

**ISTITUTO  
GIURIDICO  
SAMMARINESE**



**M  
I  
S  
C  
E  
L  
L  
A  
N  
E  
A**

## **SEMINARIO DI STUDI**

### **"I PROBLEMI DEI CONTRATTI"**

*Atti del seminario organizzato dall'Istituto Giuridico Sammarinese e tenuto in San Marino nell'antico Monastero di Santa Chiara l'8 e il 9 settembre 1998.*

#### **Presentazione**

del Segretario di Stato per la Pubblica Istruzione, la Giustizia e gli Istituti Culturali, Dottor Sante Canducci

pag. 3

#### **Introduzione**

del decano del Consiglio Scientifico dell'Istituto Giuridico Sammarinese, Professor Severino Caprioli

pag. 9

#### **Atti del seminario**

Luigi FERRARI BRAVO, Presidente dell'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato. *Unidroit, l'organizzazione ed il suo agire: il progetto dei "Principi dei Contratti Commerciali Internazionali"*

pag. 15

Guido ALPA, Ordinario di Istituzioni di diritto privato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Roma La Sapienza. *Tendenze attuali del diritto dei contratti*

pag. 29



SANTE CANDUCCI  
Segretario di Stato per la Pubblica Istruzione,  
gli Affari Sociali, gli Istituti Culturali  
e la Giustizia

Ringrazio il Prof. Caprioli e gli intervenuti a questo seminario, e ringrazio anche per quest'opportunità che mi è data di portare un saluto all'avvio dei lavori di una iniziativa che trova nell'Istituto Giuridico il promotore autorevole.

L'operato dell'Istituto Giuridico merita attenzione e risorse sufficienti per essere in grado di adempiere alle sue finalità, quelle innanzitutto di essere un laboratorio di ricerca, di approfondimento e di cultura del diritto, estremamente utile e prezioso per la nostra Repubblica e per tutti coloro che operano attivamente nell'ambito del diritto.

Io credo che l'incontro di oggi, il seminario sull'opera dell'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato, diventa estremamente significativo ed importante per i temi che ha in programma, proprio in relazione al processo di globalizzazione dell'economia e dei mercati che tutti siamo convinti ormai essere irreversibile ed al quale anche San Marino non può sottrarsi. E' sempre più necessario, in questo contesto, affrontare, come giustamente viene ricordato, l'unità delle discipline che regolano le attività degli imprenditori nei vari ordinamenti. Questa tendenziale unità nei vari mercati, infatti, trova ostacoli molto spesso negli ordinamenti nazionali, dove le prerogative sovrane superano, ampiamente, le ancora limitate aperture rappresentate dalle convenzioni internazionali.

Vi è necessità di certezza nelle previsioni e di uguaglianza nel trattamento fra le parti, e questo sia nell'ordinario ed ancor più nel contenzioso; certezza e celerità potranno portare sicuramente beneficio a questa fase di globalizzazione.

SANTE CANDUCCI  
Segretario di Stato per la Pubblica Istruzione,  
gli Affari Sociali, gli Istituti Culturali  
e la Giustizia

Ringrazio il Prof. Caprioli e gli intervenuti a questo seminario, e ringrazio anche per quest'opportunità che mi è data di portare un saluto all'avvio dei lavori di una iniziativa che trova nell'Istituto Giuridico il promotore autorevole.

L'operato dell'Istituto Giuridico merita attenzione e risorse sufficienti per essere in grado di adempiere alle sue finalità, quelle innanzitutto di essere un laboratorio di ricerca, di approfondimento e di cultura del diritto, estremamente utile e prezioso per la nostra Repubblica e per tutti coloro che operano attivamente nell'ambito del diritto.

Io credo che l'incontro di oggi, il seminario sull'opera dell'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato, diventa estremamente significativo ed importante per i temi che ha in programma, proprio in relazione al processo di globalizzazione dell'economia e dei mercati che tutti siamo convinti ormai essere irreversibile ed al quale anche San Marino non può sottrarsi. E' sempre più necessario, in questo contesto, affrontare, come giustamente viene ricordato, l'unità delle discipline che regolano le attività degli imprenditori nei vari ordinamenti. Questa tendenziale unità nei vari mercati, infatti, trova ostacoli molto spesso negli ordinamenti nazionali, dove le prerogative sovrane superano, ampiamente, le ancora limitate aperture rappresentate dalle convenzioni internazionali.

Vi è necessità di certezza nelle previsioni e di uguaglianza nel trattamento fra le parti, e questo sia nell'ordinario ed ancor più nel contenzioso; certezza e celerità potranno portare sicuramente beneficio a questa fase di globalizzazione.

orre, allora, che gli Stati superino le prerogative sovrane a fa-  
e di un'unificazione progressiva del diritto privato.

non vuol dire solo rinunciare a qualcosa, ma sicuramente vuol  
ere una grande opportunità per poter assecondare uno sviluppo  
mercati, che non può essere visto se non come grande opportu-  
i di crescita e di maggior uguaglianza del diritto di cittadinanza  
i benessere di tutti gli Stati. Nessuno, quindi, può sentirsi fuori  
nessuno può sentirsi non responsabile di ciò che avviene attorno.  
allora favorire una ricchezza che coinvolga sempre più il mag-  
or numero di persone, non è solo un compito burocratico di or-  
anismi internazionali, ma un dovere morale dei cittadini e degli  
iti.

r questo credo che l'opera che l'Unidroit conduce da anni, sia  
z'altro importante ed il suo scopo vada favorito ed assecondato.  
i Marino, la cui storia ed il cui ordinamento caratterizzano un  
ento quasi unico, ma non per questo meno attento alla proposta  
viene formulata da questo organismo, è lieto di ospitare questo  
inario e ringrazia l'Istituto Giuridico, l'Università degli Studi e  
Banca Agricola Commerciale, per aver promosso, organizzato e  
nsorizzato l'incontro, dove illustri relatori riferiranno su quanto  
ituto ha fatto fino ad oggi e continuerà a fare per questo nobile  
mportante obiettivo.

ora permettetemi anche di fare una considerazione. Il nostro  
se ha un'ambiziosa aspirazione: e cioè quella di favorire sempre  
un'immagine che superi un po' gli stereotipi, qualche volta ro-  
tici e qualche volta retorici, che danno del nostro Paese, a se-  
la dei momenti, un'immagine pascoliana della "azzurra visio-  
o da "Paese dei palanconi e dei francobolli".

uscire da questi stereotipi e non avere un'immagine di un  
nde ed unico centro di traffici commerciali", noi vogliamo in-  
ci nell'ambito di importanti progetti culturali, di grande respi-  
di grande valenza qualitativa, come può essere quello di oggi.

Ritengo infatti che San Marino abbia in questo senso delle oppor-  
tunità, pur nei limiti delle proprie possibilità, per uscire da questi  
angusti ambiti e per aspirare a qualcosa che sia una sintesi perfetta  
tra la tradizione, che nessuno di noi vuole dimenticare, di cui anzi  
si fa patrimonio, e la modernità del terzo millennio alla quale an-  
che noi vogliamo partecipare.

Grazie e buon lavoro.

ATTI DEL SEMINARIO

I.G.S. *Miscellanea*, 6

settembre 2000

SEVERINO CAPRIOLI  
Decano dell'Istituto giuridico sammarinese

Spetta all'attuale decano del Consiglio scientifico dell'Istituto giuridico sammarinese, ad una figura transeunte, lieve come tutte quelle che abbiano pura consistenza anagrafica, dichiarare le ragioni per cui l'Istituto riprende a funzionare con i suoi corsi di diritto comune vigente; e le ragioni per cui questo seminario ha come oggetto problemi generali dei contratti, osservati da prospettive inconsuete, pressoché ignote alla scuola.

Sotto la mia responsabilità temporanea e nella composizione presente del Consiglio —in attesa che questa venga completata in piena conformità all'articolo 5 della l. 24 luglio 1992 n. 63—, si è ritenuto non più tollerabile che i fini assegnati all'Istituto dall'art. 2 c. 2 della stessa legge restassero nell'inferno delle buone intenzioni. Chi ha pratica di scuole, ed in specie di scuole di legge, vede oggi come ieri quanto sia indispensabile «quell'integrazione del curriculum, senza la quale difficilmente» i giovani giuristi di cittadinanza sammarinese «potrebbero intraprendere le molteplici attività che oggi competono all'operatore sammarinese del diritto»<sup>1</sup>. Ad una tale integrazione tendono i corsi di diritto comune vigente.

L'Istituto ha voluto cogliere —nel solo ordine, suo proprio, degli studi— uno spunto che è nel recente *Rapporto della commissione tecnico-scientifica sull'ordinamento sammarinese nella sua effettività e nelle sue linee evolutive*<sup>2</sup>; ma pure un'occasione allettante per ogni giurista italofono: la pubblicazione dell'autorevolissima proposta dell'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato, edita sotto il titolo *Principi dei contratti commerciali*

<sup>1</sup> Per la scuola sammarinese di diritto comune vigente, nella *Miscellanea dell'I.G.S.*, numero 1, febbraio 1991, p. 20.

<sup>2</sup> ora edito a cura della Segreteria di Stato per gli affari interni, pp. 80, 114s.



razionali<sup>3</sup>. Il Presidente Luigi Ferrari Bravo ha voluto accogliere l'invito; ed illustrerà l'opera pluridecennale che quell'Istituto ne proseguendo, lungo la via tracciata nel 1926 da Vittorio Scialoja. Circostanza favorevole è poi la recentissima raccolta in volume dei primi risultati di uno scandaglio, che Guido Alpa viene compiendo, di quei *Principi* e di altri due testi sui quali a tutti conviene riflettere, sammarinesi ed italiani ed europei.

Sugli ulteriori perché del tema proposto a questo laboratorio ed in specie sulle ragioni per le quali i discorsi che verranno incedendosi cadono nell'ambito del diritto comune vigente a San Marino— ci scambieremo opinioni dopo aver ascoltato questi maestri; senza escludere che dalla riflessione comune possano discendere precise proposte di lavoro.

Spetta pure a me porgere un saluto rispettoso e cordiale alle autorità che ci onorano della loro presenza; ed al Direttore del Dipartimento, con preghiera di trasmettere questo saluto al Rettore. Il personale dell'amministrazione universitaria e quello del Dipartimento hanno dato nuove prove della loro sperimentata valentia; rinuncio a ringraziare nominativamente tanti gentili e cari amici, perché non nutro alcuna fiducia nella mia memoria dei nomi. Il sostegno che la Banca Agricola Commerciale ha voluto concedere all'iniziativa dell'Istituto è segno di ponderata fiducia. Per mio mezzo l'Istituto esprime gratitudine, con la speranza (anzi certezza) che quella fiducia sia stata ben riposta.

\*

Per avviare oggi la riflessione sul tema assegnato a questo seminario, leggiamo Scialoja. È il 14 novembre 1932 ed a Palazzo Corsini viene inaugurato un convegno di scienze morali e storiche intitolato all'Europa. Dice quel maestro vero:

L'unità del diritto europeo è esistita. Il cosiddetto 'diritto comune' du-

Roma 1995.

rato tutto il Medioevo ed oltre, e che traeva la sua sostanza dal diritto romano, ha dato l'orditura e lo stampo alla vita civile dei popoli europei. Civiltà da *ius civile*. E quell'impronta è rimasta ed ha operato persino nella successiva e presente epoca, che potremmo chiamare del nazionalismo nel diritto. Il quale ha indubbiamente avuto le sue ragioni d'essere e la sua funzione; ma osservato nel piano tecnico, ha tanto poco senso quanto il voler fare della fisica nazionale.

Or quel ch'è stato, potrà e forse dovrà essere di nuovo. La grande lezione di storia civile non deve andare perduta. Perché quando una fondamentale unità del diritto potrà essere ripristinata e adeguata alle più progredite esigenze della vita moderna e del continente europeo, noi potremo già considerare con mutato spirito la funzione delle frontiere politiche.

Né con ciò vogliamo dir nulla che attenui o menomi, sia pure di una sola linea, l'importanza dei nazionalismi europei, anche se moltiplicati ed esaltati<sup>4</sup>.

Quegli *esaltati nazionalismi europei* non erano ombre. Scialoja aveva ben dovuto leggere la prosa enfatica di certi suoi colleghi transalpini: «Noi vogliamo che il diritto romano, asservito all'ordinamento materialistico del mondo, sia sostituito da un diritto comune tedesco». Parole del programma del partito nazionalsocialista, 24 febbraio 1920 (§ 19). Scialoja aveva letto l'appello degli intellettuali tedeschi al mondo civilizzato, indirizzato il 3 ottobre 1914 dagli intellettuali tedeschi, quali "rappresentanti della scienza e dell'arte tedesche"<sup>5</sup>. In specie, l'accento sarcastico ad una *fisica nazionale* non era frutto di invenzione, se per giovani e vecchi di Germania la *deutsche Physik* e la *deutsche Mathematik* valevano come ideali da perseguire<sup>6</sup>.

Dopo le sue prime esperienze sammarinesi, che sarebbero culminate nelle decisioni del 1924, Scialoja aveva continuato a riflettere sul diritto comune quale diritto vigente. Sono da comparare la lettera aperta del 1916, replica all'appello degli intellettuali tede-

<sup>4</sup> Convegno di scienze morali e storiche, 14-20 novembre 1932, *L'Europa I*, Roma 1933, p. 59 (rist. negli *Scritti e discorsi politici I*, Roma 1936, p. 203).

<sup>5</sup> ristampato in A.BARACCA-S.RUFFO-A.RUSSO, *Scienza e industria. 1848-1915*, Bari 1979, p. 321.

