*: cfr. DALMARTELLO, *I contratti*, cit., 22 s.

Per rilevante effetto, la figura nuova ed emancipatrice del “soggetto di diritto” subiva una netta scissione: alla proclamata legge universale era infatti pur sempre contrapposta la legge particolare. Inoltre, il diritto commerciale, benché chiuso nel codice di commercio era costruito per imporsi anche ai non commercianti. Per la combinazione di queste due ragioni, quel diritto si espose fatalmente all'accusa di essere un “diritto di classe”⁽⁴⁸⁾.

Nel dibattito giuridico affioravano dunque venature ideologiche⁽⁴⁹⁾; quel dibattito costituì nondimeno una occasione importante per lo sviluppo della dogmatica, che pur esercitandosi su un materiale positivo relativamente recente, raggiunse esiti di grande raffinatezza. A testimoniare la ricchezza e la vivacità degli studi, basti ricordare che nel 1903, “per propugnare l'unificazione del diritto delle obbligazioni” e favorire l'espandersi della riflessione commercialistica “a tutto il diritto delle obbligazioni, ma con uno spirito di moderno rinnovamento che trovava riscontro nella formazione della nostra struttura industriale e nei progressi della nostra economia”, sorge la *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*⁽⁵⁰⁾.

A riassumere le contrapposte visioni sulla unificazione del sistema di diritto privato o sul mantenimento della legislazione dualistica ben si presta l'elencazione delle principali argomentazioni svolte nell'uno e nell'altro senso.

Il principale argomento presentato a favore dell'unificazione dei codici si incentrò sulla denuncia del carattere classista del codice di commercio, quale legge privilegiata dei commercianti, dai cui benefici erano irrazionalmente esclusi i non commercianti. Seguiva la contestazione della artificiale scomposizione di alcuni schemi contrattuali, separati nelle versioni civilistica e commercialistica. Infine, si deprecava la farraginosità del sistema dualistico, che imponeva come preliminare alla soluzione di ogni questione pratica lo scioglimento dell'interrogativo sulla natura civile o commerciale dell'atto oggetto di lite.

I sostenitori della autonomia del codice di commercio contrapposero a questi argomenti l'impossibilità di accordare eguale considerazione agli usi quali fonti del diritto civile e commerciale: i primi a rilievo locale, i secondi a rilievo internazionale; i primi consegnati alla tradizione, i secondi in continua evoluzione. Obiettarono inoltre, e più in generale, che la diversa velocità di evoluzione degli istituti civilistici rispetto a quelli commercialistici avrebbe determinato, in caso di unificazione, un esiziale rallentamento dello sviluppo del diritto commerciale positivo e la sua marginalizzazione in un contesto municipale, quale è, in questa materia, l'ordinamento nazionale⁽⁵¹⁾.

Alcuni dati oggettivi militavano tuttavia per la soluzione favorevole all'unificazione, tutti riassumibili nella progressiva oggettivazione dello scambio imposta dalla forma assunta dal processo economico, alla quale oggettivazione ben rispondeva, strutturalmente, il diritto commerciale (a conferma della capacità espansiva insita nella materia).

La centralità storica della legge civile, ancorata alla modalità produttiva propria del sistema agricolo, era stata definitivamente compromessa dall'affermarsi della organizzazione sociale ed economica intorno alla modalità commerciale e industriale, e dunque dall'emergere del fenomeno

⁽⁴⁸⁾ Cfr. VIVANTE, *Trattato*, I, cit., 15 ss. (“Il nostro legislatore chiamò a compilare il nuovo Codice gli industriali, i banchieri, gli assicuratori, i rappresentanti delle grandi società ferroviarie [...] e poi disse ai consumatori: ecco il Codice che deve valere anche per voi”) e la ricostruzione offerta da GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 100 ss.

⁽⁴⁹⁾ RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, cit., 10 s., ha tuttavia cura di precisare che la critica ideologica investì anche il codice civile, quale legge della borghesia fondiaria: “Le critiche vivaci, nell'ultimo trentennio del secolo passato e agli inizi del nuovo, investirono l'aspetto “borghese” della legislazione civile e commerciale. Le critiche venivano dai più illuminati liberali, dai seguaci del “socialismo” giuridico, infine dalle sponde di un solidarismo che si alimentava di suggestioni diverse, della dottrina sociale cristiana come di tendenze umanitarie di radice vagamente marxista”.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. la testimonianza di ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit. 65 (da cui le citazioni).

⁽⁵¹⁾ Su questo dibattito, che durò acceso per decenni, e coinvolse i più illustri protagonisti delle scienze privatistiche, cfr. le famose pagine di VIVANTE, *Trattato*, I, cit., 15 ss. e la ricostruzione offerta da ROTONDI, *La questione del codice unico delle obbligazioni*, cit., 5 ss.

epocale (economico ma anche sociale politico e culturale) del capitalismo. Questo movimento storico determinava, nella prassi, la marginalizzazione dello sclerotico diritto civile e l'espansione poderosa del diritto commerciale quale sistema regolamentare adatto a dar risposta alle esigenze intrinseche sollevate dalla forma capitalistica dello scambio. Riassumibili, queste ultime, nella coazione incessante alla sua riproduzione: la più veloce, la più copiosa e la più sicura che la legge (sacrificando qualsiasi altro interesse antagonista) riuscisse a garantire.

La forza espansiva del diritto commerciale fu dunque determinata dalle necessità del processo storico. In società in cui si afferma il mercato e che si riproducono dietro i movimenti del mercato "la disciplina da qualificare speciale non è più la disciplina dell'attività commerciale ma la disciplina dell'attività agricola e di godimento" ⁽⁵²⁾. Di conseguenza capitò agli istituti del diritto commerciale di conoscere gradualmente un utilizzo intenso e indifferenziato, così intenso da cancellare, nella prassi, la distinzione formale tra scambio civile e scambio commerciale: per attingere alla sintesi sostanziale dello scambio "commercializzato".

Dietro lo svolgersi della dinamica economica, i principi del diritto commerciale tendono inesorabilmente a diventare di *generale applicazione*. Agli osservatori più attenti non potevano sfuggire le ripercussioni della prassi sull'innovazione legislativa: si evidenziava dunque "una tendenza del diritto civile ad assimilare, trasformandosi, i principi più moderni che già nel codice di commercio hanno trovato la loro affermazione" ⁽⁵³⁾. In effetti, nei vari ordinamenti i codici civili si evolvevano gradualmente, finendo per essere, ove successivi nel tempo, ancora più commercialisti dei rispettivi codici commerciali: secondo il processo evolutivo riassunto nella celeberrima formula della "*commercialisation du droit civil*" ⁽⁵⁴⁾.

Su questo sfondo il diritto commerciale, come settore separato dell'ordinamento, si mostra nella sua essenza di *categoria storica* (frutto dei movimenti della storia, e radicato in una precisa tradizione) piuttosto che ontologica (e dunque animata da una intrinseca necessità di essere, che ne costituisce la pienezza di senso) ⁽⁵⁵⁾.

Nessuno stupore eccessivo – pertanto - che in una realtà così profondamente mutata i ripetuti tentativi del legislatore italiano di confezionare un nuovo codice di commercio fallirono, confluendo alla fine nel risultato dell'unificazione ⁽⁵⁶⁾.

Puntando l'attenzione sulla materia contrattuale, è di tutta evidenza come l'invadenza della matrice commerciale si espandesse di progetto in progetto, fino a coincidere con la materia dei contratti (in generale e dei singoli tipi). Così, nel Progetto Vivante del 1922 ⁽⁵⁷⁾, l'art. 5 ampliava notevolmente il già largo criterio di applicazione fissato nell'art. 54 c.comm., stabilendo che "Ancorché l'atto non sia commerciale per tutte le parti, esso è regolato dalla legge commerciale, salvo le disposizioni contrarie". Nel successivo progetto D'Amelio del 1925 ⁽⁵⁸⁾ erano disposte le regole generali della rappresentanza (artt. 46-56), delle obbligazioni pecuniarie (art. 303) e dell'inadempimento nei contratti a prestazioni successive (art. 308), ed erano ampliate notevolmente la disciplina della conclusione dei contratti (artt. 296-300) e della vendita (prevedendosi anche la regolamentazione del patto di riservato dominio: art. 330): così da presentarsi, quel progetto, come un "doppione del

⁽⁵²⁾ ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit. 75.

⁽⁵³⁾ ROTONDI, *La questione del codice unico delle obbligazioni*, cit., 14.

⁽⁵⁴⁾ La paternità della formula è generalmente riconosciuta a RIPERT, *Aspects juridique du capitalisme moderne*, Paris, 1951², 331. Per una sintesi della vicenda ora ricordata, cfr. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit. 61 ss. (la citazione è a 76).

⁽⁵⁵⁾ Cfr. nota 7.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. VIVANTE, *Trattato*, I, cit., 13, che profeticamente, scrisse: "Se per coordinare meglio il contenuto delle nostre leggi si fosse intrapresa la riforma di entrambi [codice civile e codice di commercio], forse la necessità delle cose avrebbe condotto il potere legislativo ad accogliere il concetto di un Codice unico".

⁽⁵⁷⁾ Cfr. COMMISSIONE MINISTERIALE PER LA RIFORMA DELLA LEGISLAZIONE COMMERCIALE, *Progetto preliminare per il nuovo codice di commercio*, Milano, 1922.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. COMMISSIONE REALE PER LA RIFORMA DEI CODICI. SOTTOCOMMISSIONE B. *Codice di commercio*, I, *Progetto*, II, *Relazione*, Roma, 1925.

codice civile in materia di diritto comune delle obbligazioni”⁽⁵⁹⁾. Infine, nel Progetto Asquini del 1940⁽⁶⁰⁾ la materia contrattuale si riduceva alla elencazione asistemica dei contratti tipici di tradizione commerciale, non disciplinati nel coevo progetto sulla codificazione civile (mentre alla vendita era riservata qualche isolata disposizione).

7. La “svolta storica del diritto commerciale” nel codice civile del 1942.

Il progresso del movimento di riforma si concluse d’impeto con l’emanazione del codice civile in vigore, che determinò una vera e propria “svolta storica del diritto commerciale”⁽⁶¹⁾.

Né l’infausto clima politico del tempo condizionò per davvero l’esito della codificazione. I vuoti proclami rinvenibili nella relazione al codice civile testimoniano piuttosto di come la fragile ideologia corporativa si affannasse a far proprie conseguenze epocali del rinnovamento sociale ed economico, che determinavano inevitabilmente l’evoluzione della legge civile secondo le esigenze di una società e di una economia ormai iscritte nel paradigma dello scambio capitalistico⁽⁶²⁾.

Nella prospettiva tecnica e culturale, quale angolo visuale fecondo e durevole, appare chiaro che “Nella codificazione del 1942 viene meno un codice di commercio separato. Ciò deve intendersi non solo nel senso della cessazione di un corpo separato di leggi (ciò che avrebbe solo un rilievo formale), ma in quello della unificazione del diritto delle obbligazioni. Non vi sono più atti di commercio e perciò non vi è più contrapposizione tra atto civile e atto di commercio. [...] L’unificazione risponde invero [...] a un generale movimento di superamento [...] di quella dicotomia che contrapponeva agricoltura a industria e commercio”⁽⁶³⁾.

⁽⁵⁹⁾ ROTONDI, *L’autonomia del codice di commercio nei lavori della commissione reale per la riforma dei codici*, in *Studi Zanzucchi*, Milano, 1927, e in *ID.*, *Studi*, cit., 45, dove l’autore esamina anche la sovrapposizione tra quel progetto e il progetto della Sottocommissione per la riforma del codice civile, con riguardo al codice italo-francese delle obbligazioni (55 ss.).

⁽⁶⁰⁾ Cfr. *Codice di commercio. Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale*, Roma, 1940.

⁽⁶¹⁾ Cfr. ASQUINI, *Una svolta storica del diritto commerciale*, in *RDCo*, 1940, I, 509 ss.; cfr., inoltre, *ID.*, *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, ivi, 1941, I, 429 ss.; *ID.*, *Sulle nuove posizioni del diritto commerciale*, ivi, 1942, I, 45 ss.; GRECO, *Il diritto commerciale fra l’autonomia e la fusione*, ivi, 1947, I, 1 ss.; e infine OPPO, *Ancora sulla svolta storica del diritto commerciale*, in *ID.*, *Vario diritto, Scritti giuridici*, V, cit., 181 ss. Per una sintesi critica sulla figura dell’imprenditore nel codice civile v. FRANCESCHELLI, *L’imprenditore nel nuovo codice civile*, Torino, 1943.

⁽⁶²⁾ Si legge nella relazione (n. 554): “A parte poi che certe esigenze, già peculiari dell’attività commerciale *lato sensu*, sono poi divenute comuni ad ogni attività economica”, e qui si confessa – in premessa – il processo storico, “una difformità di regime tra obbligazioni civili e obbligazioni commerciali si presentava in contrasto con l’unità dell’organizzazione economica, che l’ordinamento fascista ha realizzato ponendo i vari fattori della produzione in un quadro di collaborazione, di interdipendenza e di solidarietà. Dovendosi rispecchiare questa realtà nuova nel campo giuridico delle obbligazioni patrimoniali, la vecchia disputa sull’unità del diritto delle obbligazioni rimaneva certamente superata sul piano politico dai principii proclamati dalla Rivoluzione fascista. La tendenza all’unità fu perciò realizzata, e non per ragioni esclusivamente tecniche, come in passato si era sostenuto”, e qui si svolge la retorica di regime. Non senza ammettere, tuttavia, che l’unità fu conseguita “accogliendosi innanzitutto i risultati che avevano acquisito *de iure condito* la dottrina e la pratica col riconoscere virtù espansiva ad alcune norme poste nel codice di commercio, le quali erano già state applicate alla materia civile; in secondo luogo con la estensione [...] dei principii posti dalle leggi del commercio” ossia, dalle prassi: “queste nacquero, nella vita rigogliosa e agile dell’attività mercantile, con tale duttilità che in gran parte potevano dimostrarsi adatte, *de iure condendo*, a soddisfare pure le nuove esigenze dell’economia nazionale”. Fuori dalla retorica ideologica si precisare infine: “in alcuni casi, pur senza adottare soluzioni affermatesi nella sfera dei rapporti commerciali, si pose nel dovuto rilievo l’esigenza di speditezza della vita economica, attenuando il rigore della disciplina del codice civile”.

⁽⁶³⁾ ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit. 122 s.; cosicché “dalla disputa usciva confermata la fondamentale unità del diritto privato come diritto della società civile” (OPPO, *Principi*, cit., 37). Per una lettura della commercializzazione del diritto privato attenta alla ideologia del legislatore, cfr. l’esaustivo lavoro di TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull’unificazione del diritto privato*, Milano, 1990. Sulla figura della obbligazione commerciale, che ha contrassegnato la fisionomia attuale dell’obbligazione quale forma generale e astratta dei rapporti di scambio,

Nel nuovo codice campeggia la figura dell'impresa. Alla concezione ottocentesca, fondata sul binomio atto-soggetto (atto di commercio e commerciante), nella quale l'impresa si esplicava nell'atto, si avvicenda una concezione "globale", nella quale soggetto (imprenditore), attività (impresa) e oggetto (azienda) costituiscono una "realtà giuridica "totale" quanto la realtà sociale" (artt. 2082; 2083; 2135; 2195; 2555). Il dato accomunante è nell'organizzazione: "tutte le norme definitorie fanno perno sull'organizzazione" ⁽⁶⁴⁾.

Atto e attività sono considerati in due libri distinti: il IV (obbligazioni) e il V (lavoro); all'attività sono dunque riconosciuti grande rilievo e dignità; a tal punto, va aggiunto, che il rapporto tra atto e attività si inverte: questa non rileva più come atto, perché è l'atto ad assumere significato teleologico quale espressione dell'attività in cui si inserisce ⁽⁶⁵⁾.

Per cogliere la portata della innovazione nel diritto dei contratti, è probabilmente sufficiente considerare: *i*) il "risalto della funzione propria dello strumento contrattuale" ⁽⁶⁶⁾, quale atto di autonomia, nell'art. 1322; *ii*) la prevalenza accordata agli interessi del destinatario della dichiarazione con sacrificio degli interessi dell'autore della stessa che, in nome della protezione del legittimo affidamento, è legato all'errore (pure incolpevole) o alla dichiarazione erronea o erroneamente trasmessa se l'errore non è riconoscibile come tale dall'altro contraente (artt. 1331 e 1433); sulla stessa linea si pone la tutela di chi contrae in buona fede con l'incapace naturale (art. 428, comma 2); *iii*) l'innovazione costituita dalla disciplina delle condizioni generali di contratto, vincolanti per l'aderente purché accedano alla soglia della mera conoscibilità (art. 1341, comma 1); *iv*) la tutela dei terzi di buona fede favoriti dal contratto simulato (art. 1415) o annullabile (1445) ⁽⁶⁷⁾.

A seguito di alcune di queste innovazioni, e della prevalenza della dichiarazione sulla volontà, si determinò un allontanamento progressivo rispetto all'idea tradizionale (e pur riconfermata: artt. 1321 e 1325, n. 1) del contratto come "accordo" e dunque – viene da dire - un indebolimento "ontologico" del contratto (quale vincolo fondato sull'accordo). Questa evoluzione – determinata dalle esigenze di sicurezza, celerità e copiosità dello scambio capitalistico - susciterà dibattiti accesi, ripresi con rinnovato vigore negli ultimi anni. L'essenza del contratto, infatti, è ravvisata non più (o non tanto) nella sua *natura* di accordo, perché tale con forza di legge tra le parti (art. 1372 c.c.), ma nella sua *funzione* di strumento dello scambio ⁽⁶⁸⁾.

"quali che fossero i soggetti che si trovavano a produrre e a scambiare", cfr. ancora DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 11 ss. (citazione a 19).

⁽⁶⁴⁾ Cfr. OPPO, *Realtà giuridica*, cit., 591 s., da cui le citazioni; e poi INZITARI, *L'impresa*, cit., 316 ss. Una testimonianza eloquente dell'importanza assunta dalla configurazione dell'impresa nel nuovo codice è nelle considerazioni metodologiche e ricostruttive di NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *RDCo*, 1956, I, 177 ss. e anche in *Raccolta di scritti*, II, 1980, 1601 ss.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. DALMARTELLO, *I contratti*, cit., 30 s.; RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, cit., 107 ss. Nella prospettiva storica, v. GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in *Quaderni fiorentini*, 28, II, Milano, 2000, 999 ss.

⁽⁶⁶⁾ Così RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, cit., 35.

⁽⁶⁷⁾ Cfr., per tutti, GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 125 ss.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. i rilievi di ANGELICI, *La contrattazione*, cit., 191 ss. che, a proposito della regola dell'art. 1341, comma 1, c.c. discorre di un superamento del requisito della volontà, e la critica di DALMARTELLO, *Contratti*, cit., 6 s., incentrata sulla ritenuta possibilità di accettare (e dunque di volere) non solo ciò che è effettivamente conosciuto ma anche ciò che è potenzialmente conoscibile. Nella letteratura recente, il problema della deriva del contratto dall'accordo è stato riproposto, nella concezione dello "scambio senza accordo", dal famoso saggio di IRTI, *Scambi senza accordo*, in *RTDPC*, 1998, I, 347 ss. e in *Id.*, *Norma e luoghi. Problemi di Geo-diritto*, Roma-Bari, 2006⁶, 163 ss. Sul dibattito che ne è scaturito, cfr., OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *RDC*, 1998, I, 525 ss.; BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*², Milano, 2000, 43; e poi le repliche di IRTI, *È vero ma ... (replica a Giorgio Oppo)*, in *RDC*, 1999, I, 273 ss., *Id.*, *Lo scambio dei foulards*, in *RTDPC*, 2000, 601 ss.; a cui ha a sua volta replicato BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *VN*, 2001, 1120 ss. Da ultimo, il tema è stato discusso da MAJELLO, *Essenzialità dell'accordo e del suo contenuto*, in *RDC*, 2005, I, 128 ss.; S. PATTI, *L'accordo e la sua formazione*, in *AA.VV.*, *Il diritto europeo*, cit., 179 ss.; ORLANDI, *La forma*, *ivi*, 234 ss.

Non si è mancato di sottolineare che, nel poderoso sforzo di rinnovamento, restavano sacrificati gli usi commerciali (ai sensi dell'art. 8 prel., non più prevalenti sulla legge, e limitatamente richiamati in sede di interpretazione e integrazione del contratto: artt. 1368, comma 2, e 1374), e dunque la linfa vitale di tutto il diritto dei contratti organizzato dalle prassi imprenditoriali ⁽⁶⁹⁾. Ma l'osservazione non deve svilupparsi in una diagnosi eccessivamente severa. Anche nel codice di commercio gli usi (normativi), prevalenti sulla legge civile, erano subordinati alla legge commerciale; con la nuova codificazione, restano subordinati al codice civile: tuttavia *commercializzato*. Dunque, il sacrificio degli usi si riduce a quella parte della disciplina ancora esclusivamente civile, invero di ristretto ambito applicativo nei contratti – specificamente – d'impresa, se non sostanzialmente estranea al territorio da essi ricoperto. Inoltre, adeguato spazio è riconosciuto alle pratiche contrattuali nell'art. 1340 (sovente letto come integrante un richiamo agli usi non negoziali ma normativi) ⁽⁷⁰⁾.

III. FENOMENOLOGIA DEI CONTRATTI DELL'IMPRESA.

8. Contratto e impresa nella società del mercato.

Tratteggiata la vicenda storica dei contratti riferibili all'impresa, è il momento di disegnarne la fenomenologia. Ai giorni nostri, infatti, le fonti determinative dell'oggetto di studio si collocano in primo luogo nel codice unitario; inoltre, e con notevole imponenza di materiale, nella legislazione speciale in generale e soprattutto nelle leggi di matrice comunitaria.

La fenomenologia dei contratti in cui è coinvolta l'impresa è dunque estremamente articolata, frutto di stratificazioni disciplinari successive e dettate ora dall'occorrenza di specifiche esigenze (che hanno determinato la regolamentazione di alcuni profili di contratti diffusi nella prassi, come è per il *leasing*) ora dall'esigenza di ammodernamento di interi comparti del diritto privato (bancario, finanziario, fallimentare), ora dall'emersione di una nuova “mentalità” sul contratto, che ne ha comportato una certa revisione concettuale, dovuta alla efficienza della sua regolamentazione rispetto alla edificazione del mercato europeo.

Infine, la vocazione extrastatuale del diritto commerciale non poteva non produrre effetti sulla modalità contrattuale: accanto alle convenzioni internazionali sul diritto contrattuale, si segnalano le codificazioni colte, quali tentativi di razionalizzazione delle prassi che si vanno accumulando a livello (piuttosto che internazionale) sopranazionale.

Questo complesso movimento storico, notevolmente acceleratosi negli ultimi anni, e culminato nella realtà della “globalizzazione”, ha posto davanti all'osservatore un panorama inedito, provvisoriamente racchiuso nella locuzione “nuovo diritto dei contratti” ⁽⁷¹⁾, la quale – nell'esclusivo riferimento al carattere essenzialmente “nuovo” di questo diritto – reca in se stessa l'ambiguità e le incertezze suscitate da fenomeni di rottura che, per la loro adeguata comprensione,

⁽⁶⁹⁾ Cfr. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 130; RESCIGNO, *Tradizione e rinnovamento nell'unificazione dei codici in Italia*, in AA.VV., *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, a cura di Macario e Miletta, Milano, 2006, 73.

⁽⁷⁰⁾ Sia sufficiente, ai fini di questa esposizione, il richiamo a DALMARTELLO, *I contratti*, cit., 164 ss.; CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., 538; v., inoltre, OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, cit., 635 s.