<sup>6</sup> G.ISRAEL, negli atti del convegno *La legislazione antiebraica in Italia e in Europa*, Roma 1989, pp. 129, 131, 133.



schì; ed il *Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti* licenziato nel 1927 e quell'ultimo discorso del 1932<sup>7</sup>.

\*

Non sono da sottovalutare oggi le discussioni che hanno per oggetto lo «schema di base» più conveniente alla «codificazione sui contratti», «necessaria per l'Europa» (ipotesi di chi propone ragionevolmente il IV libro del codice civile italiano<sup>8</sup>). Discussioni che però sublimano certi inesprimibili desideri di egemonia, insensati prima che venga percepita finalmente l'orditura dei codici —così del *code civil* come del *bürgerliches Gesetzbuch*—. Il problema da risolvere è quello osservato da Francesco Calasso in terminologia savignyana —e in stretta coerenza agli insegnamenti di Scialoja—: [...] i *pays de droit écrit* e quelli di *droit coutumier* convogliarono le loro esperienze giuridiche in quell'alveo comune che fu il codice napoleonico: il codice che usciva dal convulso travaglio di una rivoluzione, e tuttavia ebbe la funzione storica di realizzare e rendere duratura la fusione di quelle esperienze alla luce degli «immortali principi».

Ora, come la lingua francese non è altro, nel suo fondamento storico, se non la lingua latina come i Francesi oggi la vivono, così il diritto francese, che il codice della rivoluzione regola ancora dopo un secolo e mezzo, non è altro, nel suo fondamento storico, se non il sistema del diritto comune, del quale tutt'oggi perpetua il linguaggio tecnico, gl'istituti, i principi.

Questo fondamento storico, che è l'antico sostrato romano, si è più tardi nutrito delle correnti culturali che facevano capo a Bologna, [...] piegate alle esigenze e alle necessità [...], congiunte insomma a tutta quanta l'esperienza della [...] vita pratica, nella quale sopravvivevano anche istituti e principi estranei a questa tradizione latina, depositativi dalla civiltà germanica e dimostratisi per avventura capaci di sostenere la vita. In linguaggio storico (da non fraintendere) possiamo serenamente affermare che il diritto francese sancito dal *code civil* è il diritto romano come oggi i Francesi lo vivono.

<sup>7</sup> dati ed alcune considerazioni nel programma *Per la scuola sammarinese*, cit, pp. 16 note 2 e 5, 20 nota 14, 32 nota 45.

<sup>8</sup> cfr. per una sintesi *Il futuro codice europeo dei contratti* (1990), Milano 1993, p. 186 s.

Ed è qui il segreto della sua forza d'espansione nei più disparati paesi del mondo civile<sup>9</sup>.

Questo allievo di Scialoja aveva già dovuto constatare:

Con l'entrata in vigore dei codici nazionali, il diritto comune passava nei domini della storia. La Germania fu l'ultima a darsi un codice civile: e parve quasi una storica *nèmesi* che la terra dalla quale quindici secoli avanti erano mosse le orde barbariche, nemiche del nome di Roma, alla conquista dell'Occidente europeo, e vi avevano ridotto il diritto romano all'umile posizione di diritto personale dei popoli soggiogati, ricevuto questo diritto, nella maturità della sua storia, come diritto comune, sia stata l'ultima a staccarsene. Ma, come il Codice Napoleone, pure abrogando il diritto comune, non aveva potuto essere costruito se non dentro gli schemi delle grandi sistemazioni che nel corso dei secoli XVII e XVIII il Domat (1625-1696) e il Pothier (1699-1772) avevano dato della secolare tradizione scientifica del diritto comune risalente ai glossatori e ai commentatori italiani, così, non diversamente nella sostanza, malgrado la diversità delle vicende e delle forme storiche, il *Bürgerliches Gesetzbuch* germanico, nato da una violenta reazione contro il diritto comune e inquadrato nel movimento nazionalistico tedesco dell'Ottocento, è tutto edificato, come dice uno dei più grandi pandettisti tedeschi, «sui concetti e sui principii giuridici del diritto comune, e li presuppone» (Dernburg)<sup>10</sup>.

\*

Le pagine di Scialoja e di Calasso non ci inducono a vagheggiare un qualche mondo di ieri. Se il trattato istitutivo dell'unione europea (7 febbraio 1992) obbliga questa a rispettare l'identità nazionale dei suoi Stati membri (art. F, comma 1), se appoggia i diritti fondamentali dell'uomo sulla Convenzione europea e sulle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (c. 2), quella unità del diritto che intravedeva Scialoja dovrà essere appunto «ripristinata e adeguata alle [...] esigenze della vita moderna e del continente europeo». Non potrà crearsi con il tratto di penna di un legislatore comunitario, conquiso da suggestive ideo-

<sup>9</sup> Citramontani, *Ultramontani e il problema storico del diritto comune* (1954), rist. in *Storicità del diritto*, Milano 1966, p. 252.

<sup>10</sup> *In orbem terrarum*, nell'*Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, p. 339.

logie, ma sarà opera di generazioni.

Oggi all'apertura dei mercati non corrisponde ancora l'unità delle discipline che regolano l'attività degli imprenditori nei vari ordinamenti. Da quando però ha cominciato ad imporsi la tendenziale unità del mercato, questa ha reso labili i confini tra gli Stati (le *frontiere politiche* di Scialoja), mentre gli ordinamenti sovrani persistono con le loro prerogative, appena limitate per effetto di convenzioni internazionali. Gli imprenditori, come tutti i soggetti che entrano in rapporto con essi di là dai confini statali, ben conoscono le difficoltà che derivano dall'esistenza di discipline diverse nei vari ordinamenti. Dovendosi per dovere di realismo, e per altre ottime ragioni, rinviare a tempi successivi ogni fantasioso progetto di un ordinamento che riunisca in sé le diverse realtà nazionali, l'uniformità delle discipline concernenti i fenomeni di scambio soddisferebbe il bisogno di certezza nelle previsioni e di uguaglianza nel trattamento fra le parti, che l'esperienza quotidiana rende sempre più avvertito.

Se all'Unidroit compete per statuto promuovere l'unificazione progressiva del diritto privato, di là da quelle specificazioni nazionali che sono il carattere degli Stati moderni, conviene a San Marino — al solo ordinamento in cui viga un complesso di norme, elaborato e sperimentato ben prima che si costituissero gli Stati nazionali — guardare con vivo interesse alla proposta che l'Unidroit ha formulato e offerto all'attenzione di tutti. Quel laboratorio di diritto comune vigente, che è l'Istituto Giuridico sammarinese, ha perciò organizzato il seminario sui *principi dei contratti commerciali internazionali* elaborati dall'Unidroit, consapevole di rendere un buon servizio alla Repubblica.

## LUIGI FERRARI BRAVO

Presidente dell'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato

*Unidroit, l'organizzazione ed il suo agire: il progetto dei "Principi dei Contratti Commerciali Internazionali"*

Grazie per le nobili e belle parole con le quali è stato introdotto questo seminario. E grazie per l'invito che io considero rivolto a me essenzialmente nella qualità, che tuttora ricopro, di presidente dell'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato. Anche se potrei aggiungerne un'altra, cioè di vecchio amico della Repubblica, come spero di aver dimostrato, e come confido di dimostrare nei mesi che verranno, dal seggio che la generosità della Repubblica mi ha attribuito alla Corte Europea dei diritti dell'uomo.

È particolarmente significativo che noi ci interroghiamo, qui, sull'opera dell'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato: perché San Marino è, più di ogni altro paese europeo, il depositario della tradizione dello *ius commune*. Tradizione che fin qui può essere sembrata una curiosità, ma che attraverso quei cicli imperscrutabili della storia, di cui parlava Giambattista Vico, ritorna oggi con grande prepotenza ed importanza negli sviluppi che ci attendono alla fine, ormai prossima, di questo millennio e nel millennio a venire. Perché noi abbiamo attraversato un lungo periodo di nazionalizzazione del diritto (periodo di cui può essere indicata come data di nascita la rivoluzione francese) come reazione al diritto comune che era uno dei tessuti che tenevano assieme l'*ancien régime*; nell'800 e agli inizi del '900 esso ha visto i suoi massimi fastigi. Ogni Stato, per affermare la propria peculiare caratteristica

Stato indipendente e sovrano, si dava il suo diritto senza tenere conto, o cercando di tenere nel minimo conto, il diritto altrui.

L'Europa si spartiva il mondo – il Congresso di Berlino alla fine dell'800 è la massima espressione di questa europeizzazione del potere mondiale – e si dava tanti diritti, sostituendo o credendo di istituire in questo modo lo *ius commune*. Ma nello stesso momento lo sviluppo industriale, commerciale, tecnologico e scientifico, riproponeva inevitabilmente una qualche valenza comune ai diversi paesi del mondo. Era quella che veniva chiamata “la spinta del commercio internazionale” (commercio con la “C” maiuscola, come se fosse un'entità sovrastante gli Stati).

Ed il commercio richiedeva regole comuni nei vari campi nei quali lo sviluppo dei traffici, e lo sviluppo delle relazioni internazionali, richiedeva che le norme applicabili non fossero tanto dissimili le une dalle altre.

Cominciò con la proprietà industriale. La tutela della proprietà industriale è mai possibile senza regole comuni? Evidentemente no. Non è possibile senza regole comuni. Ed ecco che già alla fine dell'800 viene fuori la Convenzione di Parigi del 1883 che cerca di dare queste regole comuni; perché è nell'interesse di tutti, degli inventori e di coloro che investono somme, anche cospicue, nella ricerca di nuovi modelli di utilità, di vederli poi tutelati da un paese all'altro. E la stessa cosa accade per le opere letterarie ed artistiche, donde la Convenzione di Berna del 1886.

Ma poi si sviluppa il traffico, si sviluppano i mezzi di comunicazione da un paese all'altro. Le merci travalicano le frontiere rapidamente: è stato inventato il trasporto ferroviario di merci; era stato inventato, ma si è sviluppato enormemente, il trasporto marittimo; ed occorre, quindi, regolamentare almeno alcuni cardini fondamentali di questo sistema.

Di qui: la Convenzione di Berna sul traffico ferroviario di merci; quella di Bruxelles sull'urto di navi, ed altre ancora.

E poi la circolazione delle persone: gli uomini e le donne circolano; si spostano e si sposano da un paese all'altro. Non ci sono più quei fenomeni di chiusura in ciascun ambito statale.

Ed ecco, quindi, la necessità di convenzioni anche in materie tipicamente privatistiche che incidono sulla vita delle persone: il divorzio, la separazione di beni: Convenzione dell'Aia del 1902. La tutela e la curatela degli incapaci, l'assistenza giudiziaria internazionale: Convenzione del 1905.

Il diritto comune che si manifesta attraverso le convenzioni internazionali, non si chiama più diritto comune romano, ma il risultato è lo stesso: il diritto comune ritorna. Ritorna anche nel momento della massima crisi della sovranità degli Stati spinta all'estremo limite – che si ha con la Prima Guerra Mondiale – quando l'eccesso di volontà di potenza, l'eccesso di “suità” del diritto porta da un lato le Potenze a scavalcare l'una l'altra, e porta allo stesso tempo alla guerra.

E proprio durante la guerra alcuni illustri giuristi (Lambert, in Francia e Zitelmann, in Germania) parlano di un diritto privato universale.

La Prima Guerra Mondiale si conclude e porta avanti una grande Potenza: gli Stati Uniti di America, di cui fino a quel punto non si era granché tenuto conto. E nella spinta degli Stati Uniti – che forse adesso si è attenuata per una serie di ragioni che sarebbe complesso esaminare in questa sede – si creano intorno all'ente che dovrebbe regolare le controversie internazionali ed evitare il ricorso alla guerra, cioè alla Società delle Nazioni, le organizzazioni settoriali: l'Organizzazione Internazionale del Lavoro, l'Istituto Internazionale per l'Educazione (oggi UNESCO), l'Istituto Internazionale per l'Agricoltura (oggi FAO) già fondato nel 1905 e, il più piccolo tra questi, l'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato. Tutti organismi che, con la Società delle Nazioni, riprendono il moto di unificazione internazionale del diritto, tipico degli anni '20 e '30, e segnano al loro attivo una serie di

convenzioni: da quella di Bruxelles del '24 sulla polizza di carico, a quella di Varsavia del '29 sul nuovo fenomeno, per l'epoca, del trasporto aereo; alle famose convenzioni di Ginevra del '30 e del '31 sulla cambiale e sull'assegno bancario.

E' in questo contesto che nasce l'UNIDROIT. Nasce sulla base di una decisione del consiglio della Società delle Nazioni del 3 ottobre 1924, in seguito ad una proposta del governo italiano, che era a sua volta il risultato di una iniziativa personale ma lungimirante del senatore Vittorio Scialoja, il cui busto domina la sala delle conferenze dell'UNIDROIT a Roma.

L'UNIDROIT quindi, viene creato nel 1926 e viene ufficialmente inaugurato il 30 maggio del 1928, avendo a disposizione, per concessione del governo italiano, il Palazzo Aldobrandini di proprietà dello Stato ed avendo anche una vasta dotazione di fondi per ospitarvi una biblioteca che oggi ha raggiunto i 230.000 volumi.

Ma su questa nuova iniziativa, che risponde a tutto un movimento di pensiero (è di quell'epoca l'idea di creare un codice delle obbligazioni italo - francese, qualcosa che quindi travalichi i confini nazionali), si abbatte la mancata soluzione dei problemi nati con la Prima Guerra Mondiale ed il ritorno, o direi il rigurgito, del nazionalismo dell'epoca fascista, nazista e sovietica.

L'Italia, sciaguratamente, si mette dal lato delle potenze che cercano di affermare la loro individualità e si arriverà allo scoppio della Seconda Guerra Mondiale, che altro non è che una continuazione della Prima Guerra (il periodo fra le due guerre è una specie di lungo armistizio fra una guerra e l'altra).

Miracolosamente, l'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato, tuttavia, non muore. Si restringe come un lumicino che dà, appena, appena, un poco di luce, ma sta di fatto che nel 1940, alla vigilia dell'entrata dell'Italia nella Seconda Guerra Mondiale, con l'Italia già uscita dalla Società delle Nazioni, l'Istituto viene ricostituito. Ed immediatamente prima dello scoppio

della guerra, il suo statuto viene ratificato dalla Francia e dall'Inghilterra, segno della validità dell'iniziativa o forse del desiderio di fare qualcosa per tenere l'Italia fuori dalla guerra.

Dopo la guerra l'Istituto continua ad esistere e, piano, piano, si riprende, essenzialmente per volontà del governo italiano dell'epoca che assicurava la quasi totalità del suo finanziamento; ma poi esso diventa di nuovo un istituto internazionale.

Attualmente 58 paesi, tra cui San Marino - fa piacere dirlo - fanno parte dell'Istituto per l'Unificazione del Diritto Privato.

Nella specie la Repubblica di San Marino vi aderì con nota verbale del 3 febbraio 1945 nella quale veniva nominato, come rappresentante della Repubblica, l'Avv. Federico Comandini di Roma.

L'Istituto si è andato, da quel momento, lentamente riprendendo, ed è risorto a nuova vita. Era previsto che avesse un finanziamento all'80% - direi forse anche di più - su fondi del governo italiano, e solo al 20% vi fossero fondi degli altri paesi. Attualmente la proporzione si è capovolta: l'Italia è scesa addirittura al di sotto del 20% e la grande maggioranza di fondi, per la verità modesti, è assicurata da altri paesi.

Naturalmente i fondi non bastano mai perché, via via che il prestigio dell'Istituto si afferma, sempre nuove richieste di studio e predisposizione di strumenti di unificazione del diritto privato raggiungono la sede romana e, quindi, sempre più occorre trovare la maniera di farvi fronte.

L'Istituto è governato da un Consiglio di Direzione, formato da 25 membri, eletti ogni cinque anni dall'Assemblea Generale; quest'ultima vede sedere in posizione di parità tutti gli Stati membri dell'Istituto; non c'è nessuna priorità del governo italiano, salvo il vecchio privilegio di esprimere il presidente (attualmente chi vi parla). Ma verrà il giorno in cui il presidente, o forse "la" presidente, sarà anch'esso un cittadino straniero. Ma il Segretario Generale è sempre uno straniero: attualmente il prof. Herbert Kronke, tedesco.

Dicevo,\* l'Istituto è governato dal Consiglio di Direzione, presieduto da chi vi parla, che si compone di 25 membri, eletti dall'Assemblea Generale tra i candidati designati dagli Stati membri. Non esistono due membri della stessa nazionalità, ognuno appartiene ad uno Stato diverso, e praticamente rappresentano i principali paesi, non solo finanziatori dell'Istituto, che svolgono una parte attiva nella vita dell'Istituto.

I paesi membri, nella loro saggezza, hanno sempre designato degli illustri giuristi. Invero, non è una scelta casuale quella di nominare un membro del Consiglio di Direzione dell'UNIDROIT; è una scelta ponderata che viene fatta dai diversi paesi secondo dei criteri d'eccellenza; quindi abbiamo avuto personalità illustri come per esempio René David.

Il Consiglio di Direzione, organo fondamentale, valuta ogni anno, durante una sessione abbastanza lunga, l'attività dell'Istituto durante l'anno, e l'attività che gli stessi membri del Consiglio, od altre persone esterne collegate, in vario modo, al Consiglio di Direzione, presentano per l'approvazione dell'Istituto.

Anche se è preponderante, la presenza di giuristi europei e nordamericani non è tuttavia esclusiva.

La politica dell'Istituto, che si esprime attraverso l'azione del Segretario Generale, è una politica diretta non a privilegiare gli interessi dei paesi che sono personalmente rappresentati nel Consiglio di Direzione; e cerca di aprirsi a delle esigenze anche extraeuropee. Quindi è un'attività non motivata, o perlomeno marginalmente motivata da interessi dell'Europa e dei paesi del così detto mondo sviluppato, che si apre verso il terzo mondo.

Lo stesso dicasi per l'assistenza che si esplica attraverso scambi di giovani ricercatori e la presenza di giovani ricercatori nel quadro delle attività dell'Istituto.

Abbiamo attualmente vari giuristi africani, soprattutto del Nord Africa.

E lo stesso dicasi ancora per il paesi dell'Est Europa che sono sempre stati formalmente presenti nell'Istituto anche col vecchio regime; così era membro l'Unione Sovietica (ora Federazione Russa), così come l'RDT, l'Albania, la Cecoslovacchia, l'Ungheria ecc..

Questi Paesi, nel momento in cui hanno rovesciato il loro sistema giuridico - sociale hanno sentito la necessità di darsi un linguaggio giuridico. Perché, in fondo, che cosa altro sono i codici se non dei linguaggi, delle regole dirette a stabilire come ci si comporta? Ebbene: l'abitudine a questo linguaggio, l'allenamento a parlare secondo un linguaggio comune ai paesi di più antica tradizione liberale democratica; tutto questo è avvenuto in parte - non dico esclusivamente, perché ben altre forze sono in campo per questo stesso fine - attraverso l'Unidroit.

Se voi verrete a fare una visita all'Unidroit - dove siete tutti cordialmente invitati -, ebbene troverete che vi sono parecchi funzionari dei ministeri degli esteri dei paesi dell'Europa Orientale (in questo momento abbiamo una signora bulgara, ed un ceco se non mi sbaglio) che vengono per rendersi conto di come funzionano i nostri ordinamenti e le nostre leggi.

Questa attività è fondamentale per lo sviluppo di un sistema comune.

Voi potreste dire che questa attività non ha a che fare con l'unificazione del diritto: questo è solo in parte vero perché, anche quando il mondo era diviso nella sezione Ovest e nella sezione Est, vi erano pur sempre regole comuni che occorreva rispettare. E queste regole comuni determinavano dei progetti di convenzioni dirette ad unificare il diritto, e molte di queste convenzioni (fino ad oggi sono 70 i progetti realizzati) hanno visto la loro nascita attraverso l'Unidroit.

Questo non significa che le convenzioni siano gestite, salvo rari casi, dall'Unidroit medesima. Quasi sempre, in materia di convenzioni internazionali, l'Unidroit fa tutto lo studio preliminare, de-

ina la base di accordo, dopodiché o una Organizzazione internazionale o, alle volte, degli Stati, prendono l'iniziativa per far sì questa base d'accordo, elaborata in seno all'Unidroit, nella a e nella tranquillità dell'Unidroit, diventi, attraverso l'op- una convocazione di una conferenza internazionale, una con- zione internazionale.

er esempio: la Convenzione del 1956 relativa al contratto di porto di merci su strada, nota come CMR; la Convenzione eu- a 1959 relativa all'assicurazione obbligatoria di responsabilità le degli autoveicoli; altre convenzioni in materia di trasporto rno e fluviale; convenzioni nel settore alberghiero; sono tutte to di ricerche, di elaborazioni che trovano la loro origine nel- uidroit - anche se pochi oramai se ne ricordano -.

Se ora, come sembra, si metteranno su Internet tutti i lavori paratori fatti dall'Unidroit, si vedrà come certi concetti e certe e nascano da iniziative dell'Unidroit.

Soprattutto in materia di vendita internazionale di merci, conto fondamentale per le relazioni internazionali, già dal 1964 ab- mo due convenzioni Unidroit che costituiranno poi la base della nvenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale delle rci.

E poi ancora: la Convenzione di Bruxelles sul contratto di viag- : quella di Washington del 1973 contenente una legge uniforme a forma dei testamenti internazionali; quella di Ginevra del 3 sulla rappresentanza in materia di vendita internazionale di rci; quella di Ottawa del 1988 sul leasing e sul factoring - poi queste ritorneremo -; e da ultimo la Convenzione di Roma del 5 sui beni culturali rubati o illecitamente trasportati, che è en- a in vigore il 1° luglio di quest'anno - e che mi auguro la Re- blica di San Marino voglia presto ratificare, come sta facendo he la Repubblica italiana -.

È questa una vastissima gamma. Come vedete si passa dai te- stamenti ai trasporti, al leasing, al factoring, temi eterogenei, ma che seguono lo sviluppo del diritto privato.

È un'attività che non si è spenta perché, in questo momento, è in avanzato stato di elaborazione (abbiamo già convocato per il gennaio 1999 il gruppo degli esperti governativi: quindi il testo elaborato presso l'Unidroit affronta il mare aperto; viene sottopo- sto agli esperti governativi, in vista di una successiva convocazione di una conferenza per la quale, già si sa, sarà presa l'iniziativa probabilmente dal governo canadese, o se non dal governo canadese, dal governo irlandese) per la disciplina di quelli che in inglese si chiamano i *security interests on mobile equipment*, in pratica le garanzie in materia di beni mobili, tema di estrema importanza soprattutto per quanto riguarda la vendita degli aeromobili. Perché gli aeromobili, il cui valore non ho bisogno di sottolineare perché a tutti ben noto, non vengono pagati nel momento in cui vengono ac- quistati, ma vengono pagati, via via, nel tempo e richiedono perciò una disciplina dei rapporti di garanzia che su essi insistono capace di essere fatta valere continuamente in qualsiasi parte del mondo.

La spinta dell'industria aeronautica (ad esempio la Boeing) è tale che inevitabilmente avremo, intorno al 2000, la conferenza internazionale per l'adozione di questa convenzione. Sarà una conferenza molto particolare, perché abbiamo per la prima volta - anche sotto la spinta direi che fa capo anche, nella sua ignoranza, al sottoscritto - lanciato l'idea di un nucleo di norme comuni a tutta la tematica delle garanzie sui beni mobili, e poi tanti protocolli specifici su singoli gruppi di beni. Abbiamo già varato, perché era più urgente, il protocollo relativo agli aeromobili, che quindi sarà negoziato assieme al nucleo di norme centrali; ma contiamo di ag- giungere, quanto prima perché i lavori sono già in corso, un proto- collo relativo agli oggetti spaziali. Ma bisognerà andare oltre per trovare anche in materia di trasporto per via d'acqua dei sistemi adeguati di controllo delle garanzie, e lo stesso dicasi per il mate-

iale ferroviario. Questo è un vasto campo nel quale l'Unidroit è attivo.

Ripeto, gli esperti governativi si riuniranno nel gennaio a Roma e se, come probabile, non finiranno di esaminare il testo che è estremamente complesso, se ne prevede già nello stesso 1999 una seconda sessione forse a Montreal che, come tutti sanno, è la sede dell'Organizzazione dell'Aeronautica Civile Internazionale che segue da presso i lavori.

Quindi: attività di elaborazione di testi convenzionali, di testi che si prevede diventino convenzioni; attività – a cui ho fatto già prima cenno – di formazione di coloro che dovranno manovrare questi testi, e soprattutto di giuristi che vengono dai paesi che si stanno avvicinando ad un sistema simile a quello dei paesi di più antica cultura giuridica.

La divulgazione avviene in genere attraverso la "*Revue de droit uniforme*" (o "*Uniform law review*"). La rivista è in due lingue: inglese e francese. Sono le lingue di lavoro dell'Unidroit che non lavora in italiano, anche se ha sede in Italia, ma a parte l'attività picciola di tutti i giorni, opera in inglese ed in francese, come credo che oramai, piaccia o non piaccia, tutti devono fare (e questa non è una raccomandazione che rivolgo ai giuristi sammarinesi; so benissimo che San Marino è molto avanti in questo campo, ma più in là terrà avanti e meglio farà).

Oltre a questa attività di informazione, poi, c'è tutto il resto delle attività, perché man mano che l'Unidroit avanzava nel promuovere le convenzioni di diritto privato, riscontrava anche i limiti di questa azione. Non a caso non ho citato il diritto di famiglia: ho citato vagamente il diritto delle successioni, quando ho parlato di una convenzione, che peraltro non ha molte parti contraenti, sulla materia dei testamenti.

Il diritto di famiglia è un diritto estremamente difficile da unificare, perché veramente è la parte del diritto che più risente delle tradizioni religiose, storiche e culturali dei differenti paesi.

Non è affatto facile unificare il diritto di famiglia di paesi a tradizione islamica con il diritto di famiglia di paesi a tradizione cristiana, anche se non necessariamente cattolica o protestante, che hanno più o meno un linguaggio comune.

E pur tuttavia, entro certi limiti, questa è un'impresa dell'avvenire perché le persone circolano, perché delle persone che portano con sé tradizioni non commensurabili con la nostra (cinesi, in genere la vasta area del mondo asiatico) si avvicinano a noi e si installano nei nostri paesi, come noi ci installiamo in paesi lontani; il mondo islamico preme da sud sull'Europa, occupa in maniera sempre più significativa l'Europa e quindi qualcosa bisognerà pur fare.