⁽⁷¹⁾ Cfr., per es., AA.VV., *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999; AA.VV., *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, a cura di Di Marzio, Milano, 2004.

richiedono un deciso ricambio dello strumentario tradizionale, e pur sofisticatissimo, elaborato dalla scienza privatistica negli ultimi due secoli ⁽⁷²⁾.

In società organizzate secondo il mercato, il rapporto tra forma giudica e materia economica ⁽⁷³⁾ risente di questa scelta politica. In particolare, il contratto si lega all'impresa; sulle spinte delle prassi imprenditoriali l'esperienza contrattuale si declina secondo la logica dello scambio massimamente espressa dall'attività d'impresa. Come ha reso evidente la ricerca di Gerardo Santini, l'economia afferma le sue ragioni sul diritto ⁽⁷⁴⁾. Il diritto, soprattutto di formazione spontanea, si spiega nelle sue ragioni attraverso l'analisi economica ⁽⁷⁵⁾.

Intorno all'attività d'impresa, quale polo di attrazione, si distribuiscono variamente le discipline contrattuali sopravvenienti. A volte il nesso è dichiarato, altre volte (e più spesso) è presupposto. La stessa concezione di impresa si evolve e si amplia, fino a declinarsi nelle forme, alquanto più fumose, dell'attività "professionale" (rispetto alla quale l'attività d'impresa in senso proprio costituisce soltanto un sottoinsieme).

9. Contratti dell'impresa e contratti d'impresa nel codice civile.

Il fenomeno della "commercializzazione del diritto privato" potrebbe indurre a ritenere che i contratti riferibili all'impresa si siano sciolti senza residui nella nuova codificazione. Ma non è propriamente così. Nella disciplina generale dei contratti contenuta nel codice civile si rinvergono alcune disposizioni esclusivamente riferite all'impresa, e concernenti contratti d'impresa. Due di esse sono usualmente ritenute di grande rilevanza e, per alcuni, ricche di conseguenze anche sistematiche con riguardo a una possibile considerazione unitaria dell'oggetto.

Secondo la tradizione dei contratti commerciali, che possedevano al riguardo una disciplina innovativa e articolata, la prima concerne la conclusione del contratto. L'art. 1330 dispone sulla perdurante efficacia della proposta e dell'accettazione, quando fatte dall'imprenditore nell'esercizio della sua impresa, in caso di morte o sopravvenuta incapacità dell'imprenditore prima della conclusione del contratto (regola meno incisiva è posta con riguardo alla proposta irrevocabile: art. 1329, comma 2). Il contratto è imputato al soggetto che pone in essere l'attività (di cui lo stesso contratto è fattore centrale); la distinzione, all'interno del fenomeno unitario e globale dell'impresa, di soggetto attività e beni organizzati per quest'ultima ⁽⁷⁶⁾ e la visione del contratto come fattore di questa attività determinano l'effetto della "ambulatorietà" ⁽⁷⁷⁾ della posizione assunta dal soggetto nell'attività e, al suo interno, nel contratto in formazione; la posizione contrattuale rimane *insensibile* alle vicende che accadono al soggetto che la ricopre, e all'occorrenza se ne stacca; tale

⁽⁷²⁾ Come comprovano le annotazioni di autorevoli civilisti volte a sottolineare la storicità del pensiero sistematico (per tutti, cfr. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 90 ss.). Dal canto suo, la dottrina recente manifesta una sensibilità accentuata rispetto al problema del rinnovamento del quadro categoriale. Cfr., per es., D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Il nuovo diritto dei contratti*, cit., 51 s.: "se un punto può essere assunto con certezza – tra i tanti che invece dovranno essere accompagnati dal dubbio – è che quello che a tutti appare come il "nuovo diritto dei contratti", non ha ancora trovato un (nuovo) "paradigma" che consenta di rintracciare nel magma (a volte caotico) dei recenti provvedimenti normativi che riguardano la materia contrattuale la trama di sicuri principi ordinatori".

⁽⁷³⁾ Sul quale cfr. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi Asquini*, III, Padova, 1963, 1075 ss.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. SANTINI, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Bologna, 1988.

⁽⁷⁵⁾ Sulla analisi economica del diritto, sia sufficiente richiamare il classico volume AA.VV., *Interpretazione giuridica e analisi economica*, a cura di Alpa, Pulitini, Rodotà e Romani, Milano, 1982 e la panoramica offerta da Minda, *Postmodern legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York and London, 1995, trad. it., *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, 141 ss.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. ancora OPPO, *Realtà giuridica*, cit., 591 s.

⁽⁷⁷⁾ Questa la terminologia usata da DALMARTELLO, *Contratti*, cit., 3.

posizione resta infatti attiva affinché in essa possa subentrare il successore dell'imprenditore nell'attività⁽⁷⁸⁾.

Venendo alla seconda disposizione e trascorrendo ai contratti in essere, il carattere di ambulatorietà trova conferma nell'art. 2558, secondo cui, salvo patto contrario, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati nell'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale, con l'attribuzione al terzo contraente (piuttosto che del diritto di acconsentire o meno: art. 1406) di un mero potere di recesso.

Le regole sulla conclusione e sulla cessione dei contratti subiscono una eccezione relevantissima (essendo le disposizioni richiamate applicabili solo agli imprenditori e ai contratti che pongono in essere nell'esercizio dell'impresa), e integralmente dovuta alla considerazione del contratto come atto di esercizio dell'impresa.

Altro gruppo di disposizioni di sicura rilevanza, questa volta riferibili più ampiamente ai contratti dell'impresa, è negli artt. 2203-2213, sulla rappresentanza commerciale, che si contrappongono, nella specialità, alle regole generali sulla rappresentanza poste negli artt. 1387 ss.

Sempre ai contratti dell'impresa è dedicata la previsione dell'art. 1368, comma 2, la quale, in deroga alla regola stabilita nel comma precedente (le clausole contrattuali ambigue si interpretano secondo gli usi del luogo in cui il contratto è stato concluso) dispone che nei contratti in cui è parte un imprenditore, valgono gli usi del luogo in cui ha sede l'impresa. La prescrizione sembra testimoniare la "necessità di una particolare metodologia interpretativa, per quel che riguarda i contratti d'impresa"⁽⁷⁹⁾.

In materia di singoli contratti si segnalano altre innovazioni ancora, sia pure non riferite espressamente ai contratti in cui sia coinvolta una impresa. Rispetto non soltanto al precedente codice civile, ma anche al codice di commercio, l'elenco dei tipi si accresce notevolmente; la maggior parte dei modelli che si aggiungono, quando non esclusivi della contrattazione d'impresa, sono a essa connaturati. In rapida sintesi: nel codice civile del 1865 erano disciplinati essenzialmente i contratti di vendita, di permuta, di locazione (di cose e di opere, mezzadria, soccida), di mandato, di transazione, di rendita e vitalizio, di comodato, di mutuo, di deposito; nel codice di commercio, oltre alle versioni commerciali di vendita e mandato, vanno ricordate le discipline dei contratti di riporto, commissione, trasporto, assicurazione, deposito nei magazzini generali; nella nuova codificazione a tutti questi modelli, nelle versioni (anche di evoluta complessità, come nella vendita) frutto della unificazione, si aggiungono: contratto estimatorio, somministrazione, affitto, appalto, spedizione, agenzia⁽⁸⁰⁾, mediazione, conto corrente, contratti bancari (deposito, cassette di sicurezza, apertura di credito, anticipazione bancaria, conto corrente bancario, sconto), fideiussione, mandato di credito, anticresi, cessione dei beni ai creditori. Nella più parte dei casi il contratto è strumento o esclusivo o tipico dell'esercizio dell'impresa; cosicché la disciplina positiva disegna il contratto secondo questa *funzione*: di volta in volta, "essenziale" (come nei casi dell'appalto, dell'agenzia, dell'assicurazione, dei contratti bancari) o "naturale" (come nei casi della somministrazione, delle vendite di matrice commerciale, di agenzia, trasporto, mediazione, commissione, spedizione, conto corrente)⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁸⁾ L'art. 1330 c.c. precisa che la regola non si applica ai piccoli imprenditori; commenta OPPO, *I contratti d'impresa*, cit. 17: qui la persona (dell'imprenditore) prevale sull'organizzazione. Il principio dell'ambulatorietà è riaffermato nell'art. 1722, n. 4, c.c., sulle cause di estinzione del mandato. Sul tema cfr. il saggio di RIVOLTA, *Proposte e accettazioni contrattuali*, cit.

⁽⁷⁹⁾ DALMARTELLO, *Contratti*, cit., 6. Sulla complessa questione, oltre all'opera monografica di A. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti d'impresa*, cit., v. il saggio di C. SCOGNAMIGLIO, *I contratti d'impresa e la volontà delle parti contraenti*, in AA.VV., *Il diritto europeo*, cit., 493 ss.

⁽⁸⁰⁾ Relativamente a questo contratto va segnalata l'attuazione della apposita direttiva comunitaria a mezzo dei d.lgs. n. 303 del 1991 e 65 del 1999, con conseguente novellazione della disciplina codicistica.

⁽⁸¹⁾ Cfr. VALERI, *Brevi note*, cit., 140; OPPO, *I contratti d'impresa*, cit., 16; DALMARTELLO, *Contratti*, cit., 347 ss. Cfr. anche ASQUINI, *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, cit., 437; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 97 ss. Sembra significativo che nell'art. 1 della legge modello UNICITRAL sull'arbitrato commerciale

In dottrina si sottolinea tuttavia che “la rilevanza dell’impresa si esplica su profili diversi della vicenda contrattuale, che vanno dal suo “contenuto” alla sua “causa”, e non sembra quindi lecito tentarne una configurazione unitaria” (82).

10. Contratto e impresa nelle leggi speciali, nei testi unici e nel codice del consumo: sguardo d’insieme.

Accanto al codice civile si addensano gradualmente le leggi speciali. A partire dagli anni Settanta del secolo trascorso, esse si accrescono a dismisura, fino a porre in crisi la centralità del codice nel “sistema” del diritto privato (83).

Il fenomeno non è nuovo, essendosi già manifestato nella legislazione del primo dopoguerra; ma negli ultimi decenni del Novecento, sotto la spinta delle politiche riformatrici, assume i contorni netti e inequivoci di quella che, già dal 1978, è indicata – con formula di successo – come “l’età della decodificazione”.

Soprattutto negli ultimi venti anni, nella legislazione speciale si sono moltiplicate le fattispecie di contratti d’impresa. Si tratta di contratti espressamente disciplinati come d’impresa o comunque riferibili all’attività di impresa (tra gli interventi più significativi, vanno ricordati: la l. n. 52 del 1991 sulla cessione dei crediti d’impresa; la l. n. 129 del 2004 sul *franchising*, il d.lgs. n. 170 del 2004, sui contratti di garanzia finanziaria). L’attività d’impresa esplicantesi in alcuni di essi è retta da discipline raccolte in testi unici (tra i quali spiccano gli artt. 115-127 del d.lgs. n. 385 del 1993, t.u. bancario [disciplina generale dei contratti bancari] e gli artt. 23-24 del d.lgs. n. 58 del 1998, t.u. della finanza [disposizioni sui contratti finanziari in genere]).

Alcuni di questi interventi recano una matrice comunitaria, la quale ha tuttavia sistematicamente caratterizzato una ben determinata classe di atti: quella che racchiude i contratti in cui è parte un consumatore. A seguito di quell’impulso ripetuto, la classe dei contratti del consumatore si è dapprima delineata e successivamente incrementata; infine è stata dotata di regole generali: divenendo di estensione tale da investire tutti i settori dei mercati finali e, con regole specificamente dedicate, intere fenomenologie di operazioni contrattuali (contratti assicurativi, turistici, sulla multiproprietà, vendita mobiliare, ecc.) (84). Questi interventi sono successivamente confluiti nel codice del consumo (dove sono pure ricomprese discipline di più elevata generalità, come quella prima raccolta nella l. n. 281 del 1998 sui diritti dei consumatori e degli utenti). In tale ambito è da annoverarsi, da ultimo, il D.Lgs. n. 190/2005, sulla commercializzazione dei servizi finanziari a distanza ai consumatori.

Anche con riguardo a tali contratti, espressamente riferiti al consumatore, e anche con riguardo alle regole generali sulla protezione del consumatore dalle clausole abusive (inizialmente inserite nel codice civile: artt. 1469 *bis*-1469 *sexies*, poi confluite anch’esse nel codice del consumo: artt. 33-38), si discorre frequentemente di contratti (unilaterali) d’impresa (85).

internazionale del 1985 sono considerati, tra gli altri, contratti commerciali, l’agenzia, l’appalto, i contratti bancari e finanziari, i contratti di assicurazione.

(82) ANGELICI, *La contrattazione*, cit., 188.

(83) Cfr. la diagnosi di IRTI, *I frantumi del mondo (sull’interpretazione sistematica delle leggi speciali)*, in ID., *L’età della decodificazione*, Milano, 1999⁴, 151 ss.

(84) Lo studioso della decodificazione, redigendone il bilancio, ha cura di annotare: dopo il 1989 “veniva affiorando, e si rendeva a mano a mano prepotente, un diverso impulso generatore: quello dei principî comunitari, volti a definire uno spazio economico senza frontiere, e dunque a trascendere la particolarità dei singoli individui negli anonimi mercati di massa” (IRTI, “L’età della decodificazione” vent’anni dopo, in ID., *L’età della decodificazione*, cit., 9).

(85) Cfr., per tutti, OPPO, *Note sulla contrattazione d’impresa*, in *RDC*, 1995, I, 629; ID., *I contratti d’impresa*, cit., 15; BESSONE, *Impresa e società*, Roma-Bari, 2001, 48; da ultimi, e riassuntivamente, SAMBUCCI, *Il contratto*, cit., 65 ss.; SIRENA, *L’integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina del contratto*, in *RDC*, 2004, I, 806 s.; ID., *La*

Nemmeno sono mancati significativi interventi di portata generale in cui ha preso sostanza la preoccupazione dei legislatori di arginare il fenomeno dell'abuso contrattuale nei rapporti tra imprese. Tra di essi, merita menzione il d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, di attuazione della direttiva 2000/35/CE sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle c.d. "transazioni commerciali", ossia: nei contratti d'impresa⁽⁸⁶⁾. Ma in questo variegato scenario si staglia, per rilevanza, la legge sui contratti di subfornitura (n. 192 del 1998). Non tanto perché contenente la disciplina di una specifica classe di contratti espressamente definiti d'impresa, quanto soprattutto perché introduttiva di una *regola generale* sulla contrattazione asimmetrica tra imprese: il divieto di abuso della dipendenza economica.

Infine, nell'art. 3 della legge *antitrust*, (n. 287 del 1990) si sanziona l'abuso di posizione dominante, ossia una condotta anticoncorrenziale dell'impresa che ha diretta incidenza sul mercato, la quale (v. l'esemplificazione delle condotte abusive offerta nella disposizione citata) può esplicarsi anche nella contrattazione.

Eguale fitti corrono i nessi tra contratto e crisi dell'impresa. Nella legge fallimentare novellata, si rinvengono molteplici figure ampiamente ispirate alla logica contrattuale. In tal senso rilevano, soprattutto, l'istituto degli "accordi di ristrutturazione dei debiti" (art. 182 *bis* l.f.) e, nell'ambito del regime delle esenzioni dalla revocatoria, la fattispecie del "piano di risanamento" (art. 67, comma 3, lett. d), l.f.), allusiva al fenomeno degli accordi stragiudiziali di salvataggio dell'impresa in crisi. Infine, con il d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122 è stata introdotta la tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire che, nella nuova legge fallimentare, si inserisce (con l'art. 72 *bis* l.f.) in una rinnovata e più coerente disciplina dei rapporti contrattuali in corso di esecuzione (artt. 72 ss. l.f.)⁽⁸⁷⁾.

A seguito soprattutto di questi ultimi interventi legislativi, il contratto d'impresa si iscrive compiutamente nelle relazioni giuridiche di mercato (quale spazio giuridico regolamentato). Al diritto dei mercanti si avvicina il diritto del mercato.

11. "Il diritto commerciale del terzo millennio": contratti d'impresa, *lex mercatoria* e codificazioni colte.

Storicamente, un carattere di elezione del diritto commerciale è la extrastatalità. Come la dinamica economica non conosce confini spaziali, così il diritto commerciale e il diritto dei contratti d'impresa mostrano insofferenza a ogni restrizione territoriale. Negli anni più vicini, l'evidenza fenomenologica della globalizzazione è divenuta oggetto di attenta riflessione giuridica. Tra accesi dibattiti⁽⁸⁸⁾ si è progressivamente delineata una nuova legge dei mercanti che - a differenza di quella invalsa nell'età comunale per derogare allo *ius civile* inadatto a garantire sicurezza e speditezza dei traffici - sembra svolgere oggi la funzione di superare il particolarismo giuridico proprio degli ordinamenti statuali in modo da conseguire una tutela uniforme per lo scambio globalizzato.

categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede, ivi, 2006, II, 415 ss. Benché in uno studio di teoria generale, questa posizione sembra assunta anche da IRTI, *Norma e luoghi*, cit., 78.

⁽⁸⁶⁾ Nella direttiva comunitaria al termine "contratto" è preferita la locuzione "transazione commerciale". Tuttavia, l'art. 2, lett. a), del d.lgs., definisce, ai fini del regime protettivo, "transazioni commerciali", "i contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo".

⁽⁸⁷⁾ Cfr., per l'inquadramento generale, DALMARTELLO, *I contratti*, cit., 495 ss. e, con riguardo al nuovo contesto, E. GABRIELLI, *Contratto, mercato e procedure concorsuali*, Torino, 2006, 251 ss.; DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire*, in *DF*, 2006, I, 31 ss.; AA.VV., *Contratti in esecuzione e fallimento*, a cura di Di Marzio Torino, 2007.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. la ricostruzione critica che ne offre MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. Galgano*, XXX, Padova, 2003, 636 ss.

I fattori che hanno determinato l'affermazione nella nuova *lex mercatoria* sono stati riassunti nella diffusione planetaria di modelli contrattuali, divenuti ovunque socialmente tipici; nella diffusione parimenti estesa delle regole oggettive del commercio internazionale, raccolte in formulari di contratti predisposti da associazioni internazionali di categoria o elaborati dagli uffici legali delle imprese multinazionali; nel ricorrente richiamo agli usi del commercio internazionale effettuato nelle decisioni arbitrali ⁽⁸⁹⁾.

Il fenomeno è di tale marcata evidenza che anche nella dottrina britannica – alquanto critica, per tradizione, sul tema della *lex mercatoria* - si accresce l'attenzione, con l'effetto di riorientare gli studi dall'ambito consueto del diritto internazionale privato all'ambito del diritto spontaneo cresciuto nello spazio globale: quale contesto appropriato per “il diritto commerciale del terzo millennio” ⁽⁹⁰⁾.

La bipartizione tra contratti civili e contratti commerciali sembra riaffacciarsi in forme nuove, ed emancipate dalla discussione (ormai sorpassata) ⁽⁹¹⁾ sugli ambiti di codificazione. In limpida sintesi, scrive autorevole dottrina: “Vi sono rapporti legati al territorio statale, in esso costituiti e racchiusi; e rapporti sradicati, cioè appartenenti alle dimensioni globali della tecnica e dell'economia. [...] È fin troppo agevole ritrovare, nella duplice natura di questi negozi, l'antica distinzione tra diritto civile e diritto commerciale [...]. Si spiega così che, dove (e, ad esempio, in Italia) diritto civile e diritto commerciale sono confluiti in un codice unico, denominato appunto “codice civile”, ivi esso abbia subito, e tuttora subisca, un progressivo svuotamento della materia commerciale. [...] È ormai il distacco o l'antitesi tra *diritto civile*, legge del territorio e dei luoghi, e *diritto commerciale*, legge degli spazi economici e dell'anonima ripetitività” ⁽⁹²⁾.

Anche a seguito delle perplessità suscitate da una poco afferrabile nuova legge mercantile planetaria ⁽⁹³⁾, a partire dalla metà degli anni Ottanta del secolo trascorso si diffondono strumenti di *soft law*, nei quali le prassi mercantili sono sottratte alla occasionalità e sistematizzate in “codificazioni colte”, rimesse cioè alla responsabilità dei giuristi (di estrazione soprattutto accademica) ⁽⁹⁴⁾.

L'esempio più rilevante è certamente da rinvenirsi nei Principi UNIDROIT sui contratti commerciali internazionali (PICC), pubblicati nel 1994 e giunti, nel 2004, alla seconda edizione ⁽⁹⁵⁾. L'ambito di applicazione è ben disegnato nel preambolo: i principi enunciano regole generali in materia di contratti *commerciali* internazionali, e si applicano per previsione nel contratto e anche quando “le parti hanno convenuto che il loro contratto sia regolato dai “principi generali del diritto”, dalla “*lex mercatoria*” o simili”, nonché quando le parti hanno taciuto sul diritto applicabile.

Con riguardo alla limitazione operativa dei PICC alla commercialità del contratto si è precisato che in tal modo: “non si intende certo riprendere la distinzione tradizionalmente operata in alcuni ordinamenti giuridici tra parti e/o negozi “civili” e “commerciali”, ovvero di far dipendere

⁽⁸⁹⁾ Cfr. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 56 ss. Sui contratti c.d. in *-ing cfr.*, tra i moltissimi, DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 1994²; e più recentemente MARRELLA, *La nuova lex mercatoria*, cit., 162 ss., che pure riferisce esaustivamente sulle tipologie elaborate dalle organizzazioni internazionali; su queste ultime cfr. SCOTT, *The uniformità Norm in Commercial Law*, in *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*, a cura di Kraus e Walt, Cambridge, 2000, 156 ss.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. GOODE, *Commercial Law in the Next Millennium*, cit., 119 ss.

⁽⁹¹⁾ Cfr., nella letteratura recente, BLANC-YVONE, *L'influence du code civil sur les codifications étrangères*, in *Le code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Paris, 2004, 498, che senza mezzi termini scrive: “Le débat sur la commercialité est “dépassé””.

⁽⁹²⁾ IRTI, *Norma e luoghi*, cit., 78 s.

⁽⁹³⁾ Cfr., per es., HIGHET, *The Enigma of the Lex Mercatoria*, in 63 *Tulane Law Review*, (1989), 613 ss.

⁽⁹⁴⁾ Annota lo storico: “Non v'è dubbio che la globalizzazione sia un movimento di prassi, di indole – all'inizio – essenzialmente consuetudinaria. Poiché di movimento extrastatale si tratta e poiché non si può ricorrere allo strumento della legge, la grande riduttrice in principii delle intuizioni avute e seguite dalla prassi è la scienza, provvida disegnatrice di ampi principii regolatori (per esempio, dei contratti) assolutamente necessari nella complessità della vita del mercato” (GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., 102). Cfr. altresì GALGANO, *La globalizzazione*, cit., 74 s.

⁽⁹⁵⁾ Per la versione in lingua italiana, cfr. BONELLI, *Un “Codice” Internazionale del Diritto dei Contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano, 2006², 513 ss.

l'applicazione dei Principi UNIDROIT dal fatto che le parti posseggano o meno lo *status* formale di "commerciante" [...] o che i contratti in questione siano da considerarsi come "atti di commercio" [...]. L'idea è piuttosto quella di escludere dall'ambito di applicazione dei Principi UNIDROIT i cosiddetti contratti con il consumatore" (⁹⁶). La scelta è operata sulla scorta dei precedenti costituiti dalla Convenzione di Vienna sulla vendita mobiliare (nella quale, mentre all'art. 1, comma 3, si stabilisce che il carattere civile o commerciale delle parti o del contratto sono irrilevanti ai fini della applicazione della convenzione, nell'art. 2, lett. a) se ne esclude l'applicazione agli acquisti per uso personale, familiare o domestico) e dell'*Uniform Commercial Code* statunitense che, senza definire i contratti commerciali, ne esclude dal novero i contratti del consumatore (⁹⁷).