Ci sono alcuni concetti su cui non si riflette abbastanza: il concetto di famiglia è un concetto completamente diverso dal diritto europeo al diritto mussulmano. Il diritto mussulmano ha questa idea della grande famiglia, dello zio che di diritto si pone come tutore di tutti i membri della famiglia, soprattutto se accade che manchino i genitori. Sicché, correlativamente, l'adozione con le forme di ingresso con un atto delle autorità amministrative sono sconosciute nel diritto islamico, perché non servono, non rispondono a questi criteri.

Allora occorre riflettere su questa problematica estremamente complessa, sulla quale non mi permetto di avventurarmi perché sono un modesto professore di diritto internazionale catapultato a fare il presidente dell'Unidroit. Ma mi rendo conto che questi problemi vanno affrontati in qualche modo: quando queste persone vengono registrate presso lo stato civile dei paesi europei; quando si trovano ad operare; quando chiedono gli assegni familiari; quando cadono a carico della sicurezza sociale, ecc.. Tutto questo determina dei problemi che prima o poi dovremo affrontare.

Dicevo, la codificazione sotto forma di convenzioni non è tutto, perché vi sono delle situazioni nelle quali (e qui il discorso si avvicina, di molto, a San Marino, appunto San Marino ritorna perché

si è concluso il ciclo e si ritorna verso il diritto comune) è necessario che vi siano anche degli altri strumenti. Infatti non è possibile o perlomeno non è utile, sarebbe una impresa troppo lunga, prevarrebbero gli interessi dei singoli Stati membri e quindi la codificazione in forma di accordo internazionale diventerebbe rachitica se si cercasse di fare una convenzione sulle regole contrattuali — sul tema parlerà il Professor Alpa che è qui da pochi minuti —; però, in assenza di una codificazione giuridicamente obbligatoria, occorre in qualche modo che delle forme di espressione, chiamiamole così, comuni ed uniformi siano valide fra molti paesi, perché diventano appunto “il linguaggio comune”. Ed allora è capitato che una cosa, cominciata con un certo scetticismo devo dire, poi ha via via preso piede, anche per l'opera di alcuni valorosi giuristi e soprattutto del valorosissimo coordinatore e mio collega Professor Joachim Bonell.

È accaduto che l'idea della creazione di un corpo di principi relativi ai contratti commerciali internazionali, abbozzata da un piccolo comitato, ed anzi prima ancora da uno studioso dell'Europa Orientale (il Professor Tudor Popescu, rumeno), e poi da un piccolo comitato composto da René David, da Clive M. Schmitthoff e dallo stesso Popescu, è stata poi ripresa nel quadro di una maggiore fiducia per questo tipo di esperimenti da un comitato formato da: Drobnig, Farnsworth, Hartkamp, Ole Lando ed altri insigni giuristi che, lavorando parallelamente a dei principi simili, che però non hanno ancora visto la luce elaborati in sede dell'Unione Europea, hanno prodotto un testo intitolato: *Principles of international commercial contracts*. Questo testo fu adottato dall'Unidroit nel 1994 con notevoli perplessità; ci volle un'azione di forza nel Consiglio di Direzione per farlo passare.

Sarà un caso della storia. Alcuni eventi non vengono programmati. Ma questi *Principi* sono diventati la “bibbia” di molte transazioni commerciali internazionali. Non esito a dire che sono circa 200 gli arbitrati internazionali (che sono il mezzo con il quale si ri-

solvono le controversie nei grossi contratti di investimento, soprattutto con i paesi dell'Europa Orientale ed Extraeuropei) che hanno fatto applicazione di questi principi.

Eppure questi *Principi* non sono nulla: non sono una convenzione internazionale. Sono contenuti in un pezzo di carta prodotto dall'Unidroit ed hanno soltanto il prestigio dei nomi di quelli che li hanno elaborati. Cionondimeno essi sono stati tradotti in tutte le lingue ufficiali dell'Unidroit (che sono cinque: francese inglese spagnolo italiano e tedesco), e sono stati tradotti in altre 15 lingue, tra cui piace ricordare il cinese, il russo e l'arabo. Ed in queste lingue sono stati tradotti non a spese dell'Unidroit, ma su licenza dell'Unidroit: cioè sono gli stessi ambienti giuridico-finanziari dei paesi che usano queste lingue che hanno voluto fare queste traduzioni; perché questi *Principi* servono; perché questi *Principi* camminano.

Tant'è che, con delibera dell'ultima sessione del Consiglio di Direzione, si è deciso di mettere in piedi la revisione dei *Principi*, anche per il loro allargamento a certi settori, come ad esempio la rappresentanza, che non erano stati regolati nella prima edizione dei *Principi* stessi.

Quindi al di là del diritto convenzionale che si appoggia sulla volontà degli Stati che ratificano, quando trovano il tempo di ricordarsene, le convenzioni internazionali, vi è questo diritto spontaneo che nasce per l'esigenza delle cose.

Ecco qui l'importanza di San Marino: perché questo è il diritto comune del terzo millennio; questa è la continuazione di ciò che a San Marino è rimasto in vita per tanti secoli.

Ma non è soltanto su questo che l'Unidroit si è sviluppato, oltre che sul diritto convenzionale già ricordato.

Non l'ho fatto apposta, ma proprio ieri mi è stata consegnata la prima copia della guida sul *franchising*.

Avevamo fatto due convenzioni: una sul *leasing* e una sul *factoring* (convenzioni stipulate ad Ottawa nel 1988 che hanno avuto la



orte che hanno avuto, andando avanti molto lentamente nelle loro atifiche, perché è sempre molto difficile ottenere che gli Stati si nettano a ratificare).

Sul *franchising* abbiamo deciso di seguire una tecnica diversa: li pubblicare questa *Guida*, di dire qual è, attraverso un ampio comitato internazionale (i nomi sono indicati alle pagine 21 e 22 della premessa) l'orientamento oggi di questo contratto, che è un contratto importantissimo.

Chiunque di voi si è imbattuto in Mac Donald's — tutti avranno mangiato un hamburger presso un Mac Donald's —, sa che colui che ne porta il nome è solo un *franchisor*, cioè colui che si impegna a rispettare il know how (il modo di presentare il prodotto, magari con quei grembiulini etc.).

È un fenomeno di dimensioni mondiali, che funziona con contratti di *franchising*, e di *subfranchising*. Se si vuole conoscere come funziona questo contratto ecco la *Guida UNIDROIT* che sta per essere pubblicata anche in francese, e per la quale abbiamo già richieste di pubblicazione in altre lingue.

Quindi si diversifica l'esperienza di Unidroit: da un lato mantiene la propria esperienza di ente di eccellenza per ciò che concerne l'unificazione del diritto privato attraverso convenzioni internazionali; dall'altra parte si apre verso queste forme nuove di collaborazione.

Non voglio trattenermi al di là del giusto, credo di aver parlato già per un tempo ragguardevole.

Faccio dono all'Università di San Marino della prima copia di questo volume sul *franchising* e auguro a tutti i partecipanti ogni migliore successo, sotto la guida del Professor Alpa che con alta competenza potrà condurre le sessioni di oggi pomeriggio e di domani.

## GUIDO ALPA

Ordinario di Istituzioni di diritto privato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Roma La Sapienza

### *Tendenze attuali del diritto dei contratti*

#### 1. Nuove frontiere del diritto contrattuale.

##### *1.1. Prospettive.*

L'interrogativo sulle nuove frontiere del diritto contrattuale richiede non una sola risposta, ma una molteplicità di risposte: soluzioni non semplici, ma complesse. Ragionando in termini di affinità, l'interrogativo sulle nuove frontiere della responsabilità civile appare assai più semplice da sciogliere: il pensiero del giurista corre immediatamente alle aree del danno, alle nuove fattispecie in cui si possano ravvisare gli estremi dell'illecito aquiliano, alla applicazione dei criteri di imputabilità, ai metodi di valutazione del danno, alle tecniche di bilanciamento degli interessi e di composizione dei conflitti tra agente e danneggiato, ai risultati dell'analisi economica del diritto e dell'analisi comparativa: nella sostanza, ai nuovi aspetti della "filosofia" del *tort*, di cui di recente hanno parlato Barak ed Englard<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Questi problemi hanno governato la letteratura italiana degli ultimi lustri: v. per tutti S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p.595 ss.

La discussione sull'area del "danno ingiusto" è stata riaperta dal saggio di F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impresa*, 1985, 1 e *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 191 ss.

Alla discussione hanno partecipato, tra i molti, M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, ivi, 1987, p.85 ss.; F. BUSNELL, *La parabola della responsabilità civile*, ivi, 1988, p. 643; C. CASTRONOVO, *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, ora in *La nuova responsabilità civile. Regola e*

Per contro, in materia di contratti, ciò che connota l'evoluzione della elaborazione teorica, della disciplina normativa e delle prassi non è solo la creazione di nuove figure contrattuali relative alla circolazione di beni, all'offerta di servizi, alla proposta di investimenti, e neppure soltanto la regolamentazione di nuove tecniche di contatto negoziale e di formazione del contratto, con riguardo specialmente all'impiego di mass media, di visite domiciliari, di tecnologie informatiche e telematiche. Ciò che più stupisce è la sostanziale uniformità dei *trends* evolutivi nelle esperienze straniere

*metafora*, Milano, 1991; F. FERRARI, *Atipicità dell'illecito civile*, Milano, 1992.

La questione, ovviamente, è stata ripresa nelle trattazioni di grande respiro: v. M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ. fondato da A. Scialoja e G. Branca e continuato da F. Galgano*; C.M. BIANCA, *Diritto civile*. 5. *La responsabilità*, Milano, 1994; G. ALPA, M. BESSONE, V. ZENO-ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 2a ed., Torino, 1995; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino (in corso di stampa).

La delimitazione delle frontiere del danno risarcibile avviene, nelle diverse esperienze, sulla base delle tecniche appropriate alle origini e alla struttura dei sistemi giuridici di base: si tratta, di volta in volta, dell'applicazione di clausole generali, della estensione interpretativa di formule determinate, nel bilanciamento di interessi contrapposti, e così via: in ogni caso, queste valutazioni sono affidate alla discrezionalità dell'interprete; l'area della responsabilità civile diviene dunque un autentico laboratorio della discrezionalità del giudice: v. A. BARAK, *Judicial Discretion*, trad. it. a cura di I. Mattei, con prefazione di A. Gambaro, Milano, 1995 (sul pensiero di Barak ho espresso alcune osservazioni critiche ne *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996). La discrezionalità, in ogni caso, poggia sui valori di base dell'interprete: v. I. ENGLAND, *The Philosophy of Tort Law*, Dartmouth, 1993 (sul pensiero del quale v. G. ALPA, *I fondamenti filosofici della responsabilità civile*, ne *La responsabilità civile*, *Rass. giur. sist.* diretta da W. Bigiavi, Torino, 1996, vol. I).

L'area di common law sembra la più sensibile a questa prospettiva: v. già J. FLEMING, *C'è un futuro per i torts?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 271 ss.; e soprattutto B.S. MARKESINIS E S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 3a ed., Oxford, 1994; P. CANE, *The Anatomy of Tort Law*, Oxford, 1997; P.S. ATIYAH, *The Damages Lottery*, Oxford, 1997.

di maggior riferimento, nei progetti di codificazione uniforme e nelle regole del commercio internazionale: una uniformità che si risolve nel ripensamento della stessa categoria logica e pratica di "contratto", e nel dissolvimento del modello tradizionale di contratto<sup>2</sup>. In altri termini, si tratta di una evoluzione per così dire *interna* alla concezione del contratto, che si affianca, naturalmente, a una evoluzione esterna, concernente le aree via via acquisite alla provincia del contratto mediante l'invenzione di nuove figure, l'instaurazione di nuove prassi, l'attivazione di nuove tecniche di relazione.

Senza ambizioni di completezza, si possono, tra l'altro, segnalare alcuni degli aspetti più rilevanti di questa evoluzione:

- (i) la rilevanza dello *status* delle parti;
- (ii) la rilevanza delle tecniche di controllo interno dell'operazione economica, con strumenti quali la causa, l'oggetto, la forma;
- (iii) l'applicazione di criteri di "giustizia contrattuale" con riferimento ai valori della persona e all'equità dello scambio;

<sup>2</sup> Fenomeno a suo tempo posto in luce da G. GILMORE, *La morte del contratto*, trad. it. a cura di A. Fusaro, Milano, 1977, con riguardo alla concezione del "contract" nell'esperienza statunitense, e all'uso della "consideration" come tecnica di controllo delle operazioni economiche. Nella letteratura angloamericana v. in particolare C. FRIED, *Contract and Promise. A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge (Mass.) e Londra, 1981; P.S. ATIYAH, *Promises, Morals, and the Law*, Oxford, 1981; W.D. SLAWSON, *Binding Promises. The Late 20th Century Reformation of Contract Law*, Princeton, 1996; J. WIGHTMAN, *Contract. A Critical Commentary*, Londra e Chicago, 1996, ed i cenni di G. ALPA e R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 1997. Nella letteratura francese v. i contributi raccolti in *Droits*, 12. *Le contrat*, 1990.

Sono da ricordare, in questo contesto, i saggi di L. MOCCIA, *Promessa e contratto (spunti storico-comparativi)*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 819 ss.; G. MARINI, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995; per l'originalità dei risultati e l'accuratezza della ricerca storica si segnalano le pagine di And. D'ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo*, Torino, 1992 e *Le promesse unilaterali*, ne *Il codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1996.

(iv) l'applicazione di clausole generali per il controllo del comportamento delle parti nella fase prenegoziale, nella fase di conclusione e in quella di esecuzione del contratto;

(v) l'adattamento del contratto alle circostanze sopravvenute;

(vi) la codificazione sociale di formule contrattuali internazionali;

(vii) l'affidamento della soluzione delle controversie ad organi stragiudiziali.

Ciascuno di questi aspetti meriterebbe una trattazione a sé, che esula da queste brevi note.

Tuttavia, in modo conciso, si possono svolgere alcune considerazioni.

## 1.2. I processi di armonizzazione e di unificazione del diritto contrattuale.

### 1.2.1. I fondamenti.

Una opinione tralatizia pone in risalto le radici comuni del diritto contrattuale ai diversi modelli normativi, rinvenendole nel diritto romano (giustiniano)<sup>3</sup>. Come spesso accade per molti *topoi* della tradizione, questa opinione corrisponde solo parzialmente alla verità storica. E' indubbio che gran parte della terminologia e dei concetti utilizzati trovino riscontro nelle fonti romane; è il caso del vocabolo "contratto" (*contrat*, *contract*, *contrato*), oppure del vocabolo "obbligazione", oppure del vocabolo "debito", oppure del vocabolo "parte", a tacer d'altri. Ma, come altrettanto spesso accade, si tratta nella più parte dei casi di omofonia, in quanto a vocaboli che hanno la stessa radice non corrisponde poi il medesimo concetto; se si guarda poi alla disciplina, ci si avvede di qualche singolarità: ad esempio, la disciplina del contratto nel *common law*

<sup>3</sup> Così, ad esempio, E. HONDIUS, *Towards a European Contract Law*, relazione introduttiva al convegno di Scheveningen, 1997, p.2 ss.

è più vicina alla disciplina romanistica di quanto non accada per la disciplina continentale, forgiata sulle regole razionali enunciate da Domat e Pothier e riversate nel *Code Napoléon*. La teoria generale del contratto, come è noto, si è sviluppata soprattutto per merito della Pandettistica, che è andata molto in là, rispetto alle fonti romane, ed ha costruito la categoria generale di "rapporto giuridico", di "dichiarazione" e di "negozio giuridico" — poi trasfusa nella cultura giuridica tedesca, italiana e spagnola e austriaca; la cultura giuridica francese ha elaborato la categoria dell'atto giuridico; costruzioni logico-geometriche (o ideologiche) di tal fatta non hanno attecchito nella cultura giuridica di *common law*, ove la figura più generale è stata ritagliata piuttosto sulla "promessa" (*promise*); la situazione si è complicata con l'adattamento delle teorie generali alle disposizioni contenute nelle codificazioni, talvolta portando ad una sorta di schizofrenia, con il risultato della sovrapposizione — ottenuta per via ermeneutica — delle nozioni alla normativa vigente: gli esempi emblematici sono dati dall'esperienza italiana, ove ancora si ragiona in termini di "negozio giuridico", pur non essendo questa nozione espressamente regolata dal codice civile, e dall'esperienza austriaca, dove la teorizzazione generale del negozio giuridico si è sovrapposta alle nozioni codicistiche a distanza di un secolo dalla introduzione del codice civile, per effetto della forza espansiva e persuasiva della Pandettistica nella cultura giuridica austriaca. Differenze, queste, che si avvertono — se non a caso — finanche nella traduzione dei termini, come accade per la traduzione dell'espressione *Rechtsgeschäft* (tradotta correntemente e senza imbarazzo in italiano e in spagnolo) in lingua inglese (*juristic act*, *legal act*, *transaction*) e in francese (*acte juridique*), ove tuttavia queste traduzioni non corrispondono al significato originario; ad esempio, *transaction* presuppone un incontro di volontà, e una pluralità di parti, che alludono solo ad una categoria di operazioni riconducibili al "negozio giuridico", il quale ben può essere soltanto unilaterale; mentre *acte juridique* allude anche ad atti che non han-

no — secondo alcuni sistemi continentali — valore negoziale, come accade per la *traditio*.

È opinione tralatizia che la disciplina del contratto nei diversi ordinamenti sia fondata su "valori comuni"<sup>4</sup>. Anche per questa opinione può ripetersi quanto sinteticamente sopra riferito per le radici romane. È chiaro che — intendendosi genericamente il contratto come "operazione economica" — si possono riscontrare valori comuni, intesi a dare rilievo al "consenso", e quindi alla volontà di chi conclude il contratto, alla "libertà di contrarre", all'esigenza di "conservare" l'operazione economica sia per ragioni di economia dei rapporti sia per la stessa certezza dei rapporti e per lo sviluppo di traffici e commerci; ma è altrettanto chiaro che in alcune esperienze si enfatizzano o si sottolineano valori — come, ad esempio, il valore della "persona" — che in altre esperienze non sono tutelati in materia contrattuale. Emblematiche, al riguardo, sono l'esperienza tedesca, ove di recente la giurisprudenza costituzionale ha considerato il valore della persona come incidente sulla stessa validità del contratto che si facesse portatore di valori ad essa contrari<sup>5</sup>, o l'esperienza italiana in cui molto si è discusso sulla rilevanza dei valori della persona in questa materia<sup>6</sup>. D'altra parte, una ricognizione dei possibili oggetti o contenuti del contratto è rivelatrice dei valori e dei limiti che nei singoli ordinamenti vengono presi in considerazione: la valenza giuridica dei negozi familiari, la validità giuridica degli accordi per la maternità surrogata, o per il trasferimento di organi del corpo umano, sono altrettante spie delle diverse concezioni dei valori che reagiscono sulla nozione e sulla

<sup>4</sup> Così P. STEIN e P. SHAND, *I valori comuni dell'Occidente*, trad. it., Milano, 1980; e v. G. ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993.

<sup>5</sup> Bundesverfassungsgericht, 19.10.1993, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 202 con nota di A. BARENGHI.

<sup>6</sup> V. ad es. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, I, 1; N. IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 289; N. LIPARI, "Spirito di liberalità" e "spirito di solidarietà", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, I; P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1994.

disciplina del contratto.

È evidente, allora, che i processi di armonizzazione e di unificazione della disciplina del contratto non si realizzano in ragione delle asserite radici comuni, e neppure sotto il segno di una fittizia definizione di una trama comune di valori, quanto piuttosto attraverso i propositi pratici ed economici che accomunano i giuristi nel tentativo di agevolare gli scambi di beni, di servizi, di capitali. È, in altre parole, il sostrato economico il tessuto connettivo di questi processi; è la concezione del contratto come "veste giuridica" dell'operazione economica quella che accomuna i testi predisposti per il raggiungimento di una lingua comune, una autentica *koiné* terminologica, concettuale e normativa.

Come accade per tutte le *koiné*, il risultato che si ottengono hanno una valenza funzionale, piuttosto che non una valenza estetica o filologica: i termini si semplificano, i concetti si annacquano, le particolarità od originalità di attenuano fino a scomparire. È una rinuncia collettiva, che si impone a ciascun portatore di una propria cultura, di una propria tradizione, di proprie convinzioni, di proprie usanze, per il perseguimento di obiettivi comuni che si ritengono prevalenti rispetto a quelle. Non quindi la prevalenza di un modello sull'altro, di una concezione sull'altra è il percorso da compiere, quanto piuttosto la concertazione di strumenti terminologici, concettuali e normativi univoci. Si debbono perciò abbandonare le velleità particolaristiche, proprie di quanti sono desiderosi di mantenere in vita il passato e il presente — per pensare a progettare il futuro; ciò, anche se questa rinuncia implica sacrifici e difficoltà di adattamento, fantasia e semplificazione. In fin dei conti, le aspirazioni alla conservazione dell'esistente (nelle sue componenti terminologica, concettuale e normativa) urtano contro la naturale *convergenza* dei sistemi<sup>7</sup>, e appaiono, nella sostanza, antistoriche.

<sup>7</sup> B. MARKESINIS, *The Gradual Convergence*, Oxford, 1996.

Non si costruisce un'Europa comune se non si costruisce un edificio giuridico comune; non si promuovono le relazioni economiche se si mantengono in vita gli steccati costituiti da lingue diverse, da categorie concettuali diverse o contrapposte, da regole giuridiche diverse o confliggenti. Per far ciò, occorre disponibilità di dialogo e volontà di addivenire, in via convenzionale, ad un terreno comune a tutti. In questa prospettiva, sono da superare sia le critiche alle iniziative per la redazione di un codice europeo dei contratti, sia le remore alla fissazione di principi generali che sorintendano al commercio internazionale.

D'altra parte, è la stessa realtà delle cose che ci invita a guardare queste iniziative con occhio benevolo e con la mente sgombra da pregiudizi: una realtà che — come spesso è accaduto per il diritto — si contrappone ai vecchi schemi, alle vecchie regole, per forgiarne di nuovi, più adatti ai tempi e alla vocazione europea ed universale, che anima le relazioni economiche. In ogni caso, non è una realtà solo immaginifica, ma una realtà che è in corso di maturazione. Contro questo processo non ci si può opporre: sarebbe una lotta contro i mulini a vento<sup>8</sup>. Se ne deve prendere atto, e cooperare per raggiungere gli scopi prefissi con il metodo migliore<sup>9</sup>.

### 1.2.2. Il metodo.

I processi di armonizzazione e di unificazione del diritto dei contratti non nascono *ex novo*. Si elevano da un retroterra affascinante e complesso al tempo stesso. Si tratta di un retroterra che si

P. LEGRAND, *Sens et non-sens d'un Code civil européen*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1996, p.779 ss.

Ma non si deve neppure assumere un atteggiamento superficiale o semplicistico: sono preziosi al riguardo gli avvertimenti segnalati da alcuni studiosi francesi come C. SPINOSI e B. OPPETIT (v. gli atti del seminario organizzato all'Università di Firenze da A. De Vita, nel corso dell'anno accademico 1996-1997).

compongono di vari strati, spesso amalgamati, sovente sovrapposti tra loro. Tra gli altri, si deve tener conto della comparazione, dell'analisi economica, dell'analisi ermeneutica.

(i) Gli studi dei comparatisti più avvertiti hanno approfondito il tema della circolazione dei modelli nazionali, e sotto il profilo delle codificazioni, e sotto il profilo dei principi generali, e sotto il profilo delle leggi speciali, e sotto il profilo dei modelli concettuali<sup>10</sup>;

(ii) gli studi dei gius-economisti hanno introdotto strumenti concettuali uniformi per la valutazione degli effetti economici delle regole giuridiche<sup>11</sup>; la costruzione dell'analisi economica del diritto è divenuta un modo comune di dialogare tra giuristi di diversa origine e formazione, di soppesare strumenti e tecniche, di comparare soluzioni e problemi; la varietà delle teorie e le differenze di impostazione e di presupposti ideologici non hanno impedito la circolazione di testi, manuali, saggi, la loro discussione, il loro apprezzamento; i gius-realisti ci hanno abituato all'idea che i fenomeni giuridici debbono essere intesi non solo nella loro *forma*, ma anche nella loro *sostanza*; dietro, anzi, *dentro* la norma vi sono interessi concreti e reali che debbono essere apprezzati, soppesati, composti; gli atteggiamenti dei giuristi non possono essere intesi come un dato di fatto ineliminabile, ma piuttosto come il portato di tradizioni e culture che debbono essere decodificate, secondo codici anali-

<sup>10</sup> V. per tutti A. GAMBARO e R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996; per l'analisi di alcuni settori specifici (fonti, persone, contratti, responsabilità civile, accesso alla giustizia) v. anche le ricerche coordinate da G. ALPA, *Corso di sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996; per la materia dei contratti sono rimarchevoli i lavori di B. MARKESINIS, *The Law of Contracts and Restitution. A Comparative Introduction*, Oxford, 1997; e, naturalmente, K. ZWIEGERT e H. KOETZ, *Introduzione al diritto comparato*, trad. a cura di A. Di Majo e A. Gambaro, Milano, 1992; qualche utile indicazione in M. VRANKEN, *Fundamentals of European Civil Law*, Londra, 1997.

<sup>11</sup> Per la materia contrattuale è particolarmente congeniale al giurista continentale l'apporto di H.B. SCHAEFER e C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlino, 1995, p.321 ss.

ici convenzionali e appunto per questo necessariamente uniformi; gli interessi dei prestatori di lavoro, dei professionisti, dei consumatori, dei risparmiatori, le dinamiche dei mercati, interni, comunitari e internazionali, divengono perciò altrettante linee guida per l'analisi dei modelli normativi e per la realizzazione di modelli uniformi.

Ma non si tratta solo della circolazione di modelli giuridico-formali: si tratta anche della circolazione di *prassi* contrattuali e commerciali, della circolazione di modelli di *decisione*.

La circolazione delle prassi invita a considerare gli effetti, sul piano giuridico, degli scambi economici e commerciali; la circolazione delle decisioni — mediante la comparazione della giurisprudenza, cioè dei casi che alimentano i testi normativi o i principi normativi — induce ad allargare gli orizzonti, a verificare ciò che accade in altri paesi, a soppesare i risultati della applicazione di norme e principi.

### 1.2.3. La costruzione sistematica.

Per comprendere questi processi in atto di armonizzazione e di unificazione del diritto contrattuale conviene muovere dal raffronto testuale, congeniale alla mentalità del giurista continentale, aduso all'analisi delle disposizioni scritte; un'operazione utile, anche se non esaustiva della ricchezza delle esperienze considerate; un raffronto in cui prevalgono gli intenti didascalici, ma che può, comunque, considerarsi (se non appagante, quanto meno) indicativo delle scelte e dei risultati. Non potendo il giurista, che attende alla formazione della *koiné*, spogliarsi dell'esperienza da cui proviene fintanto che la *koiné* non si sia universalmente accreditata, conviene procedere attraverso il raffronto dei vari *corpora* normativi; il lettore italiano potrà, punto per punto, effettuare il raffronto

con la disciplina interna, e comprendere quindi fino a che punto vi sia convergenza e fino a che punto divergenza rispetto al modello domestico.