In tutti e tre questi casi l'ambito dei contratti del consumatore è l'unico limite alla applicazione della disciplina; i contratti commerciali internazionali si definiscono dunque *in negativo*: rientrando nell'insieme tutti i contratti stipulati tra soggetti nessuno dei quali contrae come consumatore. Una simile scelta, da un lato supera le perplessità dogmatiche mai sopite in tema di *status* di commerciante e di contratti oggettivamente commerciali, consentendo una vasta e sicura applicazione alle discipline, estese a tutti i contratti fra "professionisti" o "professionali" (⁹⁸); dall'altro lato, tiene conto della diversa "filosofia" che anima i contratti commerciali rispetto ai contratti del consumatore: a vocazione espansiva e internazionale i primi, radicati nei singoli contesti ordinamentali (dove per lo più sono oggetto di apposite regolamentazioni) i secondi (⁹⁹).

Le idee che animano i PICC traggono linfa dalla prassi contrattuale internazionale che, sottoposta a un filtro culturale di grande sofisticazione, può strutturarsi in regole che esaltano la performatività della contrattazione. Le linee guida dei Principi possono riassumersi: nella valorizzazione della libertà contrattuale; nella apertura verso gli usi del commercio; nel *favor contractus* e nella promozione della buona fede in tutte le fasi del rapporto (¹⁰⁰).

Il principio della libertà contrattuale è dichiarato nella sua massima estensione nell'art. 1.1 ("Le parti sono libere di concludere un contratto e di determinarne il contenuto").

Altra scelta fondamentale è poi l'apertura agli usi: le parti sono vincolate agli usi che hanno accettato, alle pratiche a cui hanno dato forma nella loro relazione e, nei limiti della ragionevolezza, agli usi del commercio internazionale nel mercato rilevante (art. 1.9).

Il *favor contractus* si manifesta con regole di conservazione che interessano, in primo luogo, la formazione del contratto, agevolandone con vari accorgimenti la conclusione (art. 2.1.1, 2.1.12, 2.1.14, 2.1.22). In secondo luogo, il *favor contractus* si esprime nelle regole sulla validità del contratto: per la quale si richiede soltanto l'accordo, con esclusione di qualsiasi rilevanza all'elemento causale (art. 3.2); e la quale non è compromessa dalla impossibilità originaria della prestazione (art. 3.3.). Ma il favore verso la validità del contratto è intensamente manifestato nella regola (mutuata dal codice civile italiano) che equipara l'errore ostativo all'errore motivato (art. 3.6) e soprattutto nella regola sulla *Gross disparity* (art. 3.10). Secondo quest'ultima, il vantaggio eccessivo attribuito nel contratto a una parte (desumibile dalle circostanze del contratto e anche dall'ingiusto vantaggio che una parte ha tratto dalla dipendenza o difficoltà economiche o necessità immediate, imperizia, ignoranza, inesperienza, mancanza di abilità nel negoziare dell'altra parte) può essere causa di annullamento del contratto. Tuttavia, entrambe le parti possono chiedere al giudice l'adeguamento del contratto in modo da renderlo conforme ai criteri di ordinaria correttezza commerciale. In terzo luogo, il *favor contractus* si esprime nelle regole che tendono a conservare il contratto in caso di inadempimento, potendo chiedersi la risoluzione solo per inadempimento

⁹⁶ BONELL, *Un "Codice" Internazionale*, cit., 76. Cfr. anche il Commento 2 al preambolo dei Principi.

⁹⁷ Cfr., tra gli altri, §§ 2-102, 2-103 (d); 2-316 (2); 2-502 (1) (a); 2-716 (3); 2-718 (1); 2-725 (1) UCC versione 2003.

⁹⁸ Cfr. PICC, Commento 2 al Preambolo.

⁹⁹ Cfr. TALLON, *Civil and Commercial Law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VIII, *Specific Contracts*, Tübingen-The Hague-Boston-London, 1983, 84; WILHELMSSON, *International Lex Mercatoria and Local Consumer law: An Impossible Combination?*, in *Uniform Law Review*, 2003, 150 ss.

¹⁰⁰ Secondo la classificazione di BONELL, *Un "Codice" Internazionale*, cit., 91 ss.

essenziale (art. 7.3.1.) e fatta salva la possibilità di correzione del contratto a opera della parte inadempiente (art. 7.1.4). In quarto luogo, il *favor contractus* è affermato in caso di alterazione sopravvenuta dell'equilibrio contrattuale per fattori esterni al rapporto, non ragionevolmente prevedibili né ricompresi nel rischio contrattuale (*Hardship*: art. 6.2.2); in tali evenienze la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto; se non si raggiunge l'accordo, il giudice provvede a risolvere il contratto oppure a ricondurlo all'equilibrio originario (art. 6.2.3). Inoltre, idea guida dei Principi è la buona fede del commercio internazionale (art. 1.7), specificata anche nel divieto di comportamento contraddittorio (art. 1.8): nelle trattative, nella interpretazione e nella esecuzione del contratto (adempimento e inadempimento).

Altro importante esempio di codificazione colta è rappresentato dai *Principles of European Contract Law* (PECL), elaborati dalla Commissione per il diritto europeo dei contratti ⁽¹⁰¹⁾. Le principali differenze che si evidenziano tra le due raccolte di principi sono dovute alla diversità di ambito applicativo: limitato ai contratti commerciali nei PICC (peraltro, senza limitazioni territoriali), esteso anche ai contratti del consumatore nei PECL (peraltro, nell'ambito territoriale dell'Unione europea). Conseguentemente, nei secondi il richiamo agli usi non è limitato agli "usi commerciali" (art. 1:105); la buona fede promossa non è (soltanto) quella "commerciale" (art. 1:201); l'attenzione alla tutela del consumatore traspare in molte disposizioni (cfr. soprattutto l'art. 2:104 sulla efficacia delle clausole non negoziate e l'art. 2:105 sulla clausola di omnicomprensività; l'art. 4:110 sulle clausole abusive non oggetto di trattativa individuale; l'art. 5:103 sulla *interpretatio contra proferentem*; l'art. 5:104 sulla prevalenza di clausole oggetto di trattativa, e così via).

Dall'esame comparativo di PICC e PECL emerge che la maggior parte delle disposizioni sono analoghe. Così, per limitare la menzione alle più rilevanti, la regola sull'errore ostativo e le innovazioni contenute nelle regole sulla *Gross disparity* e sulla *Hardship* si confermano, rispettivamente, nelle disposizioni sulla inesattezza della comunicazione (art. 4:104), sull'ingiusto profitto o vantaggio iniquo (art. 4:109) e sul mutamento delle circostanze (art. 6:111). Quanto appare ancora più significativo, è che anche nei PECL è fatto richiamo alla *lex mercatoria* (art. 1:101, 3 (a)); è inoltre affermato il principio della libertà contrattuale (art. 1:102); infine, sono valorizzati gli usi (v. ancora art. 1:105).

Sembra dunque agevole concludere che questa codificazione costituisca la propaggine estrema del diritto civile imprenditorializzato (per quanto conformato anche agli interessi del consumatore), secondo un movimento storico di cui il codice civile italiano del 1942 costituisce una tappa fondamentale (anche considerando la scelta, poi rivisitata, di disciplinare i contratti del consumatore nel codice civile).

Una conferma di questa linea di tendenza può scorgersi considerando una terza codificazione colta, il *Code européen des contrats*, redatto dall'Accademia dei Giusprivatisti Europei ⁽¹⁰²⁾. La principale fonte di ispirazione è infatti il codice civile italiano (quale sintesi delle influenze francese e tedesca). Questa codificazione si segnala anche perché - innovativamente - nel progettato libro secondo si intende disciplinare, tra l'altro, i singoli contratti, comprendendo tra di essi quelli diffusi dalle pratiche commerciali mondializzate (*leasing, franchising, engineering, know how, merchandising, joint venture, charter, factoring*, contratto autonomo di garanzia) ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰¹⁾ Per la versione in lingua italiana, cfr. COMMISSIONE PER IL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI, *Principi di diritto europeo dei contratti*, a cura di Castronovo, *Parte I e II*, Milano, 2001; *Parte III*, Milano, 2005. Per due autorevoli opinioni, cfr. le introduzioni di CASTRONOVO ai due volumi e ALPA, *I "Principles of European Contract Law" predisposti dalla commissione Lando*, in *RCDP*, 2000, 483 ss.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. *Code Européen des Contrats, Livre Premier*, a cura di Gandolfi, Milano, 2002 e, per il commento di due autorevoli studiosi: GANDOLFI, *Il progetto "pavese" di un codice europeo dei contratti*, in *RDC*, 2001, I, 455 ss.; G.B. FERRI, *Il "Code Européen des Contrats"*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 345 ss.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. GANDOLFI, *Il libro secondo ("DES CONTRATS EN PARTICULIER") del Code Européen des Contrats*, in *RDC*, 2005, II, 660.

12. Nota di sintesi. Contratti d'impresa e "nuovo diritto dei contratti".

Le ultime fasi della vicenda dei contratti dell'impresa (e più puntualmente, dei contratti d'impresa), spiegatesi a partire dall'avvento della legislazione speciale post-codicistica, hanno progressivamente integrato lo scenario fenomenologico ora descritto che, con formula di successo, si sintetizza nel "nuovo diritto dei contratti". Chiavi concettuali per la sua decifrazione sono la perdita di centralità del codice civile insieme all'accumularsi delle leggi speciali; l'irrompere per mezzo di esse della legislazione comunitaria, che determina la crisi delle più radicate convinzioni dogmatiche e scompagina ogni familiarità del pensiero giuridico; l'edificazione del mercato europeo a cui si mira in sede comunitaria anche attraverso la ridefinizione delle regole sul contratto; le effervescenze delle prassi che forgiavano modelli contrattuali su scala planetaria, riproponendo la verità della extrastatalità del diritto commerciale.

In una prima fase, precedente all'avvento della legislazione di matrice comunitaria, la progressiva perdita di centralità del codice civile e l'ergersi delle leggi speciali a "fenomeno centrale del nostro tempo" aveva determinato l'aggrumarsi di "micro-sistemi" di regole, in se stessi compiuti e ordinati da autonomi principi. La razionalità del diritto privato assumeva progressivamente una fisionomia plurale⁽¹⁰⁴⁾, evidenziandosi, accanto al diritto privato generale, veri e propri "diritti secondi"⁽¹⁰⁵⁾. In un importante convegno si redasse il consuntivo di un processo storico, prendendosi atto della crisi in cui versava la "parte generale", compromessa nella sua capacità ordinante⁽¹⁰⁶⁾.

Nella seconda fase, tuttora in corso, segnata dalla legislazione di matrice comunitaria, si determina una vera e propria crisi di razionalità. Il diritto comunitario incide con effetto "disgregante" il precedente panorama ordinamentale, caratterizzandosi sommamente per la spiccata asistematicità degli interventi⁽¹⁰⁷⁾. Le direttive si rivolgono ora a una figura contrattuale, ora a un insieme, ora a "segmenti intermedi tra il contratto in generale e una serie trasversale di operazioni contrattuali"⁽¹⁰⁸⁾, secondo una tecnica "impressionistica", per la quale le discipline investono soltanto aspetti specifici di materie che negli ordinamenti interni assumono una portata alquanto più vasta, e che pertanto cagiona "attriti all'interno del sistema giuridico nazionale"⁽¹⁰⁹⁾. Ne fa le spese la

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. IRTI, "L'età della decodificazione", cit., 7.

⁽¹⁰⁵⁾ Secondo la fortunata terminologia di CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi*, in J, 1981, 158 ss.; ID., *Diritto privato generale e diritti secondi. La responsabilità civile dell'impresa bancaria*, in *Funzione bancaria rischio e responsabilità della banca*, a cura di Maccarone e Nigro, Milano, 1981, 275 ss.; ID., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 397 ss. Per una meditazione critica su questa prospettiva v. ora LIBERTINI, *Alla ricerca del "diritto privato generale" (appunti per una discussione)*, in *RDCo*, 2006, I, 541 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. AA.VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991 (atti del Congresso dei civilisti italiani tenutosi alla Fondazione Cini dal 23 al 26 giugno 1988); e, in particolare, le relazioni di G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, ivi, 329 ss.; VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, ivi, 441 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ Così HESSELINK, *The New European Legal Culture*, Deventer, 2001, trad. it., *La nuova cultura giuridica europea*, Napoli, 2005, 59. Cfr., inoltre, i rilievi di GAMBARO, "Jura et leges" nel processo di edificazione di un diritto privato europeo, in *Europa dir. priv.*, 1998, 1008 ss.; ID., *Comprendere le strategie comunicative del legislatore*, in *RCDP*, 2000, 620; ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 447.

⁽¹⁰⁸⁾ Così BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *RCDP*, 2001, 177, che sul punto rinvia a G. DE NOVA, *Frazionamento e aggregazione nei contratti alla luce del diritto comunitario*, in *Contratti*, 1995, 106; cfr. anche le osservazioni di GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 25 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ HESSELINK, *The New European Legal Culture*, cit., 63 ss. Per rimediare, la Commissione europea ha avviato studi finalizzati a realizzare un Quadro comune di riferimento (*Common Frame of Reference - CFR*) che si basi sulle diverse tradizioni giuridiche degli Stati dell'Unione e si curi di ovviare agli inconvenienti della traduzione delle direttive: cfr. la

dogmatica classica, che nutrì fiducia nella razionalità del sistema. La critica alle metodologie inattuali si svolge anche all'insegna del nichilismo⁽¹¹⁰⁾.

Sembra conseguente, e comunque non meraviglia, che un attento osservatore del fenomeno contrattuale scriva: “Consumato negli anni settanta – ottanta l'addio al negozio giuridico come categoria ordinante e unificante dell'autonomia privata, il contratto ne ha assunto il ruolo. [...] Negli ultimi anni ci si è chiesti se si possa utilmente discutere del contratto come figura generale: e la risposta negativa ha trovato via via consensi crescenti. Troppe sono le differenze tra contratti tra imprenditori, contratti del consumatore, contratti tra privati, contratti collettivi e contratti della Pubblica amministrazione perché se ne possa trattare unitariamente. [...] Di qui la necessità di articolare anche la presente voce, dedicata al “contratto”, in più parti, ciascuna dedicata ad una categoria contrattuale”⁽¹¹¹⁾. Nel nuovo contesto la figura del contratto si evolve nelle forme di una categoria plurale: *i contratti*, come del resto, sin dalle intitolazioni che aprono le discipline dedicate, insegnano tradizionalmente i codici.

A ulteriore testimonianza della frammentazione accusata dal nuovo diritto contrattuale può servire la ritenuta bipartizione tra contratti bilaterali d'impresa e contratti unilaterali, questi ultimi conclusi con non imprenditori e anche con i consumatori⁽¹¹²⁾, e – soprattutto con l'introduzione del divieto di abuso di dipendenza economica - l'affacciarsi alla consapevolezza diffusa del giurista del contratto asimmetrico tra imprese (ipotesi che saranno esaminate nelle pagine seguenti).

IV. “CONTRATTI D'IMPRESA” TRA FIGURA EMPIRICA E CATEGORIA DOGMATICA.

13. Delimitazione del campo d'indagine ai contratti d'impresa (contratti qualificativi).

Alla luce della esperienza storica, il problema posto dai contratti riferibili all'impresa è dunque il problema della loro *autonomia*: della considerazione separata che per essi comunque si reclama nel sistema unificato⁽¹¹³⁾.

Anzitutto va osservato che, come si è visto, venuta a mancare la categoria degli atti oggettivi di commercio quali atti commerciali per disposizione di legge, essa non è stata in alcun modo ripristinata nella copiosa legislazione che ne è seguita.

Nelle discipline attualmente in vigore si evidenziano, al più, classi di contratti oggettivamente riferibili all'impresa: così - sopra tutti - nei settori bancario e finanziario. Pertanto, la questione sui contratti (ormai non più di commercio, ma) imprenditoriali non può incentrarsi su contratti oggettivamente d'impresa: non solo perché manca una loro considerazione positiva (contratti “imprenditoriali” perché così stabiliti dal legislatore, a prescindere dalla qualifica del soggetto che li

Comunicazione della Commissione, *Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo. Un piano d'azione*, 2003/C 63/01 in *GUCE*, 15 marzo 2003.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit.; sullo stesso ordine di problemi, ma in diversa prospettiva, cfr. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *RDC*, 2005, I, 283 ss.

⁽¹¹¹⁾ G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 636.

⁽¹¹²⁾ Tempestivamente segnalata da ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra “contratti commerciali” e “contratti dei consumatori”)*, in *Foro. it.* 1993, IV, 57 ss.

⁽¹¹³⁾ Il problema della autonomia dei contratti imprenditoriali si acuisce nel contesto attuale, così pesantemente inciso dalla contrattazione imprenditoriale da far scrivere che “Il diritto italiano prodotto in Italia non conosce più l'atto di commercio. Ma esiste anche un diritto italiano prodotto in sede diversa – convenzionale uniforme, o sovrastatale – che reintroduce l'atto di commercio nel nostro paese” (SACCO, in SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, II, Torino, 2004³, 486). Questo stato di cose induce la riflessione scientifica a esplorare la via per una vera e propria “ricommercializzazione” del diritto commerciale, attraverso “la creazione di nuovi schemi, di nuovi concetti, e con la costruzione di nuove discipline” (PORTALE, *Tra responsabilità della banca e “ricommercializzazione” del diritto commerciale*, in *J*, 1981, 148).

stipula), ma anche perché il nesso che corre tra “contratto” e “impresa” è qualitativamente diverso da quello che correva tra “atto” e “commercio”.

L’atto di commercio poteva essere apprezzato oggettivamente in quanto il commercio poteva anche essere esercitato episodicamente; dunque, l’atto di commercio non postulava la qualità di commerciante in capo al suo autore.

Il contratto riferibile all’impresa è invece espressione di quella attività professionale e organizzata; non può, pertanto, che essere atto non solo oggettivamente ma anche soggettivamente d’impresa. È dunque contratto a cui necessariamente partecipa l’imprenditore: colui che, ponendo in essere l’atto, esercita l’impresa.

A ciò deve aggiungersi che, venuta altresì a mancare la figura degli atti soggettivi di commercio, quali atti commerciali perché posti in essere dal commerciante, e non essendo stata ripristinata nella legislazione speciale nemmeno questa seconda figura, la questione non può proficuamente incentrarsi nemmeno sui contratti soggettivamente d’impresa (quali essi siano, purché stipulati dall’imprenditore).

In particolare, sotto quest’ultimo profilo, dopo la svolta storica del diritto commerciale e la “imprenditorializzazione” di buona parte del diritto delle obbligazioni e dei contratti sembrano perdere di rilevanza positiva i “contratti delle imprese commerciali” ossia i contratti stipulati da imprese commerciali, siano essi attinenti alla costituzione dell’impresa, al coordinamento dell’attività d’impresa, alla crisi d’impresa.

In tali contratti, distribuiti in raggruppamenti oltremodo eterogenei e nemmeno agevolmente aggregabili al loro interno, l’unico dato comune è nella partecipazione dell’imprenditore al contratto; questo elemento non riesce tuttavia a determinare, in se stesso, specifici esiti disciplinari⁽¹¹⁴⁾.

A seguito delle evoluzioni legislative sintetizzate nella sezione precedente si affermano invece all’attenzione i “contratti d’impresa”, con i quali l’imprenditore (non solo l’imprenditore commerciale)⁽¹¹⁵⁾ esercita l’impresa (contratti soggettivamente e insieme oggettivamente d’impresa).

Nel suo libro Arturo Dalmartello aveva chiamato tali contratti, “attinenti alla esplicazione dell’attività economica dell’impresa” e nei quali “è, in definitiva, la radice ultima della commercialità della impresa”, “qualificativi”; distinguendoli, inoltre, in tre classi in cui il nesso qualificativo si ordina per intensità decrescente: *i*) contratti la cui stipulazione integra l’attività d’impresa, nel senso che essa *consiste* proprio in tale stipulazione (es., contratti bancari); *ii*) contratti che qualificano l’attività economica dell’impresa rappresentandone *tipicamente* l’estrinsecazione giuridica (es., trasporto); *iii*) contratti attraverso cui si esplica *normalmente* l’attività economica dell’impresa (es., somministrazione)⁽¹¹⁶⁾.

La maggiore determinazione della figura dei “contratti d’impresa” (discendente dalla caratteristica sia soggettiva che oggettiva del rapporto tra contratto e impresa) giustifica l’ipotesi della loro considerazione d’insieme⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹⁴⁾ Come ricorda Arturo Dalmartello nella citata voce di enciclopedia, proprio sul vasto insieme dei contratti delle imprese commerciali, proposto nel lavoro a essi dedicato, si erano appuntate vivaci le critiche della dottrina. Sul punto cfr., da ultimo, SAMBUCCI, *Il contratto*, cit., 31 s.

⁽¹¹⁵⁾ Sembra importante sottolineare, per inciso, come l’osservazione del nuovo contesto abbia indotto un autorevole studioso a proporre di sostituire l’espressione “diritto commerciale” con quella, più corrispondente alla realtà ordinamentale, di “diritto dell’impresa”: così P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, Torino, 1995, 15. Sul punto, cfr. BUONOCORE, *Le nuove frontiere*, cit., 237 ss.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. DALMARTELLO, *I contratti*, cit., 100; 347 ss.

⁽¹¹⁷⁾ Si ricorderà che secondo la classificazione di Leone Bolaffio, tra i tre sistemi possibili per disegnare i confini della legislazione commerciale (sistema soggettivo o personale; sistema oggettivo o reale; sistema misto) il codice di commercio aderiva al sistema misto, il più comprensivo di tutti. Nel contesto attuale, i contratti d’impresa si inscrivono in un quarto sistema, opposto a quello misto, e per così dire, “integrato”: dove si qualifica d’impresa il *contratto oggettivamente e soggettivamente d’impresa*. (Senza tacere che, essendo venuta meno l’elencazione degli atti

Allo studio dei contratti qualificativi sono pertanto dedicate le pagine seguenti.

14. Standardizzazione contrattuale e interesse dell'impresa.

Il principale riscontro sulla “commercializzazione” del diritto contrattuale è con ogni probabilità nella disciplina delle condizioni generali di contratto e della conclusione per moduli o formulari, quali modalità contrattuali prima introdotte e poi diffuse dall'attività d'impresa e dunque espressive della contrattazione per l'esercizio dell'impresa ⁽¹¹⁸⁾.

Nella prospettiva storica, ricordato che la conclusione del contratto fu materia in cui si mostrò carente il legislatore dei contratti civili e invece si esercitò il legislatore dei contratti commerciali, molto istruttive appaiono le relazioni al codice di commercio del 1882 e al codice civile vigente. Si legge nella prima: “Il monopolio che le strade ferrate, alle quali con altri veicoli non si può far concorrenza, esercitano di fatto, fa sì che le condizioni scritte nei loro regolamenti non siano effetto dell'accordo della volontà delle due parti, ma, dettate dall'una di esse, debbano venire senza discussione e senza vero e proprio consenso subite dall'altra”. Il riferimento alle condizioni contrattuali unilateralmente “dettate” dal monopolista e “senza discussione e senza vero e proprio consenso subite dall'altra” (dunque, nemmeno accettate, ma soltanto sopportate) è particolarmente incisivo, e dimostra coscienza di un problema su cui la nostra giurisprudenza si era interrogata giungendo a esiti contrastanti ⁽¹¹⁹⁾ e su cui andava affinandosi la sistemazione giurisprudenziale e dottrinale nell'ordinamento tedesco ⁽¹²⁰⁾.

Anche alla luce di quel dibattito, i compilatori del codice civile del 1942 maturarono un'adeguata consapevolezza del fenomeno della contrattazione seriale e della sua insidiosità: non più limitata alla macroscopica evidenza dei contratti del monopolista di fatto. Nella relazione illustrativa (§ 612) si riconosce, *da un lato*, che “Il bisogno di assicurare l'uniformità di contenuto di tutti i rapporti di natura identica, [...] la difficoltà che si oppone alle trattative con i clienti [...] inducono l'imprenditore a prestabilire moduli il cui testo non può essere discusso dal cliente, se il cliente non voglia rinunciare all'affare”; che la tecnica del modulo “costringe ad accettare patti preordinati”; che a fronte della razionalità economica “il bisogno di una libertà di trattativa” è (perché deve essere, nel senso che è inevitabile che sia) sacrificato; *dall'altro lato* si prende atto dell'uso abusivo del contratto per adesione, sovente pieno di clausole che “mettono i clienti alla mercé dell'imprenditore”. Per concludere: “Gli articoli 1341 e 1342 vogliono ovviare a ogni abuso”.

Nella disciplina delle condizioni generali di contratto il rapporto tra contratto e impresa si pone in termini puramente economici. Gli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c. non si riferiscono alla figura dell'impresa né esauriscono il loro spazio applicativo in quello dei contratti d'impresa. Nella società del mercato la tecnica del rinvio a condizioni generali, e la tecnica del contratto su modulo e formulario sono a disposizione di chiunque, e molti non imprenditori se ne avvalgono ⁽¹²¹⁾.

oggettivamente commerciali, l'attribuzione di disposizioni sui contratti all'attività d'impresa non può più giovare di nessun automatismo).

⁽¹¹⁸⁾ Su questa complessa realtà fenomenologica, cfr. l'analisi sempre attuale di SANTINI, *Commercio e servizi*, cit., 278 ss.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr., per una sintesi, CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Roma-Torino-Firenze, 1884, 308.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. le classiche pagine di RAISER, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburg, 1935, 20, 41, 60, 92, 290 ss. Dello stesso cfr., inoltre, *Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrechts aus drei Jahrzehnten*, Kronberg, 1977, trad. it., *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, Milano, 1990, 49 ss.; 71 ss. Nella dottrina italiana, cfr., tra i moltissimi, SCIALOJA, *L'offerta a persona indeterminata ed il contratto concluso mediante automatico*, Città di Castello, 1902, 143 ss.; PACCHIONI, *Il caso fortuito e le assicurazioni*, in *RDCo*, 1907, II, 68 ss.; SALANDRA, *I contratti di adesione*, ivi, 1928, I, 408.

⁽¹²¹⁾ Cfr. esemplarmente, ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit., 398 ss.

Nondimeno, queste disposizioni *intendono* regolare soprattutto un fenomeno tipico della contrattazione d'impresa⁽¹²²⁾.

Se la non esclusività del riferimento indebolisce la rilevanza di queste disposizioni ai fini della edificazione di una categoria dei contratti d'impresa, non deve tuttavia sottovalutarsi il dato essenziale: costituito dall'essere queste regole destinate al contratto quale espressione perspicua dell'attività d'impresa, e tese a promuovere, favorendo l'efficacia delle condizioni generali, l'interesse sotteso a quella attività (specialmente: razionalizzazione della produzione e della distribuzione, diffusione di pratiche contrattuali clausole e modelli uniformi)⁽¹²³⁾.

La valorizzazione dell'interesse dell'impresa quale *Rationalisierungsinteresse*⁽¹²⁴⁾ è spinto fino al punto di indebolire il nesso classico tra contratto e accordo, favorendo l'evoluzione del contratto secondo il paradigma dello scambio piuttosto che dell'accordo, e sacrificando la libertà contrattuale dell'aderente sulla codeterminazione del contenuto del contratto⁽¹²⁵⁾.

Scopo dichiarato degli artt. 1341 e 1342 c.c. è di reprimere gli abusi contrattuali, ma è evidente che finalità prevalente è di sancire la *meritevolezza* di una pratica contrattuale così discutibile da sollevare dubbi sulla natura – se effettivamente contrattuale o meno – dell'atto standardizzato. La tutela del cliente viene in questione solo secondariamente. In un regime incentrato sulla vincolatività delle condizioni generali purché conoscibili dall'aderente e, se vessatorie, purché specificamente sottoscritte (e dunque, si suppone, effettivamente conosciute), tra il “bisogno” dell'impresa (razionalità operativa) e il “bisogno” del cliente (tutela dagli abusi) è il primo che nettamente prevale. L'elaborazione dottrinale è conseguentemente attraversata e caratterizzata dalle critiche penetranti sollevate sulla insufficienza della tutela così apprestata all'aderente⁽¹²⁶⁾.

Sulla scorta delle osservazioni svolte nella premessa di questo lavoro, appare conseguentemente legittimo affermare che in queste regole il codice rende il contratto *funzionale* all'attività d'impresa, e lo conforma secondo gli interessi che essa esprime. Per questa assorbente ragione, le regole sulla conclusione del contratto con rinvio a condizioni generali o per moduli e formulari è sempre stata studiata come pertinente all'attività di impresa⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²²⁾ Sulla contrattazione seriale come manifestazione tipica della contrattazione d'impresa cfr. DALMARTELLO, *Contratti*, cit., 6; 171 ss. Il tema è densamente ripreso nel lavoro di BUONOCORE, *Le nuove frontiere*, cit., 32 ss.; 119 ss.

⁽¹²³⁾ Cfr. OPPO, *Principi*, cit. 67, che discorre di regole sui contratti “adeguate all'interesse dell'imprenditore”. Esprimendo una diversa opinione, peraltro rimasta isolata, CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., 553, ritiene che le norme degli artt. 1341 e 1342 c.c. siano implicitamente riferite all'impresa: di modo che “al di là della loro formulazione letterale, debbano essere interpretate nel senso che soltanto nel contesto di un'attività imprenditoriale sia legittimo e giustificato parlare di condizioni generali di contratto e di contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o di formulari”.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. RIZZO, *Le “clausole abusive” nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994, 150 ss. (spec. 181 ss.).

⁽¹²⁵⁾ La divaricazione concettuale tra accordo inteso in senso proprio e accordo ridotto nello spazio angusto dell'adesione fu espressa nella dottrina tedesca – che per prima affrontò la questione – nella distinzione tra le due componenti costitutive della libertà contrattuale (*Vertragsfreiheit*): l'essenziale libertà di conclusione del contratto (*Abschlussfreiheit*); l'ulteriore libertà di codeterminazione del suo contenuto (*Inhaltsfreiheit*). Cfr., in questo senso, il classico lavoro di NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang*, cit., 2 ss.; per la dottrina successiva, v. per tutti le pagine insuperate di RAISER, *Das Recht*, cit., 77. Nella dottrina recente, cfr. la ricostruzione critica svolta da AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000, 37 ss.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. la ricostruzione della vicenda in CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 2005, 9 ss.; 139 ss. Una sintesi esemplare sulle insufficienze della tutela si legge in ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2001, 910: “È facile che l'aderente, di fronte alla formula che richiama le clausole onerose, firmi meccanicamente senza leggerle e valutarle. Anche ammesso che le legga, le valuti e le contesti, ben difficilmente ne otterrà la modifica dal predisponente: se è molto tenace e orgoglioso, potrà rinunciare al contratto e rivolgersi a un altro fornitore, ma è facile che ovunque vada, egli s'imbatta nelle stesse condizioni standard, di fatto non modificabili”.

⁽¹²⁷⁾ Da ultimo, e riassuntivamente, cfr. il saggio di SAMBUCCI, *Il contratto*, cit. (spec. 261 ss.); e l'opera di BUONOCORE, *Le nuove frontiere*, cit., 32 ss. Come ricorda quest'ultimo (266 ss.), proprio lo studio delle condizioni generali di contratto favorì la tesi della bipartizione dell'autonomia in materia contrattuale, proponendosi di distinguere dall'autonomia negoziale l'“autonomia d'impresa”: quest'ultima separatamente apprezzabile in quanto peculiarizzata

15. Attività d'impresa e contratti del consumatore.

L'affermarsi della tutela contrattuale del consumatore, culminata con l'attuazione della direttiva sulla repressione delle clausole abusive, è occasione di riscoperta della tematica dei contratti d'impresa⁽¹²⁸⁾. Il nesso tra contratto e impresa è dato dall'oggetto di disciplina: che incide il tema (classico della contrattazione imprenditoriale) della formazione del contratto. Sotto altro profilo, quel nesso si coglie sull'osservazione che “non è possibile distinguere una economia di produzione da una economia di consumo”⁽¹²⁹⁾; come dire: contratti tra consumatori non vi sono, non potendosi scambiare beni e servizi per reciproco scopo di “consumo”, rilevando propriamente quello scopo *esclusivamente* nel mercato determinato dall'attività di impresa.

Sicché, come ricordato, parte della dottrina discorre, a proposito dei contratti del consumatore, di “contratti unilaterali d'impresa” (con ciò riecheggiando l'atto unilaterale di commercio); infatti “piuttosto che un polo antitetico alla contrattazione d'impresa, i contratti dei consumatori costituiscono un segmento di fondamentale importanza della stessa”⁽¹³⁰⁾.

Ricomprendere i contratti del consumatore nello spazio più ampio dei contratti d'impresa, specificamente quali contratti unilateralmente d'impresa, rispecchia la realtà del fenomeno per come usualmente si presenta all'osservatore. Tuttavia, come pure testimonia l'ambito soggettivo della disciplina, non la esaurisce. L'ambito soggettivo è infatti polarizzato – anziché sulla figura dell'imprenditore – sulle figure del *professionista* (“la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale, ovvero un suo intermediario”) e del *consumatore* (“la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta”) (art. 3, lett. a) e c) c. consumo).

In realtà, la esclusione della qualifica imprenditoriale in capo alla parte aderente, con limitazione di tutela peraltro vivacemente contestata in dottrina⁽¹³¹⁾, non esclude la configurabilità di un contratto

dalla presenza dell'impresa e dalla positiva considerazione riservata alla esplicazione dell'attività (considerazione manifestata da discipline positive costruite all'insegna della libertà di azione). Cfr., a riguardo, LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, Milano, 1971, 310 ss.; PORTALE, *Tra responsabilità della banca e “ricommercializzazione” del diritto commerciale*, cit., 149, ANGELICI, *La contrattazione*, cit., 193; da ultimo, v. il citato lavoro di Buonocore; per una posizione critica, cfr. DALMARTELLO, *Contratti*, cit., 7 s.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. BUONOCORE, *Le nuove frontiere*, cit., 51 s.: “la progressiva standardizzazione dei rapporti tra imprese e “altri contraenti” l'emersione della problematica dei consumatori [...] hanno avuto un duplice risultato: in primo luogo, hanno riportato prepotentemente al centro della scena l'impresa come naturale interfaccia del consumatore [...]; e, in secondo luogo, hanno “prodotto” la legislazione speciale, fornendo al legislatore la “sostanza” o, se si vuole, il materiale necessario per recepire normativamente i mutamenti e le suggestioni provenienti dall'esterno”.

⁽¹²⁹⁾ ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit. 80.

⁽¹³⁰⁾ BUONOCORE, *Contratti del consumatore*, cit., 41; cfr. anche SIRENA, *La categoria*, cit., 415 ss.

⁽¹³¹⁾ Come è noto, in letteratura sulla nozione di consumatore è in corso un acceso dibattito. Infatti, si argomenta la minore o maggiore estensione della nozione sulla scorta della opzione di fondo sulla ragione della tutela del consumatore, rinvenuta ora nella strutturazione dei mercati finali (in tal modo perseguita attraverso la disciplina dell'atto di consumo in senso stretto) ora nella tutela della parte debole nei contratti asimmetrici (in tal modo perseguita attraverso la rimozione delle asimmetrie informative che caratterizzano la relazione di mercato, svolta anche tra imprese). Una accurata ricostruzione della vicenda si legge in E. GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli ed E. Minervini, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2005, 6 ss. ; cfr., inoltre, e, da ultimo, MACARIO, *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in corso di pubblicazione in *Obbligazioni e contratti*.

È parimenti noto che invece nella giurisprudenza di Cassazione si rinviene una concezione del consumatore molto aderente alla lettera della legge, mostrandosi la Suprema Corte refrattaria a condividere interpretazioni che consentano di allargare l'ambito soggettivo della tutela. Si esclude infatti che possa giovare del regime protettivo sia la persona fisica che agisce non per scopi di impresa ma, più genericamente, per scopi connessi all'esercizio della sua impresa, cioè per scopi non estranei a quell'esercizio (e dunque nell'ambito di un mercato in cui non ha competenza: come è per l'imprenditore che si rivolge alla banca per un finanziamento) e così pure la persona fisica che agisce in sostegno

soggettivamente e oggettivamente d'impresa (sia pure: unilateralmente d'impresa). A ciò non dovrebbe ostare nemmeno la non esclusività della qualifica imprenditoriale in capo alla parte predisponente, e dunque la non perfetta coincidenza in punto di diritto positivo tra contratti professionali e contratti d'impresa. Sembra infatti necessario riservare attenta considerazione alle scelte del diritto colto, e in particolare dei PICC, che – in linea con esperienze significative, come quella statunitense - regolamentano i contratti commerciali internazionali intendendo la “commercialità” nel senso ampio di “professionalità”⁽¹³²⁾. In questa prospettiva, al fianco dei contratti d'impresa “in senso stretto”, sembrano porsi i contratti d'impresa “in senso lato” (stipulati anche da professionisti, anche con i consumatori).

Quanto più conta ai fini della questione sulla edificazione di una categoria dogmatica dei contratti d'impresa, in cui i contratti del consumatore possano trovare spazio, è ben altro. A ostacolare la ricomprensione dei contratti del consumatore nel novero, più ampio, dei contratti d'impresa è la stessa *ragione* della disciplina, che è la tutela del consumatore coinvolto nel contratto.

In via generale, oggetto di tutela è l'interesse del consumatore a essere salvaguardato dalle *clausole abusive* previste nel contratto non negoziato e al quale egli aderisce. Dalle clausole che - secondo le parole della legge - malgrado la buona fede determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio di diritti e di obblighi derivanti dal contratto senza essere state oggetto di trattativa individuale (art. 33, comma 1, e 34, comma 4, c. consumo).

Inoltre, e più particolarmente, scorrendo gli articoli del codice del consumo, ci si avvede che la tutela contrattuale del consumatore si esplica, essenzialmente, con la ripetuta previsione della forma scritta del contratto (a fini informativi e protettivi del consumatore) e del contenuto minimo da trattare formalmente; con l'imposizione a carico del professionista di obblighi di comportamento (specie informativi); con l'attribuzione al consumatore di diritti di pentimento e di recesso; con la conformazione di un sistema rimediale, imperniato su una figura di nullità di “protezione” degli interessi del consumatore, radicalmente diverso dal tradizionale (come dalla tradizionale nullità composta nel codice civile è diversa la nullità protettiva)⁽¹³³⁾. Tutto il sistema mira alla tutela dell'interesse del consumatore, corrispondente all'affermazione del valore della *libertà contrattuale* del consumatore, e dunque al controllo e alla limitazione delle possibilità espansive di quella stessa libertà in capo al professionista⁽¹³⁴⁾.

In questo complesso e articolato sistema di tutela viene certamente in questione l'attività professionale (e dunque anche l'attività imprenditoriale), e specie nelle forme della standardizzazione dei contratti; ma, ed è questo il punto, il regime protettivo non asseconda quella attività (non corrisponde agli interessi in essa racchiusi, e non asseconda i valori propri dell'impresa), bensì reagisce a essa. Se cade in considerazione l'attività professionale, questo accade esclusivamente per la migliore articolazione del sistema protettivo costruito intorno a essa

dell'altrui attività di impresa (rendendosi fideiussore dell'imprenditore). Cfr., rispettivamente, Cass. 25-7-2001, n. 10127, in *GC*, 2002, I, 685; 11-1-2001, n. 314, *ivi*, 2001, I, 2149. Questa opzione interpretativa è stata condivisa dal giudice delle leggi (cfr. C. Cost. 22-11-2002, n. 469, in *FI*, 2003, I, 332).

⁽¹³²⁾ L'approccio valorizza pertanto una concezione non strettamente giuridica quanto economica di “impresa” che, in linea con la tendenza del diritto *antitrust*, si estende fino a comprendere qualsiasi attività professionale di natura economica: cfr. GRISOLI, “Impresa comunitaria”, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, *ad vocem*; DONATIVI, *Impresa e gruppo nella legislazione antitrust*, Milano, 1996, 54 ss. Con specifico riguardo all'abuso di dipendenza economica, cfr. PH. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, 88 ss.; e poi R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, 105 s. Una concezione amplissima e atecnica di “impresa” è accolta anche nel diritto di matrice comunitaria (v. CAPO, *Attività di impresa*, cit., 33). Cfr., per es., l'art. 1, lett. c), d.lgs. n. 231 del 2002, che definisce “imprenditore”, ogni soggetto esercente un'attività economica organizzata o una libera professione”.

⁽¹³³⁾ Su questo fondamentale aspetto cfr., nella vasta letteratura, la riflessione di SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano di azione delle nullità di protezione*, in AA.VV., *Il diritto europeo*, cit., 413 ss. (pubblicato anche in *RDC*, 2005, I, 459 ss.).

⁽¹³⁴⁾ Per ulteriori considerazioni, cfr. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *CeI*, 2006, 673 ss.

ma, piuttosto che a sua tutela, a suo limite. Il regime legale è edificato non in considerazione dell'attività professionale e al fine della tutela degli interessi e dei valori che essa esprime, ma intorno alla considerazione dell'atto di consumo e al fine della tutela degli interessi e dei valori da esso veicolati.

Piuttosto che come contratti d'impresa, i contratti del consumatore si presentano come contratti "con l'imprenditore" ⁽¹³⁵⁾.

Per dire: sulla base delle premesse svolte in apertura, il contratto – pur *qualificativo* dell'esercizio dell'impresa - può essere dogmaticamente definito *d'impresa* se e solo se è normativamente funzionalizzato agli interessi e ai valori dell'impresa. Se vi è questa funzionalizzazione, il contratto è d'impresa, anche se vi partecipano altri soggetti oltre all'impresa (è il caso del contratto unilateralmente d'impresa). Invece, il contratto qualificativo funzionalizzato a interessi e a valori diversi da quelli propri dell'impresa non è un contratto *d'impresa*, ma un contratto *dell'altro contraente*. È infatti un contratto il cui regime normativo si giustifica teoricamente in quanto funzionalizzato alla tutela di un preciso sistema di interessi estranei all'impresa, sulla base di una altrettanto precisa scelta assiologica estranea ai valori dell'impresa (la esemplificazione storicamente più evidente è data dal contratto di lavoro subordinato).

Questa realtà giuridica esprime la lettera della legge quando intitola la parte III del codice del consumo al "rapporto di consumo", e il titolo di apertura ai "contratti del consumatore in generale". Ecco evidenziarsi il caso singolare del contratto (meglio: del procedimento contrattuale) fenomenologicamente d'impresa, in quanto per adesione e dunque tipicamente espressivo e realizzativo dell'attività, il quale è assoggettato a una disciplina che tuttavia lo considera esclusivamente per piegarlo a interessi e valori esterni.

La considerazione di questi interessi e di questi valori consente di ipotizzare una categoria contrattuale a cui la contrattazione d'impresa è estranea. Infatti, questa categoria trova la sua ragione e articola la sua struttura intorno a un sistema valoriale antagonista a quello dell'impresa. La legge non tutela le esigenze connesse all'attività; piuttosto, considera l'attività imprenditoriale esplicitamente nella contrattazione come dato fenomenologico su cui costruire la tutela di un interesse esterno a quella, e che per scelta assiologica dell'ordinamento la stessa non deve pregiudicare nel suo svolgersi ⁽¹³⁶⁾.

Va inoltre considerato che la valorizzazione di quell'interesse determina anche la *sede* di disciplina. Le norme inserite nel codice civile a tutela del consumatore (artt. 1469 *bis* ss. e 1519 *bis* ss.) sono spostate nel codice del consumo in quanto, si legge nella relazione illustrativa di quest'ultimo al § 6: "la normativa di fonte comunitaria a tutela del consumatore ruota intorno ad un'esigenza di protezione speciale di questo soggetto, qualificato come "parte debole" del rapporto con l'interlocutore professionale, rispetto al quale si trova in una posizione di "asimmetria contrattuale". [...] Di qui un approccio specifico, ignoto al codice del 1942, fondato invece su un concetto formale di uguaglianza, diretto a garantire una tutela sostanziale, attenta all'equilibrio effettivo – normativo ed economico – del contratto".

Pure eloquente è il raccordo istaurato tra codice del consumo e codice civile. Le previsioni del nuovo art. 1469 *bis* c.c.: "Le disposizioni del presente titolo [II: dei contratti in generale] si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice di consumo o da altre

⁽¹³⁵⁾ Su questa distinzione di massima (contratti dell'impresa vs. contratti con l'impresa) cfr. RAISER, *Die Aufgabe des Privatrechts*, cit., 234 ss.; REICH, *Markt und Recht. Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechtes in der Bundesrepublik Deutschland*, Neuwied-Darmstadt, 1977, 194 ss.; di recente, v. OPPO, *Principi*, cit., 68 ss. Sul punto, SAMBUCCI, *Il contratto*, cit., 83, ritiene aggregabili i contratti "con l'impresa" nell'insieme dei contratti d'impresa; invece GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in AA.VV., *Il diritto europeo*, cit., 108 s. (pubblicato, con l'aggiunta di note, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 1 ss.) esprime considerazioni in senso opposto.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. ancora CIAN, *Dall'antica bipartizione*, cit., 398, che ricorda il pensiero di BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien-New York, 1996, 415, il quale coglie nel diritto dei consumatori uno dei più significativi sviluppi del diritto civile (piuttosto che commerciale).

disposizioni più favorevoli per il consumatore” e dell’art. 38 c.consumo: “Per quanto non previsto dal codice, ai contratti conclusi tra il consumatore e il professionista si applicano le disposizioni del codice civile”, sancendo la prevalenza del regime maggiormente protettivo per il consumatore e riecheggiando (ma in una prospettiva rovesciata) quando accadde con l’antica bipartizione tra diritto civile e diritto commerciale, fissano il rapporto dialettico tra due sedi di disciplina definitivamente *separate* in ragione della peculiarità dell’interesse protetto ⁽¹³⁷⁾.

La tecnica di tutela è debitrice della logica selettiva propria del codice di commercio (della quale si conferma la performatività). Come nel codice di commercio l’interesse protetto era selezionato con riguardo a una precisa finalità della contrattazione promossa dall’ordinamento (il commercio) e al ruolo assunto da un contraente (il commerciante), così accade nel codice del consumo, dove la tutela è discriminata dall’essere, un soggetto, contraente-consumatore (contrattando per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta) ⁽¹³⁸⁾.

Il codice di commercio era il codice degli atti di commercio e del commerciante, con esclusione degli atti di consumo e dei consumatori (cfr. il ricordato art. 5); il codice del consumo è il codice degli atti di consumo e del consumatore, con esclusione degli atti d’impresa e degli imprenditori. Nel primo il contratto unilateralmente commerciale, tra commerciante e consumatore, era disciplinato per tutelare degli interessi del commerciante; nel secondo il contratto tra professionista e consumatore (unilateralmente imprenditoriale) è disciplinato per tutelare degli interessi del consumatore.

Non a caso, d’altro canto, l’art. 5 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali internazionali sancisce che, in tema di contratti del consumatore, la scelta a opera delle parti della norma applicabile non può avere per risultato quello di privare il consumatore della protezione garantitagli dalle disposizioni imperative (di ordine pubblico) della legge del Paese nel quale risiede abitualmente (tranne specifiche eccezioni relative al contratto di trasporto ed al contratto di fornitura di servizi) ⁽¹³⁹⁾.