Ora, il processo di armonizzazione e di unificazione del diritto contrattuale in corso avviene attraverso un triplice *corpus* normativo:

(i) la costruzione del diritto comunitario dei contratti<sup>12</sup>; in queste pagine si terrà conto delle direttive: 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali (recepita con d.lgs. 15.1.1992, n. 50); 90/314/CEE sui contratti di viaggio e vacanze e sui pacchetti "tutto compreso" (recepita con d.lgs. 17.3.1995, n. 111); 93/13/CEE sulle clausole abusive (recepita nel codice civile, art. 1469 *bis-sexies*); 94/45/CE sui contratti relativi alla multiproprietà e 97/7/CE sui contratti a distanza, non ancora recepite in Italia; in queste note non si terrà conto dei problemi di recepimento, sia dal punto di vista terminologico, sia dal punto di vista concettuale, sia dal punto di vista delle opzioni legislative;

(ii) la progettazione di un codice europeo dei contratti<sup>13</sup>;

(iii) la redazione di principi uniformi del diritto dei contratti nel commercio internazionale<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> A cui ha atteso l'équipe di ricercatori coordinati da N. LIPARI, *Diritto privato europeo*, Padova, 1997.

<sup>13</sup> Testo e commento si rinvergono in *Toward a European Civil Code*, a cura di A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink, E.H. Hondius, C.E. du Perron, J.B.M. Vranken, Nijmegen, 1994 (il testo è stato successivamente rivisto); ma v. anche O. LANDO, *European Contract Law*, ne *Il diritto privato europeo: Problemi e prospettive*, a cura di L. Moccia, Milano, 1993 p.119 ss. La edificazione di un codice europeo dei contratti ha appassionato la dottrina italiana, che registra interventi di illustri maestri raccolti da P.Stein, Milano, 1996; in particolare v. G. GANDOLFI, *Per la redazione di un "codice europeo dei contratti"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 1073 ss.; Id., *Sul progetto di un "codice europeo dei contratti"*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 105 ss.

<sup>14</sup> Testo e commento nei *Principi dei Contratti Commerciali Internazionali*, Roma, 1994; in materia v. M.J. BONELL, *Un "codice" internazionale per il diritto dei contratti*, Milano, 1995; Id., *The Unidroit Principles in Practice: The Expe-*

È appena il caso di avvertire che questi tre *corpora* divergono tra loro per molteplici ragioni: (i) per l'autorità della fonte, in quanto nel primo caso si tratta di regole giuridiche, sotto specie di regolamenti o di direttive, di principi e di modelli normativi di recepimento, di regole giurisprudenziali, che si riferiscono ai poteri normativi riconosciuti agli organi dell'Unione europea; nel secondo caso si tratta della elaborazione teorica, effettuata in modo del tutto privato e propositivo, di regole proposte da una commissione di docenti (presieduti dal giurista danese Ole Lando) che è attualmente in corso di ultimazione e che — si auspica — potrà essere acquisita dall'Unione europea; nel terzo caso, di principi con cui si codificano e si innovano le regole che governano i contratti del commercio internazionale, elaborati, pur sempre in via privata, dall'istituto per la unificazione del diritto (Unidroit); (ii) per ambito geografico, in quanto i principi del commercio internazionale hanno una vocazione universale che non si attaglia ai primi due *corpora*, tendenzialmente circoscritti all'Europa; (iii) per la dimensione prospettica, in quanto il codice europeo ha ambizioni sistematiche di una "parte generale" della disciplina dei contratti, i principi dell'Unidroit si preoccupano di risolvere questioni pratiche nascenti dalla conclusione e dalla esecuzione di contratti commer-

---

*rience of the First Two Years*, in *Uniform Law Rev.*, 1997, 1, 30; AA.VV., *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latino-americano*, a cura di M.J. Bonell e S. Schipani, Padova, 1996; singoli aspetti dei "Principi" sono oggetto di studi notevoli: v. G. DE NOVA, *I principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, in *Contratti*, 1995, p.5 ss.; A. DI MAJO, *I principles dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 609 ss.; G.B. FERRI, *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei principi dell'Unidroit*, in *Contr. e impr. Europa*, 1996, p. 825 ss.; anch'io ho partecipato al dibattito con le *Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Contr. e impr. Europa*, 1996, p.316 ss.; e *La protezione della parte debole nei principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Economia e dir. del terziario*, 1996, p. 519 ss.

ciali internazionali; il diritto comunitario dei contratti è il frutto dell'approvazione delle direttive comunitarie allo stato emanate dall'Unione e delle discipline di recepimento nei singoli Paesi membri, così come della loro interpretazione da parte della Corte europea di Giustizia, e, in ogni caso, sono rivolte alla attuazione degli scopi comunitari in ordine alla libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali.

Il raffronto testuale dunque si può compiere agevolmente tra i due "codici": il testo della Commissione Lando e il testo dell'Unidroit; il raffronto è invece più complesso con le direttive comunitarie, in quanto esse non sono scritte né approvate con intenti sistematici, ma si presentano come discipline specifiche, settore per settore, o materia per materia. Nell'operare il raffronto si deve allora tener conto sia delle origini dei testi, sia delle finalità a cui essi sono piegati, sia della loro valenza normativa.

Gli esempi di raffronto richiedono ancora qualche precisazione di natura preliminare in ordine alle direttive comunitarie in materia di contratti. Queste precisazioni riguardano o tutte le direttive *tout court*, oppure solo le direttive in materia di contratti, oppure solo alcune tra queste ultime.

Come si è anticipato, le direttive comunitarie non nascono in modo ordinato secondo criteri o logiche univoci. In altri termini, il "legislatore comunitario" (cioè gli organi comunitari che hanno potere legislativo) non si è accinto a disciplinare il contratto in generale, o singole figure contrattuali, o singole materie contrattuali con intenti sistematici, progressivamente realizzati nel tempo e in successione tra loro; poiché la progettazione, la discussione, la redazione e la approvazione delle direttive è, per così dire, "erratica", vi sono direttive che, pur riguardando specifiche materie, anticipano le direttive di portata più generale; in più, anche se approvate in tempi diversi, le direttive tra loro non sono coordinate né per quanto riguarda i contenuti né per quanto riguarda la loro vigenza, sicché esse non nascono coordinate alla fonte;



spetta quindi ai legislatori nazionali coordinarle nel momento del loro recepimento (operazione complessa che solitamente si evita di compiere); le direttive nascono con ambiguità terminologiche e ambiguità concettuali, in quanto redatte inizialmente in lingua francese e in lingua inglese e poi tradotte nelle altre lingue dei Paesi comunitari; le direttive presentano tenore diverso: alcune riguardano specifiche operazioni (ad esempio, i contratti di viaggio, oppure i contratti relativi alla multiproprietà); altre riguardano le modalità di conclusione del contratto (ad esempio, il contratto concluso a domicilio, o a distanza); altre ancora riguardano il contenuto del contratto, con specifico riferimento alle clausole (ad esempio, la direttiva sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori); altre ancora non sono destinate a disciplinare direttamente il contratto, ma spiegano effetti riflessi sulla disciplina del contratto (ad esempio, la direttiva sugli investimenti finanziari).

Se si considera poi che ogni direttiva riceve attuazione nei paesi membri in modi diversificati, sia con riguardo alle fonti normative, sia con riguardo alle opzioni affidate ai legislatori nazionali, sia, soprattutto, con riguardo alla terminologia e ai concetti utilizzati per la "traduzione" (o "trasposizione") nell'ordinamento interno; se si considera, ancora, che i tempi di emanazione delle direttive non corrispondono ai tempi di recepimento nei paesi membri; infine, che l'interpretazione delle direttive e delle discipline di recepimento può divergere da paese a paese, si comprende come sia difficile (e come non sia sempre attendibile) la costruzione di un *corpus* comunitario in materia di contratti.

Nonostante ciò, e con tutte le cautele che quanto si è accennato comporta, è possibile registrare corrispondenze e forse anche una continuità nella trattazione degli stessi argomenti nelle diverse direttive. In altri termini, si può tentare (e lo si è fatto in modo egregio<sup>15</sup>) di costruire — assumendo da ogni singola direttiva

<sup>15</sup> Mi riferisco alla ricerca coordinata da N. LIPARI, *op. cit.*

quanto necessario — regole comunitarie in materia di trattativa, di formazione, di redazione delle clausole, di contenuto minimo essenziale, di controlli sul contenuto, di clausole *standard*, di forma, di interpretazione, di integrazione, di *ius variandi*, di *ius poenitendi*, di adattamento alle circostanze, di protezione della parte debole, di danni, di rimedi, di clausole arbitrali, e così via.

#### 1.2.4. Esempi di raffronto dei testi.

##### (i) Libertà contrattuale.

Le direttive comunitarie ascrivibili al settore del diritto contrattuale non contengono enunciazioni generali sulla libertà contrattuale delle parti; tuttavia, ciascuna di esse la presuppone, sia con riguardo alla scelta dell'altro contraente, sia con riguardo alla determinazione del contenuto, sia con riguardo alla forma, e così via; ciò che rileva, in materia di diritto comunitario, non è tanto l'enunciazione di questa libertà — intrinseca al sistema e connaturale ai fondamenti stessi del mercato comunitario e delle sue forme giuridiche — quanto piuttosto i limiti che le direttive impongono alla libertà contrattuale.

Questi limiti hanno una doppia valenza: sono rivolti a rendere privi di effetti giuridici i patti che ostacolano la circolazione delle merci, dei servizi, dei capitali; sono rivolti a contenere il potere negoziale della parte più forte, la quale sia in grado di "abusare" di questo potere a svantaggio della parte più debole. La parte più debole, in questa prospettiva, è il consumatore, cioè la controparte del "professionista"; si presume, in altri termini, che il professionista di per sé si trovi in una situazione di vantaggio, sia perché più informato sia perché più attrezzato, del consumatore; la categoria di professionista è comunque assunta in termini astratti, perché si prescinde dalle circostanze di specie nella qualificazione dei rispettivi *status* che le parti contrattuali rivestono.



Il codice europeo enuncia il principio di libertà contrattuale (art. 1102) e così pure i Principi Unidroit (art.1.1); entrambe le formule fanno riferimento alla libertà di determinarsi a contrarre e alla libertà di scelta del contenuto.

(ii) Buona fede, correttezza, ragionevolezza.

Nelle enunciazioni normative spesso si richiamano clausole generali e *standard* di comportamento. Al di là dei contenuti terminologici, che pure possono presentare difficoltà di individuazione di un terreno comune (la "bonne foi" può essere avvicinata alla buona fede<sup>15</sup>, ma non si lascia esattamente tradurre nella espressione "Treu und Glauben" o nella "good faith"), il significato della clausola generale di buona fede deve essere esaminato alla luce del contesto nel quale il concetto è utilizzato<sup>16</sup>. Ed infatti, mentre si possono avvicinare la "buona fede" di cui si trova traccia nelle direttive comunitarie (si pensi alla direttiva sulle clausole abusive, ove la buona fede è parametro di controllo della abusività della clausola) e la "buona fede" di cui fa menzione il codice europeo (art. 1102), sembra difficile assumere la medesima nozione nella interpretazione dei Principi Unidroit, visto che colà la buona fede è riportata al "commercio internazionale" (art. 1.7); in altri termini, il contesto presuppone la rilevanza dei ruoli che si ascrivono alle parti; due "commercianti" cioè due operatori professionali, hanno canoni usuali di comportamento che non si identificano con i canoni di comportamento del "contraente" a cui si riferisce il codice europeo e ancor meno con i canoni di comportamento del consu-

matore. Eguale discorso si può fare per la correttezza (*fair dealing*). Ancora diverse sono le considerazioni sulla "ragionevolezza", che è parametro raro nelle direttive comunitarie, altrettanto raro nel codice europeo, ove la ragionevolezza è affiancata alla buona fede (art. 1302) ed invece diffusissimo nei Principi Unidroit, dove compare più di settanta volte.

(iii) Usi.

E' comprensibile che gli usi non siano considerati con favore nelle direttive comunitarie: gli usi richiamano, innanzitutto, il particolarismo giuridico, sono radicati nelle tradizioni locali, e quindi sono — ontologicamente — in contrasto con la creazione di un diritto comune; in più, gli usi negoziali e gli usi di commercio tendono a riflettere gli interessi dei "commercianti" (ora, professionisti), e quindi ad imporre al consumatore regole che non si preoccupano di rimediare alla disparità di posizioni nell'ambito contrattuale.

È altrettanto comprensibile che gli usi siano invece esaltati nei Principi Unidroit, che si pongono — ontologicamente — come regole generali tali da codificare (oltre che innovare, là dove sia il caso) la *lex mercatoria*. Non è sorprendente, quindi, che nel *corpus* dei Principi sia prevista una regola generale su "usi e pratiche", che sono vincolanti per le parti, con il solo limite della irragionevolezza (art. 1.8).

Il codice europeo, accanto agli usi comunemente intesi (per i quali prevede una disposizione simile a quella prevista dai Principi Unidroit), introduce una nozione soggettiva di uso, in quanto considera vincolante l'uso che le parti hanno concordato o che hanno instaurato tra di loro (art. 1.105).

(iv) La protezione della parte debole.