La stringente finalità della tutela contrattuale del consumatore determina l’evoluzione formale della legge verso esiti di elevata compiutezza e tendenziale definitività. Le regole positive, accomunate nel fine ma sparse nel codice civile e nelle leggi speciali, sono raccolte nel codice del consumo. L’evento della codificazione settoriale favorisce la razionalizzazione dogmatica e la presentazione dei contratti del consumatore nella pur impegnativa veste categoriale ⁽¹⁴⁰⁾.

16. Asimmetria di potere economico e contratti tra imprese.

Il regime protettivo apprestato per i contratti del consumatore induce a una ulteriore restrizione del campo di indagine. La necessaria individuazione dell’interesse protetto nei regimi positivi spinge alla conclusione che sicuramente inquadrabili nella (ipotizzata) categoria dei contratti soggettivamente e oggettivamente d’impresa sono non tutti i contratti stipulati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa, ma esclusivamente i contratti stipulati nell’esercizio dell’impresa e tra

⁽¹³⁷⁾ Cfr. le osservazioni di MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *RDC*, 2003, I, 416 ss., che al proposito discorre di un “paradigma” contrattuale alternativo a quello rinvenibile nel codice civile.

⁽¹³⁸⁾ Vanno qui ricordati i tentativi – dovuti ad Alpa - di argomentare la qualità di consumatore nei termini dello *status*. Cfr. ALPA, “*Status*” e *capacità*, Roma e Bari, 1993, spec. 205 ss., seguito da altra dottrina (elencata in ALPA e CHINÈ, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *D.I. disc. priv., sez. civ.*, XV, Appendice, Torino, 1997, 555).

⁽¹³⁹⁾ Cfr. ancora, OPPO, *Note sulla contrattazione d’impresa*, cit., 632 s.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, 159 ss., a giudizio del quale le norme sui contratti del consumatore, raccolte nell’apposito codice “legittimano operazioni ermeneutiche ed integrative che fanno progredire il diritto privato europeo dei contratti. Per il solo fatto di cambiarne la geometria, il Codice ha innovato”. Per un tentativo di ricostruzione dei contratti del consumatore in linea con questo programma (sia pure con riguardo allo specifico tema della nullità), cfr. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, I, 837 ss.

imprese. In tale ambito, limitato ai *contratti bilateralmente d'impresa*, l'interesse protetto è infatti esclusivamente riferibile, in via immediata, a una impresa. Il nesso qualificante che può ricercarsi tra contratto e impresa è determinato dalla considerazione, da parte della legge, del contratto come (atto di) esercizio dell'attività.

Una porzione del materiale positivo che costituisce il nuovo diritto dei contratti è precisamente riferibile alla contrattazione soggettivamente e oggettivamente d'impresa a cui prendano parte esclusivamente imprese. Per raggruppare *parte* di questo materiale normativo è stata recentemente proposta l'etichetta di "terzo contratto" ⁽¹⁴¹⁾.

La proposta è stata raccolta e sviluppata intorno a una ipotesi di lavoro che specifica il campo di rilevanza del terzo contratto limitandolo – e così definendolo più nettamente – all'area ricoperta dalla contrattazione tra imprese in contesti di asimmetria di potere di mercato, e dunque (cioè *conseguentemente*) di potere contrattuale ⁽¹⁴²⁾.

Così precisata, la proposta può svilupparsi su di una base normativa abbastanza omogenea, costituita da alcuni materiali del nuovo diritto positivo dei contratti dedicati alla repressione dell'abuso di potere contrattuale perpetrato, in tali contesti, dalla parte contrattualmente forte ai danni della parte contrattualmente debole.

Questa chiave di lettura è conforme alle intenzioni del legislatore: il considerando n. 19 della direttiva 2000/35/CE sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle c.d. "transazioni commerciali" chiarisce che scopo dell'intervento normativo è di reprimere "l'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore". L'art. 7 del d.lgs. n. 231 del 2002, di attuazione della direttiva, dispone la nullità della clausola contrattuale sugli interessi che possa apprezzarsi come "gravemente iniqua" (comma 1), alla luce delle considerazioni esemplificative espresse nel considerando n. 19: accordo che persegua l'obiettivo di fornire al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, come nel caso in cui l'appaltatore imponga ai fornitori o subappaltatori termini di pagamento ingiustificati rispetto ai termini di pagamento a lui concessi.

Si legge nell'art. 9 della legge sulla subfornitura (n. 192 del 1998) del divieto dell'abuso "da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice". Con la precisazione che si considera dipendenza economica "la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali, con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi". Per criterio di giudizio, la dipendenza economica "è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti" (comma 1). Si chiarisce che l'abuso può consistere *anche* nel rifiuto di concludere il contratto o nella *imposizione* di "condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie" e nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali (comma 2). Si dispone la nullità del patto abusivo (comma 3). Il legislatore ha cura di aggiungere che, se l'abuso ha rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, valgono le diffide e le sanzioni previste dalla legge *antitrust* (comma 3 *bis*, aggiunto dall'art. 11, comma 2, l. 5 marzo 2001, n. 57).

Infine, il classico tema della conclusione del contratto – pur considerato nella legge ora citata (art. 2) - trova dettagliata trattazione nella legge sull'affiliazione commerciale (n. 129 del 2004) ⁽¹⁴³⁾. L'affiliante deve infatti consegnare alla controparte una copia del contratto da sottoscrivere (la cui

⁽¹⁴¹⁾La formula è dovuta a Roberto Pardolesi, ed è finalizzata a isolare, accanto al "contratto nobile, quello negoziato in ogni dettaglio da soggetti avvertiti" e al "vasto continente del contratto dei consumatori", "l'area grigia del "terzo contratto", che nelle sue marcate peculiarità non si lascia ricondurre ai due modelli estremi (così PARDOLESI, *Prefazione* a COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, XI, ss.).

⁽¹⁴²⁾ Il riferimento è ai lavori svoltisi nel convegno dedicato a *Il terzo contratto* (Milano, 10 febbraio 2006), i cui atti sono in corso di pubblicazione.

⁽¹⁴³⁾ Cfr. esaustivamente D'AMICO, *Il procedimento di formazione del contratto di franchising secondo l'art. 4 della l.n. 129/2004*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 769 ss.

forma e il cui contenuto minimo sono analiticamente stabiliti nel citato art. 3), corredata da specifici allegati che consentano una piena cognizione sulla natura dell'affare (art. 4); sono inoltre previsti a carico di entrambe le parti obblighi di informativa precontrattuale (art. 6); per l'ipotesi di false informazioni, è disposto l'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c. e il risarcimento del danno (art. 8). Realizzandosi anche in tal caso una integrazione verticale tra imprese (nel settore della distribuzione), il rischio dell'abuso contrattuale è arginato preliminarmente, imponendosi una durata minima del contratto, sufficiente a garantire all'affiliato il recupero degli investimenti specifici e comunque non inferiore a tre anni (art. 3, comma 3).

Le discipline sui ritardi di pagamento, sulla subfornitura e sull'affiliazione commerciale si coagulano intorno al problema della asimmetria di potere contrattuale, particolarmente insidiosa in rapporti, come quelli che corrono tra imprese verticalmente integrate, dove la dipendenza economica di una parte è frequente nella prassi e condiziona relazioni di lunga durata, caratterizzate da una pluralità di contratti conclusi in successione nell'ambito di uno specifico quadro relazionale: che la letteratura sociologica ed economica hanno definito nella figura dei *relational contracts* ⁽¹⁴⁴⁾. L'importanza di questo materiale normativo dipende, *in primo luogo*, dalla estensione delle discipline: si tratta di discipline di applicazione generale, come nei casi delle regole sui ritardi di pagamento e sull'abuso di dipendenza economica; oppure estese a gruppi omogenei di operazioni contrattuali, come nei casi dei contratti di subfornitura e di tutte le figure rientranti nel genere dell'affiliazione commerciale. Soprattutto, e *in secondo luogo*, l'importanza di questi prodotti normativi dipende dalla esistenza di una ragione di fondo – la repressione dell'abuso contrattuale nei rapporti tra imprese – che, accomunandole, ne legittima la considerazione d'insieme (nelle forme, per come ipotizzato, del “terzo contratto”).

Il perno concettuale intorno a cui ruota la figura del terzo contratto è ben espresso dalla situazione di dipendenza economica che può segnare il rapporto tra imprese. Nonostante qualche oscillazione in giurisprudenza ⁽¹⁴⁵⁾, è pressoché pacifica in dottrina la valenza generale del divieto, pertanto non limitato ai contratti di subfornitura (che esprimono una forma specifica di dipendenza economica: la dipendenza tecnologica) ⁽¹⁴⁶⁾.

La lettura delle discipline riferibili ai contratti asimmetrici tra imprese rende chiare le differenze rilevanti che corrono rispetto alla disciplina dei contratti del consumatore. Per limitare il discorso

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. MACNEIL, *The New social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, 1980; EISENBERG, *Relational Contracts*, in AA.VV., *Good Faith and Fault in Contract Law*, a cura di Beatson e Friedmann, Oxford, 1997. Cfr. anche le osservazioni di MACARIO, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del “terzo contratto”: regole di condotta e rimedi correttivi*, relazione tenuta al convegno milanese sul terzo contratto, al momento inedita. Punto di riferimento ineludibile per lo studio di questa tematica è OPPO, *I contratti di durata*, in *RDCo*, 1943, I, 143 ss.; 1944, I, 18 ss. (ora anche in ID., *Obbligazioni e negozio giuridico*, cit., 200 ss.). Il tema è stato ripreso da MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; nell'ultima dottrina, e con specifico riguardo al tema della rinegoziazione, si segnala il saggio di F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. la ricerca di TUCCI e CALIA, *La subfornitura in Italia: sette anni di applicazione della legge 18 giugno 1998*, n. 192, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 100, nota 3.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. CASO e PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 725 che scrivono di una “clausola generale di abuso di potere contrattuale nelle relazioni negoziali fra imprese”. La tesi ha riscosso consensi nella dottrina più autorevole: cfr. OPPO, *Principi*, cit. (che discorre di un “principio di ordine generale e di grande momento, capace di moralizzare i rapporti tra imprenditori”); SACCO, in SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, I, Torino, 2004³, 611. La tesi è stata di recente argomentata nello studio di MACARIO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti fra imprenditori*, in AA.VV., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., 277 ss. (pubblicato, in forma ampliata, e con il titolo *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 663 ss.), svolto nella prospettiva generale di una ricostruzione dell'abuso di autonomia negoziale nei contratti tra imprese. Tra i dissenzienti, cfr. RUFFOLO, *Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Le nuove regole della legge 18 giugno 1998, n. 192: “correzione” dell'autonomia contrattuale a tutela del subfornitore come professionista debole*, in *Resp. comun. impr.*, 1998, 409; MUSSO, *La subfornitura*, in *Comm. Scialoja e Branca*, diretto da Galgano, Bologna-Roma, 2003, 483 ss.; PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, 141 ss.

all'esempio della dipendenza economica, le differenze concernono non soltanto – e come è evidente – gli elementi di configurazione, ma anche l'intensità della operazione interpretativa che si richiede per il loro accertamento ⁽¹⁴⁷⁾.

Infatti, per assicurarsi sui presupposti di applicazione del regime protettivo, a differenza di quanto accade per la tutela contrattuale del consumatore, nella dipendenza economica non è sufficiente indagare la qualità soggettiva dei contraenti, che anzi a tal riguardo non appare capace di fornire dati rilevanti. Acclarato che la relazione economica corre tra imprese, l'interprete dovrà per di più verificare l'esistenza della dipendenza *economica*. Essa non coincide con la dipendenza contrattuale (da potere contrattuale). La dipendenza è connotato di un rapporto economico (di integrazione verticale tra imprese, e che la legge qualifica genericamente come “commerciale”) il quale acquista senso e determinazione soltanto se calato in uno specifico mercato rilevante: quello dove potrebbero esservi o mancare alternative concretamente praticabili. Questa la nozione di dipendenza economica ampiamente recepita nella letteratura *antitrust* (sia essa dipendenza da assortimento, da penuria, tecnologica, da rapporti commerciali e così seguendo) ⁽¹⁴⁸⁾.

Oggetto di verifica è pertanto se l'impresa che assume essere dipendente abbia o meno a disposizione effettive alternative soddisfacenti sul mercato, e se la controparte – per la sua dominanza economica – sia in grado di imporre nei contratti e più ampiamente nelle relazioni commerciali un assetto eccessivamente squilibrato nella distribuzione di diritti e obblighi. Solo quando possa dirsi accertato lo stato di dipendenza economica sarà legittimo interrogarsi sull'abuso della stessa (e dunque, nell'ipotesi, se la possibilità di determinare rapporti squilibrati si sia concretizzata nello specifico rapporto in esame, o se il rifiuto di vendere o comprare o l'interruzione del rapporto commerciale siano da collegarsi a tale stato di dominanza e di dipendenza che segna il rapporto tra le parti).

Queste considerazioni danno ragione della figura del “terzo contratto”, *separata* da quella dei contratti del consumatore. Tuttavia, a questo confine esterno non corrispondono una sufficiente coesione e una apprezzabile organicità delle discipline all'interno.

A riguardo va innanzitutto considerato che a differenza di quanto accade per i contratti del consumatore, il “terzo contratto” risulta sprovvisto di una disciplina unitaria e generale, essendo piuttosto integrato da discipline fortemente *eterogenee* ⁽¹⁴⁹⁾. Va infatti osservato che a fronte dell'intervento sull'abuso della dipendenza economica si pongono le regole più dettagliate sul raggruppamento dei contratti di subfornitura e di affiliazione commerciale e poi le regole, trasversali, sull'aspetto (delicato ma non centrale) dei termini di pagamento.

Secondariamente, questa eterogeneità disciplinare non è superata dalla *ragione unificante* della tutela. La repressione dell'abuso del potere contrattuale non è infatti caratteristica esclusiva dei

⁽¹⁴⁷⁾ Si confrontino, a riguardo, gli interventi sull'abuso di autonomia negoziale nel nuovo diritto dei contratti svolti, nel citato convegno senese, con riguardo ai contratti del consumatore, da D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in AA.VV., *Il diritto europeo*, cit., 321 ss. (pubblicato anche in *RDC*, 2005, 625 ss.), e con riferimento ai contratti tra imprese, da MACARIO, *L'abuso*, cit.

⁽¹⁴⁸⁾ Cosicché, è diffusa l'opinione che tra i due criteri per discriminare la dipendenza economica, la mancanza di alternative soddisfacenti sul mercato rilevante, unico criterio previsto nelle altre legislazioni (e segnatamente, in quella tedesca e francese che dichiaratamente hanno ispirato la disciplina interna), sia il criterio principale (così CASO e PARDOLESI, *La nuova disciplina*, cit., 734; SPOLIDORO, *Riflessioni critiche circa il rapporto tra abuso di posizione dominante e abuso di dipendenza economica*, in *RDI*, 1999, I, 405; OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004, 286; PH. FABBIO, *L'abuso*, 110), se non, effettivamente, l'unico criterio utilizzabile (in tal senso, R. NATOLI, *L'abuso*, cit., 117 s.).

⁽¹⁴⁹⁾ Costatazione ricorrente in dottrina. Cfr., per es., AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto*, in AA.VV., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., 458 ss., (pubblicato, con il titolo *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di “abuso dell'autonomia contrattuale”)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 285 ss.; D'AMICO, *La formazione del contratto*, relazione tenuta al convegno milanese sul terzo contratto, al momento inedita; ZOPPINI, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese (effetti della dipendenza economica, disciplina del mercato, poteri conformativi del regolamento contrattuale)*, relazione tenuta al convegno milanese sul terzo contratto, anch'essa al momento inedita.

contratti asimmetrici d'impresa, ma caratteristica comune anche ai contratti del consumatore; come tale, non spiega di per se stessa una sufficiente forza singolarizzante del rapporto tra "contratto" e "impresa".

Infine, il "terzo contratto" è figura costituita non solo da contratti d'impresa, ma anche da contratti dell'impresa. La contrattazione sulla affiliazione commerciale, in quanto riferita all'organizzazione dell'impresa dell'affiliante e alla costituzione e organizzazione dell'impresa dell'affiliato si pone accanto ai contratti qualificativi, per classificarsi - secondo lo schema proposto in apertura - tra i contratti attinenti alla *costituzione* e *organizzazione* dell'impresa ⁽¹⁵⁰⁾. La figura dimostra pertanto una ampiezza che, per quanto già esposto, supera i confini più sicuri per una costruzione d'insieme dei contratti riferibili all'impresa nel segno della categoria dogmatica.

Può dunque concludersi che, allo stato di evoluzione dell'ordinamento, il "terzo contratto" non esprime una tutela dell'impresa "debole" così unitaria e autosufficiente da poterne discorrere nei termini della categoria dogmatica. Nondimeno, "terzo contratto" è una concettualizzazione certamente utile per discorrere di alcuni fondamentali problemi del nuovo diritto dei contratti. Potrebbe convenirsi, pertanto, che il "terzo contratto" integri al più un *insieme* di regole al momento alquanto disomogenee e forse in evoluzione verso una categoria, il cui nucleo a un tempo espansivo e aggregante è dato dal divieto di abuso di dipendenza economica.

17. Conclusione intermedia. La figura trasversale dei "contratti con asimmetria di potere".

L'interrogarsi sui contratti d'impresa ha evidenziato un insieme contrattuale a essi complementare: in cui è parte l'impresa, ma è parte anche il consumatore. La costruzione del regime protettivo intorno alla persona fisica del consumatore consente a questo insieme di evidenziarsi come vero e proprio *sistema* contrattuale, di tale grado di compiutezza e così organicamente edificato intorno all'interesse del consumatore da poter essere anche qualificato nei termini della categoria dogmatica. Invece, alla dignità di categoria dogmatica certamente non assurge al momento il *micro-insieme* dei contratti asimmetrici d'impresa (se si preferisce: del "terzo contratto").

La disciplina sistematica a tutela del consumatore e le discipline asistematiche a tutela delle imprese "deboli" sono declinate, nella loro evidente diversità, secondo un *paradigma comune*: esso è dato dalla asimmetria di potere contrattuale (dovuta ad asimmetria informativa, dipendenza economica, ecc.). Su questo minimo comun denominatore è stato proposto di isolare la figura, trasversale, del "contratto con asimmetria di potere", sintetizzandone le caratteristiche salienti: *i*) nella attenuazione della "forza di legge" (mitigata dalle ricorrenti previsioni sul recesso, anche di pentimento, e dal dilagare delle previsioni di nullità); *ii*) nella strutturazione dei rimedi invalidanti in ragione della tutela della parte debole (nullità di protezione); *iii*) nella previsione di diffusi controlli sull'equilibrio economico e normativo dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto; *iv*) nella commistione tra ordini di regole per tradizione separati, come le regole di validità e le regole di correttezza.

L'asimmetria di potere contrattuale è problema considerato anche nelle codificazioni colte, come dimostrano le regole sulla *Gross disparity* e sulla *Hardship* nei PICC e, nei PECL, le disposizioni sulla inesattezza della comunicazione (art. 4:104) e sull'ingiusto profitto o vantaggio iniquo (art. 4:109): e questo riscontro transnazionale conferma la pervasività di una nuova mentalità sul contratto ⁽¹⁵¹⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. anche le osservazioni di SANTINI, *Commercio e servizi*, cit., 484 s.

⁽¹⁵¹⁾ La teorizzazione si deve a ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, (tra l'altro pubblicato) in ID., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, 23 ss.; spec. 51 ss.

V. anche OPPO, *Principi*, cit., 77, che si interroga sulla enucleazione di un nuovo principio, "se non dell'equivalenza, di un accettabile rapporto tra diritti e obblighi delle parti". Sul che, PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di*

Il “contratto con asimmetria di potere” è, ovviamente, una figura empirica, che nella sua ampiezza e nella pretesa di accomunare sotto uno stesso paradigma contratti del consumatore e contratti tra imprese si espone a critica (rilevandosi come non solo dal punto di vista delle regole positive ma anche dal punto di vista economico le differenze tra i primi - relativi allo scambio sui mercati finali - e i secondi - relativi alle relazioni d’impresa nei contratti intermedi - non possano essere superate) ⁽¹⁵²⁾.

Nondimeno, sembra indubbio che la formula fotografi pertinentemente un *cambio di prospettiva* dei legislatori (e dei giuristi impegnati in proposte di codificazione): dalla eguaglianza formale borghese del pensiero liberale ottocentesco alla disuguaglianza sostanziale su cui medita il privatista contemporaneo ⁽¹⁵³⁾.

Il “contratto con asimmetria di potere” è dunque formula non soltanto accattivante, ma pure utile a descrivere una *linea di tendenza* seguita nella edificazione del nuovo diritto dei contratti, e utile a raccogliere un materiale normativo quanto mai sparso e asistematico ai fini di un approccio che miri alla razionalizzazione. Che poi si tratti di figura *trasversale*, che deve essere cautamente adoperata per scongiurare il pericolo di semplificazioni improprie del quadro positivo (e dunque accomunare due realtà separate: contratti del consumatore e contratti asimmetrici tra imprese) non diminuisce la sua utilità. Sottolineare con la dovuta precauzione il paradigma comune è utile per declinare nella *differenza* che non è assoluta alterità regimi contrattuali tra di loro separati, ma *ancor più separati* dalla concezione di “contratto” fatta propria dal diritto tradizionale, consegnato nel codice civile.

In altri termini: se è condivisibile che la formula “contratto con asimmetria di potere” è esclusivamente descrittiva e massimamente generalizzante, fino a coincidere con la formula “nuovo diritto dei contratti”, dovrebbe riconoscersi che la prima chiarisce la sostanza di quella dichiarata, ma non qualificata, novità: costituita appunto dalla rilevanza della asimmetria di potere contrattuale quale ragione fondante delle varieghe discipline sopravvenute ⁽¹⁵⁴⁾.

In anni trascorsi, proprio denunciando la disuguaglianza sostanziale delle parti da un lato e l’artificiosa ricomposizione (e dissimulazione) del conflitto sociale nelle forme astratte della categoria contrattuale dall’altro si erano contestate sia la categoria del contratto sia la categoria, ancora più astratta, del negozio giuridico ⁽¹⁵⁵⁾.

proporzionalità nei contratti, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 443 s. (e in *Rass. DC*, 2001, 335 ss.) sviluppa una proposta teorica. Per una ricostruzione generale cfr. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, I, 743 ss.

⁽¹⁵²⁾ Cfr., in tal senso, D’AMICO, *La formazione*, cit.; ZOPPINI, *Premesse sistematiche*, cit.

⁽¹⁵³⁾ Nella dottrina più attenta il concetto di diseguaglianza contrattuale è del resto noto e indagato da tempo: valga una famosa testimonianza: “I giuristi del XX secolo hanno accolto assai di frequente quest’idea che il contratto è la sede di una lotta di interessi, di un rapporto conflittuale. Non è sempre un equilibrio. Spesso, data la disuguaglianza delle forze economiche in presenza, c’è una rottura. È un luogo comune della sociologia parlare di una disuguaglianza fra contraenti come di una delle caratteristiche del contratto nella vita moderna, distinguere, là dove il diritto dogmatico non vedeva che elementi indiscernibili, la parte economicamente forte dalla parte economicamente debole” (CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 1992, trad. it., *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, Milano, 1997, 286 s.).

⁽¹⁵⁴⁾ Esemplicativamente cfr., sin dalla intitolazione, DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, I, 721 ss. e in *Studi Schlesinger*, Milano, 2004, II, 1141 ss.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr., per es., il dibattito sul negozio giuridico raccolto in AA.VV., *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, a cura di Salvi, Milano, 1978. E, in particolare, gli interventi di DI MAJO, *Contratto e negozio. Linee di una vicenda*, 109, a giudizio del quale la categoria contrattuale “ha tratto storicamente la sua legittimazione dal *potere eguale* dei contraenti di raggiungere l’*optimum* dell’equilibrio (di scambio), la crisi della categoria è da collegare con la ‘messa in discussione’ di *quel potere eguale*”; e di GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, 59: “gli interessi che l’odierno meccanismo contrattuale pone alla ribalta – gli interessi contrapposti dell’imprenditore e dei lavoratori, dell’imprenditore e dei consumatori, della grande impresa e della media o piccola impresa – non sono mediabili all’interno di una categoria giuridica unitaria”.

La crisi nel frattempo determinatasi nel sistema a seguito dell'accrescersi della legislazione speciale aveva suscitato la proposta della neoesegesi, quale tappa metodologica necessaria alla "ricostruzione del sistema" ⁽¹⁵⁶⁾.

Oggi lo studio nel frattempo maturato dei prodotti extra-codicistici e l'invito, che ne è disceso, alla riflessione sulla asimmetria di potere contrattuale sembrano offrire nuove possibilità al discorso dogmatico.

18. Contratti con l'impresa (cenno sui contratti bancari e finanziari).

Se si considerano le discipline del "secondo" e del "terzo" contratto con attenzione al problema della asimmetria di potere, non si tarda a scorgere che in esse si ripropone una tendenza normativa già evidenziatasi, negli ultimi venti anni, con riguardo alle disposizioni sui contratti bancari e finanziari, contenute nei rispettivi testi unici: di tutelare la controparte dell'impresa (bancaria e finanziaria), quale contraente "debole". In particolare, come evidenziato dalle regole sul "terzo contratto", la tutela è apprestata anche se il contraente debole *non* riveste, nel contratto, la qualifica di consumatore.

Benché in questa sede sia da escludersi tutto quanto superi lo spazio di un breve riferimento, va almeno annotato che, con riguardo ai contratti bancari, le disposizioni codicistiche, pur disegnando contratti che per struttura postulano l'impresa creditizia ai fini dell'applicazione della disciplina ⁽¹⁵⁷⁾, tuttavia esse – oltre a risultare indifferenti al problema della tutela del contraente debole - non esprimono regole generali riferibili a tutti i contratti bancari (manca in effetti una sezione sulle disposizioni in generale); una simile disciplina è invece disposta nel testo unico sul credito, agli artt. 117 ss. ⁽¹⁵⁸⁾.

Importante è che la nuova e organica disciplina sulla trasparenza bancaria ⁽¹⁵⁹⁾ non è dettata a tutela dell'impresa bancaria, dell'attività bancaria e delle esigenze e degli interessi che vi si raccordano, ma del cliente e poi – specificamente - del cliente consumatore.

L'imposizione della forma scritta e del contenuto minimo del contratto, il divieto di rinvio agli usi, il regime dello *ius variandi*, la legittimazione relativa alla eccezione di nullità del contratto bancario (limitata al cliente) testimoniano come sia preoccupazione della legge di assicurare trasparenza e rimozione di asimmetrie informative: a tutela di chi con la banca si trova a contrattare. Se poi l'operazione è di credito al consumo, il regime protettivo del cliente-consumatore si delinea in forme ancora più nette (artt. 121 ss. t.u. bancario e 40 ss. c. consumo). Gli stessi principi ispirano le sintetiche regole sui contratti finanziari (artt. 21 ss. t.u. della finanza). Se cliente della banca o dell'intermediario finanziario è un consumatore, valgono le apposite regole sulla repressione delle clausole abusive stabilite nell'art. 33, commi 4 s., c. consumo e negli artt. 3 ss. del decreto legislativo sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori (n. 190/2005). Nelle nuove leggi, anche contratti d'impresa sono articolati con attenzione all'interesse di chi contratta con l'impresa. Se la specificità dell'attività determina regole generali e modelli contrattuali, la ragione fondamentale delle discipline generali è pur sempre di assicurare protezione a interessi *esterni* all'attività di impresa che tipicamente cade in questione.

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. IRTI, *La proposta della neo-esegesi (a modo di prefazione)*, in ID., *L'età della decodificazione*, cit., 130 ss.

⁽¹⁵⁷⁾ Per il diritto codicistico cfr., esaustivamente, LIBONATI, *Contratto bancario*, cit., 35 ss., MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1981, 26 ss.

⁽¹⁵⁸⁾ Sul nuovo assetto posto dalla riforma del 1993 una trattazione esaustiva e aggiornata è offerta da FAUCEGLIA, *Le operazioni bancarie*, in *Tratt. Buonocore*, Torino, 2005.

⁽¹⁵⁹⁾ Sulla quale cfr., per tutti, ALPA, *Quando il segno diventa comando: la "trasparenza" dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, in *RTDPC*, 2003, 465 ss.

Una manifestazione emblematica dell'assetto di interessi composto nelle nuove leggi è data dalla repressione degli usi, disposta nell'art. 117 del testo unico bancario: con un cambio di indirizzo che non ha mancato di produrre una revisione dell'atteggiamento giurisprudenziale ⁽¹⁶⁰⁾.

Le linee evolutive della tutela degli interessi determinano una corrispondente evoluzione all'interno della realtà fenomenologica dei contratti d'impresa. Potrebbe notarsi che, isolando ed escludendo le regole a tutela del consumatore, la restante disciplina dei contratti bancari e finanziari sia da riferirsi necessariamente a imprese (nel senso allargato di contraenti professionali). E che, in questi limiti, tali discipline siano ricostruibili come riferite a contratti bilateralmente d'impresa. Tuttavia, l'interesse attorno a cui si raccolgono queste discipline non è quello dell'attività che disciplinano, ma l'interesse, sempre esterno, di chi, anche imprenditore, contrae con la banca o con l'intermediario finanziario. A differenza di quanto si è visto accadere con riferimento al "terzo contratto", questo interesse non è peculiarizzato con riguardo alla specifica attività imprenditoriale o professionale svolta dal cliente, ed è esclusivamente tutelato *con riguardo* all'attività bancaria e finanziaria.

L'interesse esterno all'attività, e intorno al quale è costruita la disciplina, è considerato in *negativo*, quale interesse – qualunque esso sia – *contrapposto* all'interesse riposto nell'attività bancaria o finanziaria. Il regime protettivo, apprestato a vantaggio di chiunque contratti con l'impresa bancaria e finanziaria, è dunque non oggettivo ma soggettivo. Tuttavia, la soggettività rilevante è in tutta la ricca realtà estranea all'attività d'impresa realizzata con il contratto. Queste discipline sono pur sempre concepite secondo lo schema, prima evidenziato, dei contratti *con* l'impresa.

A questo punto è possibile trarre una conclusione. Nel nuovo diritto dei contratti d'impresa, l'atto è certamente disciplinato con riguardo all'attività; attraverso l'atto si mira infatti a regolamentare precisamente l'attività ⁽¹⁶¹⁾. Ciò, tuttavia, non importa un rilievo dell'attività ai fini ricostruttivi. Quanto rileva dell'attività è il momento *fenomenologico* e il contenuto *economico*. La preoccupazione di natura economica (che considera primariamente l'attività economica) determina la regola giuridica, che incide l'atto (e per suo tramite l'attività) solo "su specifici momenti "critici" che scandiscono lo svolgimento della vicenda negoziale, peraltro considerandoli (non globalmente ed organicamente, ma) in relazione ai profili "nuovi" che la prassi mercantile evidenzia": come nelle fasi della formazione e della esecuzione del contratto ⁽¹⁶²⁾. Su queste basi, non è possibile isolare micro-sistemi di contratti qualificativi, ma – più modestamente - *micro-insiemi* di discipline della contrattazione d'impresa. Il che pregiudica alla radice una ricostruzione che voglia ambire al traguardo della categoria dogmatica.

19. Contratti simmetrici d'impresa: codice civile, giurisprudenza e codificazioni colte.

I contratti simmetrici tra imprese non preoccupano eccessivamente i legislatori, riuscendo a sottrarsi al loro interventismo (fatti salvi gli accordi anticoncorrenziali, sanzionati nella legge *antitrust*). Spazio disciplinare di questo insieme è, persistentemente, il codice civile; il quale, in quanto commercializzato, conserva un alto grado di performatività. Ma si tratta di uno spazio locale e

⁽¹⁶⁰⁾ Come dimostra la vicenda degli usi anatocistici. Cfr., di recente, Cass. S.U., 4-11-2004, n. 21059, in *Corr. giur.*, 2005, 214 ss.; e il commento di INZITARI, *Le sezioni unite e il divieto di anatocismo: l'asimmetria contrattuale esclude la formazione dell'uso normativo*, ivi, 217 ss. Alla comprensione del fenomeno giova la prospettiva storica. VIVANTE, *Trattato*, I, cit., 20, dopo aver criticato gli usi commerciali come usi "di classe", aggiunge: "Nel commercio bancario le usanze non sono più rassicuranti. Pare che il banchiere favorisca i suoi clienti col mite saggio del denaro, poi lo aggrava di molteplici provvigioni, fa decorrere l'interesse a carico del cliente dal dì in cui gli consegna il denaro, e a suo favore dalla settimana o dal mese successivo a quello in cui lo deposita; così l'interesse, in apparenza mite, si fa usuratizio".

⁽¹⁶¹⁾ Cfr., in generale, le osservazioni di CAPO, *Attività*, cit., 24 s.

⁽¹⁶²⁾ Cfr., D'AMICO, *La disciplina della vendita come "tipo generale" (elogio della differenziazione)*, in AA.VV., *Tradizione civilistica*, cit., 445 (da cui la citazione).

angusto, insufficiente per definizione a contenere i movimenti planetari dello scambio contrattuale. Globalmente vale pur sempre la legge mercantile, la cui efficacia si accresce nelle codificazioni colte, regionali (come i PECL) o indifferenti ai confini, ed effettivamente “s-confinata”⁽¹⁶³⁾ (come i PICC).

Si è accennato che tutti questi prodotti sono costruiti intorno al valore della libertà contrattuale. Vale l’idea classica della uguaglianza formale delle parti, e della giustizia del contratto come risultato del proceduralismo stipulativo (ossia, del libero consenso sul regolamento contrattuale quale fonte di legittimazione del vincolo, e metro della sua giustizia).

L’obiettivo della valorizzazione della autodeterminazione dei contraenti è assicurato da un massiccio ricorso alla tecnica di normazione per regole dispositive, semplicemente offerte alle parti e mai imposte, e dunque sempre derogabili⁽¹⁶⁴⁾. Nella possibilità di utilizzo del diritto dispositivo si manifesta la libertà di codeterminazione del regolamento contrattuale (art. 1322 c.c.) in questo settore di riferimento.

L’analisi economica del diritto ha dimostrato che nei contratti simmetrici tra imprese il ruolo svolto dal diritto dispositivo, e dalla possibilità di deroga riconosciuta alle parti, è molto importante ai fini del contenimento dei c.d. costi transattivi. La valorizzazione dei regolamenti contrattuali, e dunque della deroga al diritto dispositivo, è estremamente funzionale all’efficienza contrattuale; infatti, nei contratti simmetrici le parti sono i soggetti più informati sull’affare che intendono concludere, a cui possono perfettamente adeguare il contratto⁽¹⁶⁵⁾.

Rispetto a quanto accade nel codice civile, nelle codificazioni colte – e in specie nei PICC – il valore della libertà contrattuale è implementato con accorgimenti disciplinari che assicurano, geneticamente, la validità del contratto e, sul piano del rapporto, la sua stabilità: raggiungendo l’obiettivo – giova ribadire – prendendosi cura anche di rimediare alle sproporzioni iniziali o sopravvenute. Ma si tratta soltanto di un affinamento tecnico, dovuto all’evoluzione storica del diritto contrattuale, e di cui la comune ragione ispiratrice di tutti questi prodotti non risente, continuando a profilarsi come comune.

Per essere l’uno locale e statuale mentre gli altri relativamente o assolutamente delocalizzati e astatali, questi prodotti non sono tuttavia immediatamente commensurabili. I contratti simmetrici d’impresa non stanno, propriamente, *tra* codice civile e codificazioni colte. Infatti, tra questi testi si apre uno spazio vuoto di relazione, che richiede di essere colmato. La mediazione, necessaria a instaurare una relazione indiretta, è data dal diritto vivente e dall’opera adeguatrice della giurisprudenza.

È stato autorevolmente annotato che “Il diritto commerciale si è sviluppato per le esigenze e gli usi della comunità dei mercanti; per le opportunità da cogliere e per i problemi da superare. Sono questi i fattori che hanno stimolato la creazione di nuovi tipi di contratto, di nuove strutture contrattuali [...]. Sotto alcuni aspetti il lancio di ogni innovazione è stato rischioso come un lungo viaggio per mare. [...] Bisogna dare atto al buonsenso dei giudici dei tempi antichi e di quelli che li hanno seguiti, del fatto che, per la maggior parte, hanno risposto alla sfida in maniera positiva con un approccio favorevole ai contratti commerciali ed il riconoscimento dell’importanza di sostenere gli usi ragionevoli del mercato. Si deve in larga misura ai giudici se Londra può ora ben pretendere di essere il centro finanziario *leader* del mondo”⁽¹⁶⁶⁾.

⁽¹⁶³⁾ Per evocare ancora la diagnosi di IRTI, *S-confinatezza*, in ID., *Norma e luoghi*, cit., 95 ss.

⁽¹⁶⁴⁾ Cfr. GAMBARO, *Contratto e regole dispositive*, in *RDC*, 2004, I, 1 ss.

⁽¹⁶⁵⁾ Da questo punto di vista, si critica l’applicazione surrettizia del diritto dispositivo invece derogato effettuata dalle corti attraverso gli strumenti della qualificazione del contratto (come è noto, svincolata dal *nomen iuris* utilizzato dalle parti) e dell’interpretazione: cfr. GAMBARO, *Contratto*, cit., 4 ss.; MONATERI, *Ripensare il contratto*, cit., 412 ss.

⁽¹⁶⁶⁾ GOODE, *Commercial Law*, cit., 11.

La diagnosi può a buona ragione essere estesa oltre i confini del diritto anglosassone, come dimostra il fenomeno del parallelismo giudiziario, per il quale le questioni poste dagli usi mercantili e dalle prassi contrattuali globali ricevono, nei diversi ordinamenti, soluzioni conformi ⁽¹⁶⁷⁾.

Per citare casi emblematici nel contesto italiano, è probabilmente sufficiente ricordare le vicende dei contratti autonomi di garanzia e dei contratti di *lease-back*. Entrambi questi modelli sollevano problemi a prima vista insormontabili, contraddicendo a regole civilistiche di portata generale: rispettivamente, alla accessorietà della garanzia e al divieto di patto commissorio. Tuttavia, entrambi questi modelli sono accolti nella nostra giurisprudenza, che nelle soluzioni ai casi concreti si allinea alle decisioni prese in tutti i paesi industrializzati.

Il risultato è raggiunto valorizzando l'essenza giuridica della operazione economica sottesa a questi modelli ⁽¹⁶⁸⁾, e dunque *funzionalizzando* il senso del contratto alle esigenze e agli interessi - meritevoli di tutela (art. 1322, comma 2, c.c.) e compatibili con l'utilità sociale (art. 41, comma 2, Cost.) ⁽¹⁶⁹⁾ - espressi dall'attività d'impresa ⁽¹⁷⁰⁾.

Si afferma, in tal modo, un diritto *giurisprudenziale* dei contratti simmetrici d'impresa che, in nome del nesso che lega "contratto" e "impresa", atto e attività, legittima decisioni formalmente stridenti con le regole codicistiche. Esempio, sul punto, è la giurisprudenza di legittimità formatasi sul contratto di *lease back*: ritenuto lecito e meritevole in quanto dall'esame della concreta operazione economica possa desumersi la realizzazione di una struttura contrattuale finalizzata a un meritevole esercizio dell'impresa, illecito in quanto strumentalizzato a fini riprovati, quale quello di comporre una convenzione commissoria: perché soltanto in questo secondo caso in contrasto - diretto o indiretto - con il divieto espresso dall'art. 2744 c.c. ⁽¹⁷¹⁾.

Gli usi imprenditoriali, sulla cui conservazione erano state argomentate le tesi contrarie alla unificazione del diritto privato e che sembravano così sacrificati nel codice civile in vigore, trovano in questi limiti riconoscimento e considerazione. Per il termine delle codificazioni colte e delle decisioni giurisprudenziali gli usi commerciali influiscono positivamente sui contratti d'impresa, pur formalmente racchiusi nelle discipline del diritto civile commercializzato, esaltandone le ricche possibilità nella prassi applicativa.

V. CONCLUSIONI. CONTRATTO (IMPRESA) E MERCATO.

20. Dal diritto dei mercanti al diritto del mercato: contratti d'impresa e contratti del mercato.

“È indubbiamente di grande utilità economica, in un mondo che va tipizzando e standardizzando tutto, che le imprese possano in certo senso tipizzare e standardizzare i loro contratti” ⁽¹⁷²⁾. In questa notazione, riferita al fenomeno apicale della “commercializzazione” del diritto privato, sembra riassunto l'intero destino evolutivo dei contratti d'impresa. La modalità contrattuale

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. GALGANO, *La globalizzazione*, cit., 115 ss.

⁽¹⁶⁸⁾ Sulla figura della “operazione economica”, nella dottrina recente si segnala particolarmente la riflessione di E. GABRIELLI, *Contratto*, cit., 1 ss.; 175 ss.

⁽¹⁶⁹⁾ Sul che cfr., in generale, OPPO, *Principi*, cit., 39 ss.

⁽¹⁷⁰⁾ La valorizzazione dell'interesse (e della volontà) dei contraenti nell'ermeneutica del contratto è opzione metodologica prescelta da una attenta dottrina: nello studio generale sulla interpretazione del contratto (cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992) e in ordine alla specifica problematica dei contratti d'impresa (cfr. ID., *I contratti d'impresa e la volontà delle parti contraenti*, cit.). Sulle questioni accennate nel testo cfr., più in dettaglio, MEO, *Impresa e contratto nella valutazione dell'atipicità negoziale*, Milano, 1991.

⁽¹⁷¹⁾ Il *leading case* è costituito, come noto, da Cass. 16-10-1995, n. 10805, in *GC*, 1996, I, 1739; nella giurisprudenza recente v. Cass. 21-7-2004, n. 5724, in *Contratti*, 2004, 1011 ss.

⁽¹⁷²⁾ DALMARTELLO, *Contratti*, cit., 178.

dell'impresa *da un lato* investe e conforma il mercato; *dall'altro*, e per l'effetto, condiziona e compromette la concezione tradizionale del contratto, esaltandone l'essenziale strumentalità allo scambio. Tuttavia, mentre influenza e modifica quel complesso scenario, in esso si mimetizza e riassorbe, giacché l'impresa tipizza e standardizza il contratto in un mondo conformato dal mercato e che nell'ansia di uniformità propria del capitalismo “va tipizzando e standardizzando”, effettivamente, “tutto”.

Questo movimento di omologazione si costituisce, con la globalizzazione, in fenomeno epocale; la spazialità pura della globalizzazione si mostra nelle forme ontologiche e assiologiche del mercato (¹⁷³). Mentre il contratto, soprattutto se d'impresa, si declina nel contesto del mercato, il mercato si propone dilemmaticamente quale sintesi ideale e spazio reale della società civile.

Per naturale effetto, come il diritto commerciale classico si mostrava quale “diritto dei mercanti”, e le contrattazioni commerciali si presentavano assiologicamente orientate e positivamente costruite intorno a una figura polarizzante (il commerciante), nonché espressive degli interessi di cui il commerciante era portatore e promotore, così il diritto commerciale della contemporaneità si mostra all'osservatore quale “diritto del mercato”, e i contratti d'impresa si presentano assiologicamente funzionalizzati e legislativamente disciplinati con riguardo al contesto del mercato, in cui si manifestano nella prassi.

Per limitare il discorso alle questioni di diritto contrattuale, il complesso problema del mercato è giuridicamente affrontato sotto due profili: uno locale (nazionale o, come nel caso europeo, sovranazionale); l'altro, globale (in assenza, dunque, di una eteronoma determinazione ordinamentale).

Primo profilo (locale). Come osserva la dottrina più autorevole, “Il contratto d'impresa si inserisce non solo nell'attività dell'impresa ma nel mercato e nel mercato le imprese e la loro “iniziativa” entrano in contatto con interessi della collettività e con l'utilità sociale” (¹⁷⁴); l'impresa che si relaziona con le altre soggettività nello spazio del mercato esprime anche nell'attività contrattuale una carica assiologica assolutizzante e per ciò stesso problematica in contesti costituzionalmente retti all'insegna del pluralismo dei valori. Inoltre, “mentre siamo portati ad apprezzare in chiave positiva la extrastatalità che riconduce alle autonomie collettive la produzione del diritto, in un sistema economico che ci è stato descritto con accenti efficaci nei termini della globalizzazione, siamo turbati dal rischio che si riproduca o si aggravi la mancanza di parità delle armi (della *Waffengleichheit*) di cui parla la dottrina a proposito del contratto” (¹⁷⁵). L'interesse dell'impresa deve dunque affermarsi nel contesto relazionale del mercato rispettandone gli equilibri normativi: “Mentre la globalità non aggiunge potenza alla individualità dei fruitori ingigantisce, soprattutto con gli accaparramenti, la potenza delle imprese di produzione e distribuzione. [...] La via per riequilibrare il confronto tra imprese e consumatori, di conseguenza, deve rinvenirsi al di fuori dell'economia [...]. Questa via non può che trovarsi nell'etica che si fa diritto, conquistando così una più compiuta capacità di realizzarsi” (¹⁷⁶).

Questa l'intima ragione dell'“ordine giuridico del mercato” (¹⁷⁷). Che si svolge in un disegno accennato nelle pieghe della legge *antitrust* (e in specie nell'art. 3), dove il mercato è concepito

(¹⁷³) Cfr. la riflessione di IRTI, *Diritto europeo e tecno-economia*, in *RDC*, 2006, I, 1 ss.

(¹⁷⁴) OPPO, *I contratti d'impresa*, cit. 23.

(¹⁷⁵) RESCIGNO, *I contratti d'impresa e la Costituzione*, in AA.VV., *Il diritto europeo*, cit., 28 s.

(¹⁷⁶) FALZEA, *Introduzione*, cit., 9. Nella letteratura precedente, va ricordato il saggio di PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., 237 ss. (e in *Rass. DC*, 1995, 84 ss.)

(¹⁷⁷) Cfr., sin dal titolo, IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004². Il fenomeno della progressiva giuridificazione del mercato, e in esso, dei contratti, è ben sottolineato da ALPA, *I contratti d'impresa, i regolamenti e gli usi normativi*, in AA.VV., *Il diritto europeo*, cit., 44 ss. (pubblicato, con il titolo *Osservazioni sulla categoria dei contratti d'impresa*, in *Contratti*, 2004, 1059 ss.).

quale “centro di interessi interagenti”⁽¹⁷⁸⁾ e le condotte imprenditoriali anticoncorrenziali sono represses per tutelare non solo il gioco della concorrenza, ma anche (né sarebbero da esso disgiungibili) gli interessi del consumatore⁽¹⁷⁹⁾.

Le tutele apprestate al consumatore nei contratti del consumatore e affastellate a garanzia dell’impresa “debole” nei contratti asimmetrici tra imprese testimoniano di come l’etica - una precisa e, potrebbe ritenersi, anche riduttiva visione etica⁽¹⁸⁰⁾ - disegni *attraverso il diritto* (quale sua specificazione) un profilo del mercato.

Le esigenze e gli interessi coagulati attorno alla realtà dell’impresa e in essa riassunti si manifestano nella smania di absolutezza che muove la prassi dell’impresa dominante; questo agire soffocante sul mercato fornisce ragione di tutela a interessi contrapposti e minacciati, garantiti dall’etica che si fa diritto positivo. Sono gli interessi in capo agli “altri contraenti”, siano anche a loro volta imprese.