La gran parte della disciplina del contratto offerta dalle direttive comunitarie è rivolta a tutelare gli interessi della parte de-

Sull'argomento ormai si è raccolta un'ampia letteratura: a titolo esemplificativo v. *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, a cura di D. Harris e D. Hallon, Oxford, 1989; S.J. BURTON, *Judging in Good Faith*, Cambridge, 1992; J. FAIRNSWORTH, *The Concept of Good Faith in American Law*, Roma, 1993; SCHLECHTRIEM, *Good Faith in German Law and International Uniform Laws*, Roma, 1997; R. BROWNSWORD, "Good Faith in Contracts" Revisited, in *Current Leg. Probl.*, 1996, p. 111.

bole, intesa, come si è detto, quale "consumatore"; nel codice europeo non si rinviene una definizione di parte debole, ma alcune disposizioni tengono in conto la posizione di debolezza di una delle parti, in modo indiretto, come accade per le clausole non individualmente negoziate (art. 2.104), per le clausole abusive non individualmente negoziate (art. 4.110) e per l'interpretazione "contra proferentem" (art. 5.103). Nei Principi Unidroit — nonostante siano stati concepiti per regolare rapporti tra soggetti tendenzialmente paritari — si rinviengono regole sulle clausole a sorpresa (art. 2.20), sull'interpretazione "contra proferentem" (art. 4.6), e sulla "gross disparity" (art. 3.10).

#### (v) La trattativa.

L'orientamento in materia di trattativa è sostanzialmente uniforme nei tre *corpora* normativi; si enuncia infatti la libertà delle parti nella fase di contatto anteriore alla conclusione del contratto; la libertà di contrarre viene intesa anche come libertà negativa, di non contrarre (art. 2.301 del codice europeo; art. 2.15 dei Principi Unidroit); il mancato raggiungimento dell'accordo non può comportare responsabilità alcuna; sia l'uno che l'altro testo tuttavia ancorano la libertà nella trattativa al comportamento secondo buona fede, sicché il comportamento in contrasto con la buona fede implica responsabilità; la responsabilità si commina nel caso di recesso ingiustificato.

In ambito comunitario la disciplina dei comportamenti delle parti nel corso della trattativa, o comunque nella fase anteriore alla conclusione del contratto, è assai dettagliata. La trattativa è considerata in una duplice prospettiva: come la fase nella quale le parti esprimono effettivamente la loro libertà negoziale, e quindi un rapporto dialettico, di discussione e di reciproca influenza; come la fase nella quale le parti si scambiano informazioni. Sotto il primo profilo, l'aver instaurato una trattativa effettiva implica l'esclusione del controllo sull'abuso di potere contrattuale di una parte ai danni

dell'altra (l'esempio eclatante è dato dall'art. 3.2 della direttiva sulle clausole abusive); sotto il secondo profilo, l'aver informato la controparte implica l'esclusione dell'effetto sorpresa, e, soprattutto, l'espressione di un consenso informato (gli esempi al riguardo sono molteplici: v. l'art. 5.2 e 5.3 della direttiva sui contratti conclusi fuori dei locali commerciali; l'art. 4 della direttiva sui contratti conclusi a distanza; gli artt. 4, 8, 9 della direttiva sui contratti di viaggio; l'art. 3 della direttiva relativa ai contratti di multiproprietà).

#### (vi) La formazione.

Le regole sulla formazione del contratto sembrano omologhe in tutti i testi considerati. Sono probabilmente le sezioni disciplinate con maggiori dettagli nel codice europeo e nei Principi Unidroit; nelle direttive comunitarie le regole sono contenute nelle direttive sui contratti a distanza e fuori dei locali commerciali. La loro disamina puntuale esorbita dagli scopi delle presenti note.

Val la pena tuttavia di segnalare che la conclusione di contratti *standard* è presa in considerazione sia nel codice europeo (art. 4.110, con riguardo alle clausole abusive), sia nei Principi Unidroit. Potrebbe apparire curioso che principi di tal fatta si preoccupino di tutelare la parte cui è richiesto di sottoscrivere un testo contrattuale predeterminato dall'altra, ma questa tecnica è vista con moderato favore. Essa obbedisce sì al principio di libertà contrattuale, ma finisce per porre una delle parti comunque in una posizione svantaggiata già al momento di conclusione del rapporto, in quanto essa non conosce le sottigliezze nascoste nelle pieghe del testo, e deve esercitare la propria forza persuasiva e la propria forza negoziale per modificare quel testo. Di qui i molteplici riferimenti ai contratti *standard* che si registrano nei Principi (artt. 2.19, 2.20, 2.21, 2.22).

Nel diritto comunitario l'impiego di modelli *standard* è considerato una delle tecniche con cui il professionista tenta di imporre

al consumatore clausole abusive, e pertanto è disciplinato con particolare cura nella direttiva apposita.

In modo puntuale le direttive comunitarie disciplinano il *ius poenitendi* del consumatore, consentendogli di revocare la proposta o di recedere dal contratto. Opportunità siffatte non sono contemplate né nel codice europeo né nei Principi. Ciò è perfettamente comprensibile: il contraente ordinario, oppure il contraente operatore economico, non possono recedere se questo diritto potestativo non è concordato dalle parti; in ogni caso, si tratterebbe di una eventualità inusuale, perché, una volta concluso il contratto, il vincolo sta in piedi, e non può essere posto nel nulla *ad libitum* di una sola parte. Per il diritto comunitario il *ius poenitendi* costituisce l'espedito più sicuro per sottrarre il consumatore ad una operazione di cui non avesse compreso appieno il significato e la convenienza: il significato perché, ricevuta la documentazione contrattuale, il consumatore può riesaminarla, eventualmente integrando le proprie informazioni tecniche; la convenienza, perché il riesame delle condizioni giuridiche ed economiche, anche con l'aiuto di terzi, potrebbe suggerire l'abbandono dell'affare o la scelta di concludere il contratto con altro professionista. Di qui la considerazione del *ius poenitendi* nella direttiva sui contratti di viaggio (art. 13), sui contratti a distanza (artt. 5, 6), sui contratti di multiproprietà (art. 5), sui contratti fuori dei locali commerciali (artt. 4, 5, 6, 7, 8). Essendo considerato una tecnica di tutela del consumatore, il *ius poenitendi* deve essere incluso nelle clausole contrattuali, là dove è prescritto; se previsto a favore solo del consumatore, non crea squilibrio tra le posizioni giuridiche delle parti; se previsto solo a favore del professionista, è considerato elemento sfavorevole e la clausola che lo preveda è qualificata come abusiva.

#### (vii) Il contenuto.

Poiché i singoli ordinamenti divergono sugli elementi essenziali del contratto, il codice europeo non fa un elenco di tali re-

quisiti; anzi, questo silenzio è più eloquente di qualsiasi enunciazione in senso contrario; significativa è l'assenza di qualsiasi menzione della "causa" del contratto. Allo stesso modo i Principi Unidroit, ai quali interessa soprattutto considerare il contratto come un "affare", a cui le parti, per così dire in modo naturale, non possono far mancare i requisiti essenziali, che peraltro non sono enunciati, prescinde dalla enumerazione.

Neppure le direttive comunitarie se ne preoccupano. Esse si preoccupano però del contenuto minimo essenziale, che il giurista continentale ascrive all'oggetto (o contenuto) del contratto. La preoccupazione, ancora una volta, è ispirata dalla tutela della parte debole. Si tratta quindi di un'ottica "interventista", perché le direttive prescrivono la previsione di determinati elementi considerati essenziali, la cui mancanza priverebbe il consumatore della possibilità di esprimere un consenso informato e lo esporrebbe al rischio di sottoscrivere un contratto lacunoso (sugli aspetti considerati essenziali), di cui potrebbe giovare il professionista. Di qui la previsione di un contenuto minimo essenziale dei contratti in materia di viaggi (ad esempio, art. 7), e di multiproprietà (art. 5 e allegato).

Le direttive comunitarie si preoccupano anche che il contenuto del contratto sia espresso con clausole chiare e intelligibili, perché il consumatore possa esprimere un consenso informato.

Le regole di interpretazione sono per lo più simili nei diversi *corpora* (v. ad esempio, del codice europeo, gli artt. 5:101 e 5:107; dei Principi Unidroit gli artt. 4.1 e 4.7). Ma è interessante notare come sia il codice europeo sia i Principi siano inclini ad accogliere l'istituto della integrazione del contratto, forse in ossequio alle regole sulle "implied obligations" derivanti dal *common law* inglese (v. rispettivamente gli artt. 6:102 e 4.8).

Una particolare attenzione è dedicata dalle direttive europee al *ius variandi*: si tratta di una rilevante limitazione alla libertà contrattuale dettata dall'esigenza di proteggere la parte più debole, che si troverebbe esposta agli abusi del professionista, rivolti a li-

mitare, ritagliare, escludere obblighi, svantaggi, costi, etc. Del *ius variandi* si preoccupano gran parte delle disposizioni della direttiva sulle clausole abusive, ma anche la direttiva sui contratti di viaggio (art. 12). In modo indiretto, si riscontrano regole rivolte a contenere il potere di modificare il contratto anche nei Principi Unidroit (artt. 1.3, 6.2.3b, 3.10), mentre questo problema è ignorato dal codice europeo.

Il controllo sul contenuto è lo scopo fondamentale della direttiva sulle clausole abusive. Ma anche i Principi Unidroit si preoccupano del controllo sul contenuto, sia con riguardo al tempo e alle modalità dell'adempimento (cap. 6) sia con riguardo alle clausole di esonero di responsabilità (art. 7.1.6).

#### (viii) La forma.

Nel contenuto del principio di libertà contrattuale si considera anche la libertà di forme. È naturale che ciò accada nel commercio internazionale, ove la forma non farebbe che ostacolare la conclusione di affari (v. gli artt. 1.2, 2.18 dei Principi Unidroit). Così come è naturale che in una varietà di sistemi in cui la forma è disciplinata nei modi più eterogenei, si pensi alla forma come ad un elemento irrilevante del contratto (il codice europeo non disciplina specificamente la materia).

Per contro, anche in questo settore le direttive assumono un atteggiamento interventista. La forma è intesa sotto un duplice profilo: come tecnica per far conoscere alla parte più debole il contenuto del contratto che è in procinto di concludere; come tecnica per richiamare l'attenzione sulle singole clausole del rapporto. Sono eloquenti al riguardo la direttiva sui contratti di viaggio (art. 6), la direttiva sui contratti a distanza (art. 5), la direttiva sui contratti fuori dei locali commerciali (artt. 1, 9), la direttiva sui contratti di multiproprietà (art. 4).

#### (ix) La conservazione.

Una analisi più articolata e complessa richiedono le regole relative alla risoluzione e alla invalidità del contratto. Tuttavia, il raffronto tra i tre *corpora* normativi non sarebbe completo, perché le direttive comunitarie non si occupano della risoluzione né dell'invalidità, se non nei casi particolari di invalidità di singole clausole. Ciò che val la pena di porre in luce è la tendenza a conservare il contratto che si riscontra nella disciplina dei Principi Unidroit, in cui si affidano al giudice notevoli poteri modificativi. Più tradizionale è la disciplina del codice europeo. Le direttive comunitarie esplicitano un controllo penetrante delle clausole da parte del giudice, mentre non si preoccupano più che tanto di salvare il contratto: quando l'interesse del consumatore è travolto, appare preferibile sciogliere il vincolo o ridurne l'incidenza, piuttosto che mantenere in vita il rapporto ad ogni costo.

#### 1.3. Alcune conclusioni.

Dal raffronto tra la disciplina comunitaria, il progetto di codice europeo e i principi dei contratti commerciali internazionali si possono sinteticamente inferire alcune conclusioni. Ovviamente, si tratta di conclusioni in certo senso arbitrarie, ma esse si pongono come indicazioni di *trends*, di direzioni dell'evoluzione, di prospettive che si stanno aprendo nel settore del diritto contrattuale. Il "contratto" — in qualsiasi modo venga denominato e concepito — appare come veste giuridica di una operazione economica; la terminologia in questi testi è sufficientemente omologata in lingua (forse, sarebbe più appropriato dire "gergo") inglese; i concetti sono semplificati, rispondendo agli scopi pratici, anzi che teorici, perseguiti dai giuristi; l'oggetto o il contenuto del contratto prevalgono sulla causa; il controllo della liceità è affidato ai giudici nazionali; prevale il controllo sulla serietà dell'intenzione di contrarre e sul compimento degli effetti; il contratto è considerato nella sua funzione di fonte di obbligazioni, piuttosto che come strumento di

trasferimento della proprietà; il contratto è considerato come schema di ripartizione dei rischi, dei vantaggi e degli svantaggi; al contratto si tende ad assegnare una durata e degli effetti che sono curvate sullo scopo che è diretto a realizzare; la forma è tendenzialmente libera, per non impacciare la conclusione di operazioni economiche; quando prevista, la forma è intesa come tecnica di tutela delle parti contraenti, perché esse comprendano il significato vincolante dell'operazione e i contenuti delle obbligazioni assunte; la parte più "debole" è protetta da quella più forte, più informata, più preparata; lo squilibrio economico tra le prestazioni cede allo squilibrio giuridico, e in ogni caso il giudice si preoccupa di introdurre elementi correttivi; gli stessi comportamenti negoziali delle parti, nelle diverse fasi dell'operazione, sono controllati mediante criteri di correttezza e di ragionevolezza; l'operazione economica viene salvata quanto più è possibile, nel senso che prevalgono gli strumenti di riequilibrio e di adattamento piuttosto che non quelli che sono rivolti allo scioglimento del vincolo; interpretazione e integrazione operano in modo oggettivo, piuttosto che in modo correlato alla soggettiva volontà delle parti; le parti non sono considerate come operatori neutri, ma si dà rilevanza al loro *status*; il modello di riferimento — inconfessato, ma trasparente — permane ancora quello della compravendita, o comunque dello scambio.