Ecco dunque che nelle copiose discipline i contratti d’impresa perdono determinazione dogmatica e si sciolgono nei “contratti del mercato”⁽¹⁸¹⁾; nei contratti conformati dallo svolgersi nel mercato, e regolamentati quali *relazioni di mercato*⁽¹⁸²⁾. Dove - è da ribadire - “mercato” non è spontaneo affermarsi del movimento economico, ma statuto normativo anche al centro di progetti politici di enorme ambizione (come dimostra il caso europeo)⁽¹⁸³⁾.

Pubblicità; informazione; formalismo; imposizione del contenuto minimo del contratto; diritti di recesso e di pentimento; nullità protettive. Promozione della buona fede oggettiva e della trasparenza. In sintesi, tecniche accorgimenti e principi del nuovo diritto dei contratti, declinato in ragione della asimmetria di potere tra le parti a tutela dell’interesse meno capace di realizzarsi. Questo il materiale costitutivo del pur variegatissimo diritto dei contratti del mercato.

⁽¹⁷⁸⁾ BUONOCORE, *Presentazione*, cit., 31. Sui rapporti tra autonomia privata e mercato concorrenziale, cfr. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *RDCo*, 2002, I, 541 ss.

⁽¹⁷⁹⁾ Sul nesso oggi condiviso tra tutela del contraente “debole” e tutela del mercato cfr., innanzitutto, l’intuizione di VIVANTE, *Trattato*, I, cit., 64; e poi la pagina sempre attuale di ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *RTDPC*, 1954, 673 ss. (e dello stesso v. anche *Ordine giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, I, 47 ss.). Nella giurisprudenza si segnala Cass. S.U. 4-2-2005, n. 2207, in *FI*, 2005, I, 1014 ss. la quale, riconoscendo al consumatore la legittimazione all’azione davanti al giudice ordinario ai sensi dell’art. 33, comma 2, l. *antitrust*, dichiara: “la legge antitrust non è legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque vi abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere. [...] Il consumatore, che è l’acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene. Pertanto la funzione illecita di un’intesa si realizza per l’appunto con la costituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente”.

⁽¹⁸⁰⁾ Se si considera che il profilo etico che viene in rilievo è ridotto al mercato, quale presupposto indiscusso (etica del mercato).

⁽¹⁸¹⁾ Cfr. la proposta di OPPO, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, in *RDC*, 2006, *Atti del convegno per il cinquantenario della Rivista*, cit., 46 ss., che così distingue, da un lato, i contratti civili e, dall’altro, i contratti del mercato (tra imprese e del consumatore), giacché nei secondi “Contratto e mercato interferiscono e si influenzano a vicenda. È difficile stabilire, sul piano logico, giuridico ed economico, una priorità o una prevalenza. Il mercato - lungi dal sostituire il contratto - è fatto di contratti, i contratti nascono dal e nel mercato. Non si possono disciplinare gli uni indipendentemente dall’altro e viceversa; gli interessi che presiedono ai primi dagli interessi che fondano l’ordine del mercato”.

⁽¹⁸²⁾ Cfr., in generale, la ricostruzione di RITNER, *Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb*, in *AcP*, 1988, 102 ss., e poi le osservazioni di R. ALESSI, *Contratto e mercato*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano, 1994 spec. 2342 ss.; v. inoltre SAMBUCCI, *Il contratto*, cit., 87 ss. (che a riguardo, in prospettiva di teoria sistemica, propone il mercato come “contesto di senso”); infine, la riflessione di BUONOCORE, *Le nuove frontiere*, cit., 255 ss. (spec. 263 s.) e i saggi raccolti in AA.VV., *Contratto e mercato*, a cura di Azzaro, Torino, 2004. La matrice di questa evoluzione di pensiero è nell’opera di Ascarelli, nella quale “La disciplina della concorrenza nel mercato non si ferma [...] ad alcuni rapporti o vicende operative; è invece un principio regolatore della generale disciplina dell’impresa, e deve permeare di sé, in definitiva, ogni fase di quella disciplina” (LIBONATI, *Diritto commerciale e mercato. L’insegnamento di Tullio Ascarelli*), in *Diritto Privato* 1997, Padova, 1998, 556).

⁽¹⁸³⁾ Cfr. OPPO, *Principi*, cit. 37s., e poi il saggio di SIRENA, *La categoria*, cit., spec. 418 ss.

Nel mercato la relazione contrattuale è tra imprese e tra imprese e consumatori. Si è visto che il contratto è variamente ma costantemente funzionalizzato a un interesse estraneo all'impresa. Si è pure visto che nel caso dei contratti del consumatore questo interesse è rinvenibile in capo a una soggettività ben determinata mentre in altre evenienze a essere tutelata è una particolare fenomenologia di impresa (economicamente dipendente) e, in altri casi ancora, semplicemente l'"altro contraente". Ma, *in tutti i casi*, ad essere infine perseguito è l'interesse generale espresso dall'ordine giuridico del mercato. In questi termini il contratto è funzionalizzato al mercato ⁽¹⁸⁴⁾.

La determinazione dell'ordine giuridico del contratto come dipendente dalla determinazione dell'ordine giuridico del mercato condiziona l'inserimento dell'impresa nelle dinamiche relazionali del mercato: nel senso che il contratto (la disciplina del contratto) media il rapporto tra (disciplina dell') impresa e (disciplina del) mercato ⁽¹⁸⁵⁾. Nel discorso giuridico il *rapporto privilegiato* non è tra "contratto" e "impresa", ma tra "contratto" e "mercato".

I percorsi dell'adeguamento normativo del contratto al mercato risentono delle peculiarità contestuali. Obblighi di informazione, forma legale, regime delle nullità, ecc. si presentano diversamente strutturati a seconda che si tratti di contratti tra imprese e consumatori o tra imprese. Circa questi ultimi, le ricordate risorse tecniche si peculiarizzano ulteriormente a seconda delle specifiche esigenze sollevate dalle operazioni contrattuali di volta in volta considerate. Inevitabilmente, l'espressione "contratti del mercato", riassuntiva di prodotti positivi continuamente generati da una esasperata tecnica combinatoria, è oltremodo vaga ed essenzialmente evocativa; appare nondimeno utile per cogliere il *sensu* delle nuove e innumerevoli regole sui contratti: nel duplice significato della ragione che le fonda e della direzione in cui si evolvono. Ragione fondativa e dinamica evolutiva che si manifestano in processi di progressivo allontanamento dalle esigenze e dagli interessi dell'impresa, non più considerata come soggettività che *contratta* ma come soggettività con cui si *contratta*.

In questa realtà è il pregiudizio sulla possibilità che i contratti d'impresa si costituiscano generalmente in categoria dogmatica; d'altro canto, in questa realtà è il seme che può costituire in categoria dogmatica la figura del "terzo contratto": beninteso, se le discipline si implementeranno, riorganizzandosi razionalmente attorno agli interessi delle imprese economicamente (e dunque contrattualmente) dipendenti.

Secondo profilo (globale). Affrancato dal dominio territoriale degli ordinamenti nazionali e sopranazionali, nella spazialità dello scambio senza frontiere, il fenomeno dei contratti d'impresa si ripresenta in tutta la sua evidenza. Se non vi è ragione (accolta dal diritto positivo) di tutelare un qualche contraente "debole", le prassi si confermano nell'applicazione arbitrale e giudiziaria, e i contratti (per definizione) simmetrici d'impresa, quali relazioni di mercato globale, si vedono riconosciuti nella matrice assiologica, e tutelati quale esercizio di libertà economica.

Il contratto legittimato dalla libertà economica è in effetti espressione della libertà economica che si autocomprende come ragione della sua stessa legittimazione. Il riflesso etico di questa realtà giuridica è tutto nel valore della procedura seguita per attingere al contratto; questa si esaurisce per intero nell'esercizio del *consenso*; il quale è a sua volta costituito da nessun'altra regola diversa ed eteronoma da quella che esso stesso esprime.

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr. ancora OPPO, *Principi*, cit. 79, che scrive di "una tutela "di mercato" della controparte contrattuale, del consumatore, del risparmiatore, dell'investitore, possiamo dire "del cittadino"". Più in generale si avverte infatti che "una disciplina *antitrust* non può produrre risultati efficaci se rimane isolata in un contesto separato, in un ordinamento che poi disconosce il valore della concorrenza nella disciplina delle attività amministrative, dell'autonomia privata, della responsabilità civile, ecc." (LIBERTINI, *Caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano. Un bilancio dei primi dieci anni di applicazione della legge 287*, in *RDCo*, 2000, I, 514).

⁽¹⁸⁵⁾ Scrive a riguardo OPPO, *Impresa e mercato*, cit., 423: "può identificarsi nel contratto il punto di incidenza e coincidenza della disciplina giuridica vuoi dell'impresa, vuoi del mercato: il collegamento dei dati economici avviene con la mediazione giuridica del contratto".

La nuova legge mercantile planetaria è tutta qui. Il limite ontologico che la segna è nella assolutezza di questa libertà, che la spinge a sfociare nell'arbitrio.

Le discipline elaborate dai giuristi si ispirano intensamente alla nuova legge dei mercanti; ma il distillato ottenuto nelle codificazioni proposte è segnato dalla preoccupazione di garantire anche dall'*abuso* contrattuale che può sorgere in ogni relazione. Regole come quelle sulla sproporzione iniziale o sopravvenuta tra le prestazioni svolgono in quei contesti disciplinari una importante funzione *legittimante*. Se si riflette che la tutela dall'abuso si costituisce come metro della libertà contrattuale e ragione della vincolatività del consenso prestato (che lega all'accordo fatto salvo l'abuso), non si fatica a comprendere che questa legittimazione, che in tal modo si assicura al contratto, è efficace a rimuovere l'esiziale sospetto di iniquità che pregiudica la consuetudine mercantile. Cosicché la libertà riacquista il suo proprio significato, distanziandosi dalla pratica arbitraria.

Nello spazio della globalizzazione i contratti del mercato tendono dunque a coincidere fino a identificarsi con i contratti d'impresa. Infatti, la regola convenzionale sul mercato traspare dietro la regola convenzionale sul contratto. Non è inutile aggiungere che la regola del mercato, che è dato intravedere attraverso la regola del contratto, è in effetti debitrice di quella regola, perché fondamentalmente costituita proprio da essa.

Inversamente da quanto accade nei contesti nazionali e sopranazionali, nello spazio globale l'ordine del mercato (del contesto) dipende dall'ordine del contratto (della relazione che in esso si svolge, strutturandolo). Nondimeno, il nesso tra "contratto" e "mercato", pur in diversa (perché opposta) declinazione, si conferma in tutta la sua forza.

In questo ambito, la figura dei "contratti d'impresa" si mostra particolarmente proficua, incentivando l'interprete a non distogliere l'attenzione sull'ulteriore legame, *incondizionato* e *stringente*, che in essi – sullo sfondo del mercato globale - si pone tra uno specifico atto e una ben determinata attività.

21. *Classificazioni e codificazioni.*

Il variegato mondo del diritto dei contratti (nuovo, in quanto evoluzione del vecchio, ma costruito anche di quel ceppo) è più facile a scomporsi che a ricomporsi. La sua scomposizione ordinata e argomentata può tuttavia contribuire a una auspicabile ricomposizione: in cui si rispettino le diversità dei vari *sistemi* contrattuali e dei diversi *insiemi* contrattuali, ma si possano anche rinvenire alcune linee di tendenza accomunanti (per quanto appena accennate, come inevitabilmente si atteggiano quelle che si stagliano tra realtà relativamente incommensurabili: sistemi e insiemi contrattuali).

La tradizionale bipartizione tra "contratti civili" e "contratti commerciali" era fondata sulla ripartizione delle materie civile e commerciale nei due codici dedicati. Quelle discipline erano dunque raccolte in *sistemi*, quali erano i codici civile e di commercio; questi sistemi si definivano nella relazione reciproca: come sistemi *separati*; la distinzione era fissata da regole positive di attribuzione dell'atto all'una o all'altra materia, contenute nel codice di commercio. "Contratti civili" e "contrattazioni commerciali" erano dunque collocati in due sistemi coordinati di discipline, l'uno diretto all'affermazione dei valori e degli interessi racchiusi nello scambio civile, l'altro teso alla promozione dei valori e degli interessi intorno a cui si realizzava nella sua essenza costitutiva lo scambio commerciale. "Contratti civili" e "contrattazioni commerciali" si ponevano pertanto come *categorie*. Il rapporto che legava queste categorie contrattuali era di genere a specie.

Il superamento del sistema dualistico e il venir meno delle regole di discriminazione, impediscono una netta separazione tra le sfere di competenza dei "contratti civili" e delle "contrattazioni imprenditoriali", e favoriscono il tendenziale assorbimento delle seconde nel vasto territorio dei "contratti civili imprenditorializzati". La linea di demarcazione si fa evanescente, e resta affidata alle poche norme o espressamente riferite alla contrattazione d'impresa o a essa funzionali. Il

discrimine tra contratti civili e contratti imprenditoriali si apprezza non tanto sul piano dogmatico quanto soprattutto su quello fenomenologico. Contratto e impresa non si legano più in una categoria. Prevalle la formula descrittiva dei “contratti dell’impresa”, contrapposta a quella, tradizionale e dogmaticamente pregnante, dei “contratti civili” (per quanto, giova ricordarlo ennesimamente, imprenditorializzati).

La formula “contratti dell’impresa”, nella sua estrema ampiezza, ha carattere essenzialmente *evocativo*. Nondimeno, la attenta valorizzazione dei costituenti “contratto” e “impresa” nelle reciproche connessioni evidenzia il nucleo del complesso fenomeno, dato dai “contratti d’impresa”: qualificativi dell’attività. La formula “contratti d’impresa” – ormai intesa nell’accezione di “contratti professionali” – nella sua minore estensione dimostra una maggiore performatività descrittiva.

L’avvento della tutela contrattuale del consumatore riduce tuttavia l’efficacia descrittiva della formula, che si scopre a questo punto riferita a fenomeni che si sono manifestati, nel diritto positivo, come profondamente diversi: i “contratti bilaterali d’impresa” e i “contratti unilaterali”, stipulati dal consumatore con l’impresa. La disciplina che struttura i contratti del consumatore, raccolta nell’apposito codice, si coagula attorno a un interesse esterno e contrapposto a quello dell’impresa: l’interesse del consumatore, tutelato dall’abuso contrattuale perpetrabile dall’impresa; in dottrina si discorre pertanto di “contratti *con* l’impresa”. Giocoforza, l’emersione della categoria dei “contratti del consumatore” determina una ulteriore riduzione dell’area ricoperta dai contratti d’impresa, limitata ai “contratti bilaterali d’impresa”.

L’evoluzione del diritto positivo all’insegna della rimozione degli abusi fomentati dalla asimmetria di potere contrattuale non è una prerogativa della materia consumeristica; nella legislazione recente, questo obiettivo ha conformato anche i “contratti bilaterali d’impresa”, facendo affiorare la distinzione tra “contratti simmetrici tra imprese” e “contratti asimmetrici tra imprese”.

Le discipline dei “contratti asimmetrici tra imprese” presentano assonanze con la disciplina dei contratti del consumatore: favorendo l’ipotesi della più ampia figura del “contratto con asimmetria di potere”. Questa amplissima e ineffabile figura contrattuale si contrappone (e in tal misura si restringe e determina) al contratto disciplinato nel codice civile, secondo la classica visione dell’uguaglianza formale delle parti.

In forza di quella pregnante visione, nella categoria contrattuale codicistica si ricomprendono, sovrapponendosi, i “contratti civili” e i “contratti simmetrici tra imprese”.

Questi ultimi se ne affrancano alquanto espandendosi nella dimensione sovrastatale e arricchendosi delle prassi mercantili e delle sistemazioni colte del diritto contrattuale. Per questo processo, i “contratti simmetrici tra imprese” si separano dai “contratti civili” per attingere - insieme ai “contratti asimmetrici” e ai contratti del consumatore ma conservandosi nella peculiarità - la dimensione del mercato. Utilizzando una formula descrittiva di ampiezza ancora più estesa, può discutersi di “contratti civili” contrapposti ai “contratti del mercato” (dove però va distinto lo spazio mercantile locale da quello globale).

Se si presta brevemente attenzione alle sedi di disciplina (cui pure si è fatto ora cenno con riguardo al caso italiano), la variegata materia contrattuale si distribuisce altrettanto variamente nelle possibili sedi di competenza.

In alcuni ordinamenti (come in quello francese), la materia contrattuale è nettamente suddivisa secondo le tre ragioni ispiratrici nel codice civile (per i contratti civili), nel codice di commercio (per i contratti commerciali) e nel codice del consumo (per i contratti del consumatore), dando luogo a un sistema contrattuale tripartito, fondato sulla *separazione massima* delle sue componenti.

In altri ordinamenti, in uno stesso codice sono aggregate più figure contrattuali, giudicate compatibili: così, in Germania, vigendo il sistema dualistico, i contratti del consumatore sono disciplinati nel codice civile; in Italia, vigendo il sistema monistico, i contratti del consumatore sono disciplinati in un apposito codice. In entrambi i casi si afferma un sistema contrattuale bipartito, fondato su una problematica *unione parziale*: dei contratti civili e del consumatore a cui si

contrappongono i contratti imprenditoriali; oppure dei contratti civili e imprenditoriali a cui si contrappongono i contratti del consumatore.

E giova annotare: a riprova della incompatibilità di fondo tra contratti imprenditoriali e contratti del consumatore, *in nessun caso* ai contratti civili si oppongono i contratti imprenditoriali e del consumatore unitariamente disciplinati (pur costituendo entrambi, a differenza dei primi, manifestazioni dei contratti del mercato).

Vi è infine un esempio di *sintesi totale* – di tutte le possibilità combinatorie, la più problematica – che dà luogo a un sistema contrattuale monistico: è offerto dai PECL, nei quali si trovano disciplinati principi che concernono contratti civili, imprenditoriali e dei consumatori. Come accennato, l'antecedente storico è ravvisabile nel nostro codice civile imprenditorializzato, che dal 1996 al 2005 fu sede anche della disciplina generale dei contratti del consumatore.

22. Utilità e legittimità della figura empirica dei contratti d'impresa quali “contratti tra imprese”.

Una constatazione difficilmente revocabile in dubbio è che “contratto” e “impresa” costituiscano realtà giuridiche intensamente connesse e molto spesso inscindibili nel diritto della società di mercato. Sia il contratto che l'impresa contribuiscono a dare sostanza e implementano semanticamente il concetto stesso di “mercato”. In questa intima connessione è il senso dell'interrogarsi sui “contratti d'impresa”: che, però, si scioglie nel più vasto e incerto interrogarsi sui contratti del mercato.

Minori ambizioni, ma maggior capacità determinativa e utilità pratica ha la figura se usata per designare esclusivamente i contratti stipulati tra imprese. Un risultato a cui è giunta l'indagine può pertanto coagularsi intorno alla proposta, argomentata sulla base dell'esposizione ora svolta, di riferire l'espressione “contratti d'impresa” ai “contratti tra imprese”. Così da usare queste espressioni come equivalenti, fino a sostituire la prima – meno precisa sull'oggetto – con la seconda. Che non possa designarsi, con questa espressione, una vera e propria categoria dogmatica, ma soltanto una vasta fenomenologia della contrattazione non ne esclude né ne compromette utilità e legittimità. Il vantaggio di una figura semplicemente empirica è nella elevata malleabilità a fini pratici; nella legittimità e utilità del suo conformarsi secondo le esigenze della realtà e al riparo da preoccupazioni dogmatiche (una figura può dirsi empirica proprio in quanto la legittimità dipende dalla utilità e si rafforza nella utilizzabilità).

Nella contrattazione tra imprese quale settore del diritto contrattuale, discriminato nella prassi operativa nell'attività giurisdizionale e nella riflessione scientifica, si evidenziano due aree o classi contrattuali: l'area dei contratti asimmetrici tra imprese (o “terzo contratto”) e l'area dei contratti simmetrici tra imprese. Avere a mente i “contratti tra imprese” aiuta nella considerazione delle difficili questioni che si innescano in queste due aree del diritto contrattuale contemporaneo: di qui una grande utilità e – dunque – una piena legittimità della figura.

23. Crisi e centralità della (meta-)categoria del contratto.

Lo studio del rapporto tra “contratto” e “impresa” porta alla ribalta tutte le perplessità che si addensano sulla classica categoria del contratto⁽¹⁸⁶⁾. Il nuovo diritto positivo dei contratti d'impresa segna l'apice a cui la crisi della categoria sembra essere giunta⁽¹⁸⁷⁾. Infatti, al progressivo

⁽¹⁸⁶⁾ Per uno sguardo d'insieme, cfr. VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in AA.VV., *Tradizione civilistica*, cit., 559 ss. (pubblicato anche in *Riv. dir. priv.*, 2004, I, 313 ss.)

⁽¹⁸⁷⁾ La crisi che negli ultimi decenni ha investito la categoria contrattuale è ben evidenziata dal dibattito sulla “morte” del contratto (inaugurato, convenzionalmente, da GILMORE, *The Death of Contract*, 1974, trad. it., *La morte del contratto*, Milano, 1999), iniziatosi molti anni fa e (come sottolinea BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in

indebolimento per così dire ontologico della figura contrattuale, quale vincolo non più fondato su una idea forte di accordo, si accompagna l'indebolimento ontologico della concezione ricevuta dell'impresa, oggi intesa - nel rapporto con il contratto - quale attività economica professionale. Ma il nucleo instabile del nuovo diritto contrattuale è strutturalmente segnato proprio da queste figure, e mosso dal loro rapporto ⁽¹⁸⁸⁾.

Più in generale, discorrere di regole generali sul contratto appare a molti esercizio colto ma infruttuoso e vano, se non foriero di esiti fuorvianti (come sarebbe l'indebita estensione di regimi protettivi accentuatamente singolarizzati). Sono rare le prese di posizione in senso contrario ⁽¹⁸⁹⁾.

Le cause più prossime e determinanti della crisi del contratto si rinvengono usualmente nella "norma comunitaria europea, assai distante dalla consolidata immagine formale e formalistica della vecchia legge per quel suo contenuto di greve e immediata fattualità economica che la rende un tessuto decisamente acategoriale" ⁽¹⁹⁰⁾. Infatti, il diritto positivo interviene a regolare i momenti critici dell'azione economica, e si limita a questo intervento, circoscritto ogni volta alle regioni specifiche e alla specifica conformazione del mercato o del settore di mercato rilevante o della particolare relazione imprenditoriale che viene in questione. I fenomeni dell'economia e le ragioni del governo dell'economia determinano il modo d'essere del diritto, quale ordine giuridico non del contratto ma – attraverso anche le *asistematiche* regole sul contratto - del mercato. L'attenzione a quelle ragioni disarticola l'unità del diritto contrattuale, così da renderlo duttile di necessità, e pertanto maggiormente adatto a soddisfare le occasionali e ricorrenti esigenze.

Di modo che le variegatissime discipline contrattuali potrebbero aspirare a una generalissima sintesi solo nella visuale, alquanto più ampia, che dal contratto si allarga al mercato. Su questo abbrivio si realizzerebbe, tuttavia, una prospettiva di studio di modeste ambizioni, che restituirebbe l'ordine giuridico del contratto non in una sua interna razionalità ma semplicemente quale *momento* del più vasto ordine giuridico del mercato (dal quale ultimo il primo dipenderebbe, ricevendo anche legittimazione).

Rispetto a questo stato di cose (alla realtà del dato fenomenologico e alla portata delle difficoltà ricostruttive), distonici appaiono gli ambiziosi tentativi condotti da alcuni studiosi nell'assemblare discipline generali. Tentativi esercitati, si direbbe, da giuristi indifferenti al contesto.

È però un fatto che, nonostante tutte le perplessità e le controindicazioni, questi prodotti si sviluppino progressivamente acquisendo proprio negli ultimi anni carattere di sempre maggiore compiutezza. Se il nuovo diritto *positivo* dei contratti si declina all'insegna della crisi dei modelli giuridici, il nuovo diritto *colto* dei contratti si declina all'insegna di una orgogliosa fiducia sulla capacità della scienza giuridica di dare ordine a una realtà caotica e ribelle. Un riappropriarsi, sembrerebbe, delle *ragioni* del diritto da parte dei suoi protagonisti: i giuristi.

Il che induce a una breve riflessione. I tentativi sulle codificazioni colte testimoniano le richieste di uniformità e di certezza che si sollevano dalla prassi; la discussione inesausta a cui queste codificazioni danno luogo dimostrano l'interesse suscitato nelle sedi scientifiche. Il successo di questi tentativi, quali sistemi regolamentari prescelti nelle "transazioni" commerciali internazionali e avvalorati nelle decisioni arbitrali, danno prova delle ricche possibilità che si pongono davanti al

RCDP, 2001, 168) tuttora in corso. Sia sufficiente il rinvio a RESCIGNO, *Premessa*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2006², L ss. e ai contributi raccolti in AA.VV. *La nuovelle crise du contrat*, a cura di Jamin e Mazeaud, Paris, 2003.

⁽¹⁸⁸⁾ Pare testimoniare, fenomenologicamente, anche una iniziativa di successo come la fondazione, a metà degli anni Ottanta del secolo scorso, della rivista *Contratto e impresa*, dove - spiega l'artefice (cfr. GALGANO, *Può esistere oggi la linea culturale di una rivista?*, in *CeI*, 2002, 451) - non si presta attenzione a una disciplina, ma "a figure giuridiche dominanti l'esperienza (come il contratto e l'impresa)". Per un autorevole consuntivo, cfr. SACCO, *Vent'anni di Contratto e impresa*, in *CeI*, 2005, 443 ss.

⁽¹⁸⁹⁾ Sulla significatività del contratto come categoria unitaria v. G.B. FERRI, *La "cultura del contatto" e le strutture del mercato*, in *RDCo*, 1997, I, 843 ss.

⁽¹⁹⁰⁾ GROSSI, *Introduzione*, in AA.VV., *Tradizione civilistica*, cit., 14.

giurista in questo frangente storico, e del ruolo determinate del lavoro dogmatico nella fatica corale volta alla riduzione della complessità ⁽¹⁹¹⁾.

Non andrebbe d'altro canto sottaciuto che alle esigenze di uniformità e certezza hanno sempre cercato di dare risposta i codici; riguardo al contratto, con le regole sui contratti in generale consegnate nel codice civile. Per limitare il riferimento al caso italiano, tali regole disciplinavano la categoria contrattuale anche nel dualismo codicistico, dove le disposizioni generali sui contratti (e non soltanto sui contratti civili) erano contenute nel codice civile (mentre le regole generali sui contratti commerciali erano da esse concettualmente dipendenti, in quanto ne *presupponevano* l'esistenza). Si è visto che nel sistema dualistico oggi in vigore tra contratti civili imprenditorializzati e contratti del consumatore, il legislatore si è preoccupato di ristabilire il nesso tra due sistemi separati, uno dei quali è rispetto all'altro generale. Timidi ma inequivocabili segnali – potrebbe supporre - del fatto che nel contesto attuale, in cui il codice civile ha irrimediabilmente perduto la sua centralità, non sono tuttavia venute meno quelle esigenze di uniformità e di certezza, né l'impegno legislativo nel dare risposte.

Non solo per i limiti oggettivi storicamente dimostrati dalla legislazione, ma anche per il ruolo socialmente ricoperto, spetta tuttavia all'interprete di valorizzare questi sforzi, e di assicurare le insopprimibili esigenze, riordinando razionalmente tutta la vasta e frastagliata fenomenologia. Certamente, rinunciando a metodi inadatti a ricostruire la *realtà* dell'ordinamento; inoltre, guardandosi da qualsiasi anacronistica pretesa di sistematicità e di purezza che pieghi la realtà alle costrizioni del sistema concettuale; prestando dunque attenzione al rischio di semplificazioni eccessive e irrispettose delle ragioni che peculiarizzano ciascun sistema e ciascun insieme disciplinare. Ma, con tutte le precauzioni che si richiedono, spetta pur sempre all'interprete di svolgere il suo lavoro alla ricerca di *nuovi paradigmi* che possano razionalizzare contesti di radicale innovazione.

In questa sensibilità paiono iscriversi recenti inviti della di autorevoli civilisti “alla costruzione del sistema” ⁽¹⁹²⁾. Al proposito, e anche a testimoniare – al di là delle occasionali settorializzazioni del diritto positivo - l'essenza unitaria del diritto privato, particolarmente interessante appare la proposta metodologica di un illustre studioso del diritto commerciale, a giudizio del quale “la spinta verso la supremazia dell'approccio casistico e degli specialismi è una constatazione di ordine sociologico, verso la quale chi scrive non esprime un giudizio di valore positivo; al contrario, pensa che non ci si debba affatto rassegnare, malgrado il pessimismo della ragione, a riconoscere la “autonomia giuridica” (cioè di fonti, metodi, concetti) dei “diritti speciali”” ⁽¹⁹³⁾.

L'invito alla razionalizzazione dei “diritti speciali” (e qui: dei diritti speciali sui contratti) è infatti non solo professione di “realismo reattivo” (realismo sullo stato della legislazione ma finalizzato alla razionalizzazione rispettosa del particolare) bensì anche – e credo soprattutto - tappa iniziale e necessaria per una *più compiuta razionalizzazione*, che miri alla ricomposizione organica delle differenze in un sistema che manifesti la sua unità di fondo proprio sul riconoscimento e sulla valorizzazione delle stesse.

In altri termini, constatato il dato della frammentazione del diritto dei contratti, ciò che appare poco plausibile è (ri)percorrere le vie della dogmatica classica, imperniata su una spiegazione

⁽¹⁹¹⁾ Sulle ricche potenzialità che la comunità degli interpreti giuridici ha davanti a se stessa e sul denunciato atteggiamento di “pigritia intellettuale degli stessi giuristi, paghi del ruolo formale di sacerdoti del culto legislativo”, soddisfatti di “una modesta minestra di lenticchie”, cfr. GROSSI, *Prima lezione*, cit., 8.

⁽¹⁹²⁾ Cfr. SACCO, *Il problema della riforma. (La conclusione del contratto)*, in RDC, 2006, *Atti del convegno per il cinquantenario della Rivista*, cit., 200. Nel presentare il convegno per il cinquantenario della *Rivista di diritto civile* Giorgio Cian ammonisce che “è proprio del civilista, più che di ogni altro, l'avvertire l'esigenza di conservare la razionalità e l'organicità del sistema, nella salvaguardia dei suoi valori fondamentali, pur di fronte al continuo modificarsi delle norme provocato dalle sempre nuove esigenze della società che muta” (CIAN, *Presentazione del convegno*, in RDC, 2006, *Atti del convegno per il cinquantenario della Rivista*, cit.).

⁽¹⁹³⁾ LIBERTINI, *Alla ricerca del “diritto privato generale”*, cit., 551.

riduzionista del fenomeno giuridico (nel diritto delle obbligazioni e dei contratti, fino alla sintesi estrema del negozio giuridico). Ma ciò non toglie che sia pur sempre possibile adottare una strategia dogmatica di carattere *non riduzionista*: che cioè, preso atto delle diversità che contraddistinguono i vari settori del diritto contrattuale, cerchi in primo luogo di razionalizzare ciascun sistema o insieme ricompreso in questo diritto, individuandone i principi ordinanti; e cerchi in secondo luogo di razionalizzare il modo in cui queste differenze si pongono nel sistema.

Su questa linea metodologica, l'organicità del sistema (diviso tra contratti civili, contratti del consumatore, contratti asimmetrici d'impresa e contratti simmetrici d'impresa) potrebbe cogliersi nella *ragione delle differenze* che si apprezzano al suo interno. La giustificazione di queste differenze determinerebbe la razionalità del sistema (nel nostro caso: del diritto dei contratti) ⁽¹⁹⁴⁾.

Nell'accingersi a una simile fatica, occorrerebbe dunque riconoscere preliminarmente che quella del contratto non possa oggi declinarsi che come categoria plurale o, meglio ancora, come *meta-categoria*, in se stessa indefinita perché definita indirettamente dall'essere comprensiva di sistemazioni categoriali specifiche (es., i contratti del consumatore), di figure appena delineate e in evoluzione (es., i contratti asimmetrici tra imprese) e di raggruppamenti empirici (es., i contratti simmetrici tra imprese) ⁽¹⁹⁵⁾. Nella quale, tuttavia, possano ancora custodirsi i valori di civiltà sottesi all'*idea* di "contratto", posti tra i cardini (assiologici e concettuali) della *libertà* di contrattare, del *vincolo* della parola data e della *giustizia* del contratto, di volta in volta ricomposti dal legislatore in mobile e differente equilibrio.

Valori, è da aggiungere, oggi messi radicalmente in discussione in nome delle esigenze dell'economia (come denuncia il dibattito sul fenomeno degli "scambi senza accordo") e sulla scorta del mero calcolo economico (basti pensare alla questione dell'inadempimento "efficiente") ⁽¹⁹⁶⁾.

Nella meta-categoria, quale struttura comprensiva e ordinante, i vari sistemi e insiemi che si riuscisse ad assemblare reagirebbero l'uno all'altro, spiegandosi nelle reciproche e anche profonde differenze; nondimeno potrebbero confermarsi nella comune appartenenza. In tal modo ogni specificità, tanto di disciplina quanto di interpretazione, potrebbe essere vagliata alla luce della razionalità complessiva della meta-categoria, così da razionalizzarsi pur conservandosi nella differenza (dando pertanto ragione, in quella razionalizzazione, di una riconfermata differenza) ⁽¹⁹⁷⁾. Molteplici ragioni indurrebbero dunque verso un approccio razionalizzante alla complessiva questione sollevata dal "contratto". Per questo compito, complesso e qualificante, alcuni strumenti sono a disposizione. A lungo trascurate, se non screditate, la tecnica delle clausole generali e del

⁽¹⁹⁴⁾ Cfr. COLEMAN, *The Practice of Principle. In defence of a pragmatist approach to legal theory* (2001), trad. it., *La pratica dei principi. In difesa di un approccio pragmatista alla teoria del diritto*, Bologna, 2006, 97 s., nota 4: "una buona spiegazione può mostrare in che modo le varie parti dell'intero differiscano l'una dall'altra in modo sistematico o di principio, e in che modo il farlo contribuisca alla coerenza dell'intero".

⁽¹⁹⁵⁾ Cfr. OPPO, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, cit., 55, che discorre di diverse categorie di contratti "come rami innestati su un tronco comune".

⁽¹⁹⁶⁾ Sulla questione dell'*efficient beach of contract* v., in generale, ROPPO, *A partire dalla formazione: divagazioni non molto ortodosse in etna di contratto*, (tra l'altro pubblicato) in ID., *Il contratto del duemila*, cit., 61 ss., spec. 78 ss.; in prospettiva di antropologia giuridica cfr. le osservazioni di SUPLOT, *Homo juridicus*, Paris, 2005; trad. it., *Homo juridicus*, Milano, 2006, 134 s.

⁽¹⁹⁷⁾ A quest'ultimo riguardo, e da un punto di vista anche empirico, la riflessione sulla meta-categoria del contratto si appalesa infine opportuna e proficua per dare adeguatamente conto del fenomeno imponente della contrattazione atipica. Di fronte alla diffusione planetaria dei modelli, pensati all'insegna dell'uniformità globale e della elasticità nelle evoluzioni suggerite e imposte dalle stratificazioni della prassi, la soluzione di una positivizzazione delle singole figure in prospettiva "italiana" sarebbe frutto di un approccio municipalistico e per ciò stesso poco convincente. Sarebbe invece preferibile impegnarsi in una approfondita riflessione sulla figura generale, sulla scorta della quale poter adeguatamente svolgere un auspicabile "confronto critico, alla luce del diritto italiano, con i modelli contrattuali alieni" (così G. DE NOVA, *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali*, cit., 349).

diritto per principi, risorse quali la buona fede ⁽¹⁹⁸⁾ e il divieto di abuso del diritto ⁽¹⁹⁹⁾, capisaldi operativi nelle tramontate correnti antiformalistiche, sembrano riaffermarsi nella considerazione oggi accordata non solo, ma episodicamente, in letteratura bensì anche e soprattutto nel diritto comunitario dei contratti e nelle codificazioni colte. Viva è l'impressione che ben si presterebbero alla scommessa sul governo di una realtà giuridicamente poliedrica, e apparentemente informale.

FABRIZIO DI MARZIO

Bibliografia: Il tema dei contratti d'impresa costituisce uno dei profili di più intenso dibattito nella materia del contratto. Giocoforza, nella sterminata letteratura, i riferimenti sono limitati alle opere di particolare rilievo sul tema specifico o comunque poste a base del presente lavoro.

Per l'attività d'impresa nella prospettiva storica cfr. il saggio di GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in *Quaderni fiorentini*, 28, II, Milano, 2000, 999 ss.; nella dottrina commercialistica cfr. le pagine di ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962³; nella civilistica, v. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001⁴.

Un quadro generale sulla materia commerciale nel vigore dell'ultimo codice dedicato si coglie nelle opere di BOLAFFIO, *Il diritto commerciale*, Torino, 1925³; ID., *Degli atti di commercio, dei commercianti, dei libri di commercio*, in *Il codice di commercio commentato*, a cura di Bolaffio e Vivante, Torino, 1922⁵; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, Milano, 1922⁴, 57 ss.; A. ROCCO, *Principi di diritto commerciale*, Torino, 1928. Invece, sulla contrattazione commerciale nella vigenza del dualismo codicistico ai fini di queste pagine è sufficiente richiamare, tra i molti, i contributi di BOLAFFIO, *Il diritto commerciale*, cit., 3 ss.; 228 ss. e di VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, Milano, 1926⁵, 5 ss.

Sul problema della unificazione del diritto privato, cfr. VIVANTE, *Trattato*, I, cit., 1 ss. Il graduale processo che condusse all'unificazione, articolatosi nella redazione di tre progetti di riforma del codice di commercio, è ben rappresentato nel suo svolgersi nei saggi di ROTONDI, *La questione del codice unico delle obbligazioni e il progetto di riforma del codice di commercio*, in *Monitore dei Tribunali*, 1923, 705 ss. e in ID., *Studi di diritto commerciale e di diritto generale delle obbligazioni*, Padova, 1961, 3; ID., *L'autonomia del codice di commercio nei lavori della commissione reale per la riforma dei codici*, in *Studi Zanzucchi*, Milano, 1927, e in ID., *Studi*, cit., 27; ID., *La riforma della legislazione commerciale. Parere sul progetto preliminare del nuovo codice di commercio*, in *Studi di diritto privato italiano e straniero*, diretti da Rotondi, Serie II, 1, Milano, s.d., e in ID., *Studi*, cit., 73. Per studiare la unificazione del diritto privato, e la conseguente commercializzazione del diritto civile, nelle testimonianze di un protagonista della vicenda, cfr. i contributi di ASQUINI, *Una svolta storica del diritto commerciale*, in *RDCo*, 1940, I, 509 ss.; ID., *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, ivi, 1941, I, 429 ss.; ID., *Sulle nuove posizioni del diritto commerciale*, ivi, 1942, I, 45 ss. V., inoltre, ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit., 61 ss.; CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *RDC*, 1974, I, 523 ss. e, nella civilistica recente, GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 19 ss.; RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 2001⁷, 13 ss.; 137 ss. Nella letteratura storicistica, sia sufficiente il richiamo al lavoro di ACQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960. Una ricostruzione della ideologia del legislatore e delle sue influenze sulla codificazione è in TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, 1990.

Un consuntivo di questa vicenda è nei saggi raccolti in AA.VV., *1882-1982. Cento anni dal codice di commercio*, Milano, 1984; uno splendido profilo del diritto commerciale nell'epoca attuale, in cui spicca il tema dei contratti d'impresa, si legge in OPPO, *Principi*, in *Tratt. Buonocore*, Torino, 2001; sotto lo stesso aspetto restano fondamentali le pagine di SANTINI, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Bologna, 1988.

Saggi di teoria dell'impresa da segnalare sono ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *RDCo*, 1942, I, 1 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Scritti Barassi*, Milano, 1943, 213 ss. e in ID., *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, 947 ss.; NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *RDCo*, 1956, I, 177 ss.; ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit.; G. MINERVINI, *L'imprenditore. Fattispecie. Statuti*, Napoli, 1968; FRANCESCHELLI, *Imprese e imprenditori*, Milano, 1970³. Ma sulla nuova concezione dell'impresa affermatasi nel codice civile in vigore è ineludibile il richiamo, inoltre, alla riflessione di OPPO, *Note preliminari sulla commercialità dell'impresa*, in *RDC*, 1967, I, 561 ss.; ID., *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, ivi, 1976, I, 591 s.; ID., *L'impresa come fattispecie*, ivi, 1982, I, 109 ss.; se ne legge una (parziale) ricostruzione in RIVOLTA, *La teoria giuridica dell'impresa e gli studi di Giorgio Oppo*, in *RDC*,

⁽¹⁹⁸⁾ Valorizzano le potenzialità della buona fede, nella specifica materia dei contratti d'impresa, SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa*, cit.; NAVARRETTA, *I contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in AA.VV., *Il diritto europeo*, cit., 507 ss. (pubblicato anche in *RDC*, 2005, I, 507 ss.).

⁽¹⁹⁹⁾ Sempre nella specifica materia dei contratti d'impresa, argomenta le potenzialità della teoria dell'abuso MACARIO, *L'abuso*, cit. A mia volta, sviluppo una tesi in DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, di prossima pubblicazione in *RDC*; ID., *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, di prossima pubblicazione in *RDCo*.

1987, I, 203 ss. V., inoltre, SPADA, "Impresa", in *D.I. disc. priv. sez. comm.*, VII, Torino, 1992, 32 ss. Di recente, cfr. lo scenario tracciato da BUONOCORE, *L'impresa*, in *Tratt. Buonocore*, Torino, 2002.

Sui contratti delle imprese commerciali restano fondamentali i contributi di DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962³; ID., *Contratti d'impresa*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988. Sui contratti d'impresa in generale, cfr. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in *Tratt. Galgano*, II, Padova, 1978, 309; GALGANO, *I contratti d'impresa. I titoli di credito. Il fallimento*, Bologna, 1980; ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, a cura di Libonati e Ferro Luzzi, Milano, 1985, 183 ss.; RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, in *RDC*, 1994, I, 107; OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *RDC*, 1995, I, 629 ss.; ID., *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, in *RDC*, 2006, *Atti del convegno per il cinquantenario della Rivista. Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, 46 ss.; nonché i lavori raccolti in AA.VV., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato (Convegno di studio, Siena, 22-24 settembre 2004)*, a cura di Sirena, Milano, 2006. Cfr., inoltre e in particolare, la approfondita riflessione di BUONOCORE, *I contratti d'impresa tra codice e legislazione speciale*, in *Riv. it. leasing*, 1993, 469 ss.; ID., *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *RDC*, 1995, I, 1; ID., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000; ID., *Presentazione del Trattato*, in *Tratt. Buonocore*, Torino, 2001; quale consuntivo di questa elaborazione, ID., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006. Nell'ultima letteratura, va segnalato il saggio di SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 415 ss. Tra le opere trattatistiche, cfr. AA.VV., *Contratti d'impresa*, a cura di Buonocore e Luminoso, I, II, Milano, 1993; AA.VV., *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di Galgano, Torino, 1999².

Nella letteratura recente il tema dei contratti dell'impresa è stato indagato anche monograficamente: da SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, Milano, 2002; A. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti d'impresa*, Napoli, 1999; CAPO, *Attività di impresa e formazione del contratto*, Milano, 2001. Tra le monografie dedicate ai singoli contratti vanno perlomeno segnalate quelle di AG. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964 e di LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, Milano, 1965. Per lo specifico profilo del diritto della crisi d'impresa, v. E. GABRIELLI, *Contratto, mercato e procedure concorsuali*, Torino, 2006; AA.VV., *Contratti in esecuzione e fallimento*, a cura di Di Marzio Torino, 2007.

Con particolare attenzione alla contrattazione d'impresa, gli aspetti giuridici della globalizzazione sono esaurientemente disegnati in IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di Geo-diritto*, Roma-Bari, 2006⁶; GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005. Sul fenomeno, strettamente connesso, della nuova *lex mercatoria*, oltre ai contributi di GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 229 ss.; ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., v. la esaustiva esposizione di MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. Galgano*, XXX, Padova, 2003.

Importanza non secondaria rivestono le codificazioni colte sui contratti, e in specie i Principi UNIDROIT sui contratti commerciali internazionali, nei quali si propone una disciplina generale. Il tema è ben introdotto dalla lettura di BONELL, *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano, 2006²; delle introduzioni di CASTRONOVO, in COMMISSIONE PER IL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI, *Principi di diritto europeo dei contratti*, a cura di Castronovo, *Parte I e II*, Milano, 2001; *Parte III*, Milano, 2005; cfr., ancora, *Code Européen des Contrats, Livre Premier*, a cura di Gandolfi, Milano, 2002; GANDOLFI, *Il progetto "pavese" di un codice europeo dei contratti*, in *RDC*, 2001, I, 455 ss.; ID., *Il libro secondo ("DES CONTRATS EN PARTICULIER") del Code Européen des Contrats*, in *RDC*, 2005, II, 653 ss.; G.B. FERRI, *Il "Code Européen des Contrats"*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 345 ss.

Sul c.d. nuovo diritto dei contratti, la civilistica si esercita intensamente da oltre un decennio: ogni indicazione è pertanto destinata a restare incompleta. A titolo meramente esemplificativo, cfr. le opere collettanee AA.VV., *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999; AA.VV., *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002; AA.VV., *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, a cura di Di Marzio, Padova, 2004; AA.VV., *Contratto e mercato*, a cura di Azzaro, Torino, 2004; AA.VV., *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, a cura di Macario e Miletta, Milano, 2006; AA.VV., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit.

Legislazione: Cost.: art. 41; C. civ. 1865: artt. 1098; 1103; 1116; C. comm. 1882: artt. 1, 3, 4, 5, 8, 36, 37, 54, 870; C. civ. 1942: artt. 1321, 1322, 1325, 1330, 1331, 1340-1342, 1368, 1372, 1374, 1415, 1433, 1445, 1469 bis, 2082, 2083, 2135, 2195, 2203-2213, 2555, 2558, 2744; C. consumo artt.: 3, 33-38; D.Lgs. n. 385/1993 (t.u. bancario): artt. 115-127; D.Lgs. n. 587/1998 (t.u. della finanza): artt. 21-24; L. n. 287/90 (l. *antitrust*): artt. 2, 3; v. inoltre, in generale: L. n. 52/1991 (cessione dei crediti d'impresa); L. n. 192/98 (contratti di subfornitura); D.Lgs. 231/2002 (ritardi nei pagamenti); L. n. 129/2004 (contratti di affiliazione commerciale); D.Lgs. 170/2004 (contratti di garanzia finanziaria); D.Lgs. n. 190/2005 (servizi finanziari a distanza ai consumatori); infine, benché si tratti di prodotti (normativi ma) non legislativi, ineludibile la menzione di: Principi UNIDROIT versione 2004; Principi di diritto europeo dei contratti (parti I, II, 2001, III, 2005); Codice europeo dei contratti (versione 2002).