Una intonazione economico-commerciale pervade le diverse discipline, ma la concezione tradizionale, asettica, neutra di contratto sembra ormai tramontata.

## 2. La tutela del contraente debole nell'esperienza italiana.

### 2.1. La disciplina delle condizioni generali di contratto nel codice civile italiano.

Secondo nel mondo — dopo il codice civile greco del 1941 — il

codice civile italiano del 1942 ha previsto regole apposite per la formazione dell'accordo contrattuale mediante la utilizzazione di moduli o formulari. Si tratta di regole che subordinano l'efficacia delle condizioni generali di contratto alla conoscenza o alla conoscibilità delle clausole da parte dell'aderente (art. 1341 c. 1) e alla sottoscrizione delle clausole (qualificate dalla giurisprudenza con "vessatorie") contenute in un elenco breve, che la giurisprudenza ha ritenuto tassativo (art. 1341 c. 2); e, ancora, della regola secondo la quale le clausole aggiunte prevalgono su quelle a stampa (art. 1342), nonché della regola "*interpretatio contra proferentem*" (art. 1370).

Queste regole valgono per tutti i contratti conclusi mediante moduli o formulari, essendo indifferente lo *status* delle parti: chiaro, tuttavia, che le categorie maggiormente interessate sono quelle relative ai contratti conclusi da un'impresa con i propri clienti.

Sono particolarmente moderne le considerazioni con cui il Ministro Guardasigilli presentava queste nuove regole: vi si riscontrano argomentazioni impiegate ancor oggi dalla dottrina italiana e dalla dottrina straniera in ordine alla utilità (se non alla necessità) di far impiegare di moduli uniformi per la diffusione di prodotti e servizi a fine di semplificare l'organizzazione d'impresa, effettuare economie di scala, semplificare i rapporti con il pubblico<sup>17</sup>.

È interessante notare che il Guardasigilli giustificava l'introduzione delle nuove regole dal punto di vista della tutela del contraente più debole (che noi chiameremo "consumatore"): le nuove regole vengono a sostituire gli orientamenti che la giurisprudenza aveva sviluppato sotto il codice civile previgente, del 1865, modellato su Code Napoléon, rivolti a colpire gli abusi contrattuali delle imprese. Tuttavia, questa giustificazione è fuorviante: mentre le regole create dalla giurisprudenza colpivano le clausole operando un con-

<sup>17</sup> Relazione, nn. 167 ss.

trollo sostanziale, le regole di codice, destinate a sostituirle, operano un controllo solo formale. Ed in effetti, le maglie apposte dall'ordinamento del 1942 sono assai più larghe: equiparando la conoscibilità alla conoscenza effettiva, si finiva per rendere poco fruibile questo strumento di controllo: richiedendo la sottoscrizione delle clausole vessatorie, si finiva per legittimarle tutte, purché l'impresa fosse così accorta da chiedere all'aderente di apporre al contratto qualche firma in più.

Un'altra regola, contenuta nell'ambito della disciplina delle obbligazioni, rivolta a vietare le clausole di esonero o di limitazione della responsabilità per dolo o colpa grave (art. 1229) è stata applicata raramente, e in senso restrittivo, dalla giurisprudenza. Sicché, fino all'entrata in vigore della direttiva comunitaria del 5.4.1993 si può sostenere con fondamento che il controllo delle condizioni generali di contratto e quindi la protezione del contraente debole erano assai marginali nel nostro Paese.

## 2.2. La costruzione della categoria "contraente debole" nella elaborazione dottrinale.

La dottrina ha reagito al formalismo giurisprudenziale nella applicazione delle regole di codice con vigore, a partire dagli anni Settanta. Le operazioni proposte sono state molteplici:

- (i) l'utilizzazione della clausola generale di buona fede, prevista dal codice civile italiano agli artt. 1175, 1366, 1375;
- (ii) l'utilizzazione della clausola generale di ordine pubblico;
- (iii) l'utilizzazione della causa del contratto.

Non si è fatto ricorso all'istituto dell'abuso del diritto, perché il nostro sistema lo ha ripudiato; e neppure si è argomentato sulla mancanza di consenso, perché non appariva realistica.

Per contro, si è cominciato a parlare di "contraente debole", ma solo riferendosi al singolo individuo. Di qui, si è passati alla no-

zione giuridica di "consumatore" (precedentemente impiegata solo dalla letteratura economica), grazie alla circolazione di questa categoria nel diritto comunitario.

Controparte del consumatore è sempre stata considerata l'impresa, privata o pubblica: non mai il professionista, perché nel nostro ordinamento il professionista non è considerato imprenditore, ma colui che esercita un'attività intellettuale. Di qui le difficoltà di applicazione dell'espressione come intesa nel diritto comunitario, ove, per molti aspetti, si considera "professionista" sia l'imprenditore, sia chi esercita un'attività intellettuale.

## 2.3. Il controllo amministrativo.

Un serio controllo amministrativo delle condizioni generali di contratto nel nostro Paese non si è mai operato: ciò per due ragioni di fondo. Da un lato, perché è ancora radicata l'idea che la libertà negoziale deve essere limitata il meno possibile, essendo non solo espressione della libertà di iniziativa economica (art. 41 della Costituzione), ma, come qualcuno sostiene, anche della libera espressione della personalità (art. 2 Cost.); dall'altro lato, perché il mercato ove si esprime la libertà negoziale delle imprese è segmentato: vi compaiono contratti delle banche, delle assicurazioni, delle imprese di trasporto, delle imprese di viaggio, delle imprese produttrici di veicoli, di elettrodomestici, etc.; ciascun settore ha le sue regole, e quindi fa riferimento ad una disciplina amministrativa diversificata.

Anche là dove si prevedono controlli sui moduli contrattuali, gli enti preposti alla vigilanza del settore non hanno voluto esercitare pienamente i loro poteri: ad esempio, per i contratti bancari, la Banca d'Italia ha preferito assegnare di fatto il controllo dei modelli contrattuali all'Associazione bancaria italiana (ABI); per i contratti di assicurazione, l'Istituto di vigilanza (ISVAP) ha preferito affidare questo controllo alla Associazione delle imprese di as-



curazione (ANIA). L'unica eccezione è costituita dai contratti conclusi dalle società di intermediazione mobiliare (SIM), per i quali la Commissione per le società e la borsa (CONSOB) ha stabilito non tanto un controllo amministrativo, quanto regole relative alla trasparenza, ai contenuti, alle modalità di formazione con regolamenti appositi, che hanno valore di norme sub-primarie.

Le regole di trasparenza del contratto bancario sono ora contenute nel testo unico bancario del 1993: esse operano sempre come regole di carattere generale a cui si debbono uniformare le banche.

Un controllo per così dire indiretto è stato invece effettuato dalla Autorità per la tutela della concorrenza e del mercato (c.d. Autorità *antitrust*). Una recente vicenda è interessante al riguardo.

#### 2.4. Contratti standard e tutela della concorrenza.

I contratti standard, siano essi predisposti dall'impresa per regolare i rapporti negoziali con i consumatori o per regolare i rapporti negoziali con altre imprese, contengono "condizioni economiche" concernenti prezzi, tariffe, corrispettivi, e clausole che incidono sugli aspetti economici, quali quelle relative a limitazioni o esclusioni della responsabilità, decadenze, reccesi, etc.

Sia gli aspetti economici, sia le altre clausole di incidenza economica costituiscono un fattore di concorrenza: l'aderente deve essere in grado di capire e scegliere l'impresa con cui vuole intrattenere il rapporto in funzione di tutti questi dati; la predisposizione uniforme dei modelli da parte di imprese del medesimo settore agevola questa scelta. Nel contempo, però, una eccessiva uniformità può falsare la concorrenza, e quindi ridurre notevolmente i vantaggi dell'aderente.

La predisposizione di moduli uniformi alle imprese di un settore spesso è incoraggiata dalle associazioni di categoria, quali, per il settore assicurativo, l'ANIA, e per il settore bancario, l'ABI.

Il problema è stato sottoposto alla Commissione per la tutela

della concorrenza e del mercato (c.d. Autorità *antitrust*), la quale in effetti ha ritenuto che le direttive delle associazioni di categoria rivolte ad impegnare le imprese iscritte ad attenersi ai modelli o alle regole uniformi elaborati dalle medesime associazioni contrastino con l'art. 2 c. 2 della l. n. 287 del 1990, perché le direttive delle associazioni si possono considerare o come cartelli veri e propri oppure come intese che falsano la concorrenza.

Per quanto riguarda il comparto assicurativo, con provvedimento n. 2024 dell'8.6.1994 l'Autorità ha irrogato sanzioni a carico di una ventina di società assicuratrici per aver posto in essere intese aventi ad oggetto la determinazione delle tariffe e degli scoperti delle polizze relative al ramo "rischi diversi" e per essersi scambiate informazioni finalizzate alla determinazione comune degli elementi contrattuali, per avere uniformato le franchigie delle polizze relative al ramo "infortuni" e al ramo "malattia" e ad altri rami.

Per il settore bancario, la Banca d'Italia si era preoccupata di controllare se la redazione di clausole uniformi relative ai contratti bancari da parte dell'ABI (c.d. norme bancarie uniformi, NBU) potesse esporre l'ABI e le imprese aderenti alla sanzione dell'Autorità *antitrust*, ed ha quindi richiesto parere apposito a detta Autorità. Quest'ultima ha provveduto con provvedimento n. 2341 del 6.10.1994, sottolineando: (i) che l'ABI è una associazione senza scopo di lucro alla quale aderiscono la quasi totalità delle banche e degli istituti finanziari, avendo lo scopo di cooperare con le istituzioni pubbliche, di informare gli aderenti (cioè le banche e gli istituti iscritti all'associazione) e promuovere studi, ricerche e scambi di informazioni; che le c.d. norme bancarie uniformi, relative alle diverse operazioni bancarie, riguardano sia i mercati concernenti i servizi alla clientela sia i prodotti finanziari rischiosi; che le NBU in quanto deliberazioni di un'associazione di imprese, rientrano nella fattispecie delle intese di cui all'art. 2 c. 21 *antitrust*; ciò in quanto le intese riguardano la formulazione di norme bancarie uni-

mi (che impropriamente l'autorità qualifica come "contratti-  
o", essendo piuttosto schemi contrattuali) che l'ABI con diverse  
pressioni impegna invita o suggerisce alle imprese di adottare;  
e la fissazione di condizioni contrattuali è riconducibile alla fatti-  
cie di cui all'art. 2 c. 2 l. cit., anche perché le NBU sono molto  
tagliate e concernono le condizioni economiche; che la fissazio-  
uniforme limita in maniera determinata la concorrenza tra im-  
ese e addirittura può configurare un'ipotesi di abuso di una posi-  
one dominante collettiva.

La Banca d'Italia, recepito il parere, con proprio provvedimento  
il 12.12.1994<sup>18</sup> ha seguito la linea dell'Autorità *antitrust*: (i) ha  
ecisato che il carattere non strettamente vincolante delle intese  
on le sottrae al vaglio della concorrenza; (ii) che pertanto devono  
sere modificate le condizioni contrattuali che tra l'altro riservano  
la banca la potestà di modificare unilateralmente il contratto, di  
cludere qualunque propria responsabilità, di escludere gli interes-  
di diritto, e così via.

In ottemperanza a questo provvedimento, l'ABI ha modificato le  
BU, ed ha elaborato un codice di condotta concernente i rapporti  
in i clienti.

## 2.5. Gli effetti della direttiva comunitaria del 5.4.1993 sull'ordinamento italiano e le proposte di recepimento della direttiva

Con l'approvazione da parte del Consiglio della C.e.e. della di-  
rettiva concernente le "clausole abusive" nei contratti stipulati con  
consumatori si è imposto agli Stati membri di recepirne i conte-  
ti nei rispettivi ordinamenti entro il 31 dicembre 1994. Il periodo  
moratoria è assai breve, rispetto all'ordinario intervallo, trien-  
le, che si suole accordare: segno che gli organi di attuazione per  
superare i ritardi accumulati proprio in sede comunitaria nell'iter

frammentato (in proposte di principio, *avant-projet* e testo com-  
pleto) e tormentato che ha contrassegnato questa iniziativa, a parti-  
re dal 1975; ma segno anche della rilevanza assegnata a questo in-  
tervento, che appare centrale nei programmi di tutela dei diritti dei  
consumatori e nella prospettiva di armonizzare degli ordinamenti  
interni.

Per alcuni Stati membri forse l'urgenza non è parsa così pres-  
sante, in quanto già esiste quasi in tutti una disciplina *ad hoc*, e  
quasi in tutti già esiste una giurisprudenza delle Corti o una prassi  
amministrativa inaugurata dagli organi deputati al controllo delle  
condizioni generali di contratto imposte ai consumatori.

Tenendo conto della passata esperienza del nostro Paese, le vie  
praticabili per il recepimento erano molteplici; l'approvazione di  
una disciplina specifica con legge ordinaria; oppure la predisposi-  
zione di principi nella legge comunitaria con delega al governo per  
la redazione di un decreto delegato (è il caso della responsabilità  
del fabbricante, della pubblicità ingannevole, delle vendite fuori  
dei locali commerciali); oppure ancora l'emanazione di un decreto  
legge; oppure infine la predisposizione di un disegno di legge go-  
vernativo inviato alle camere e non, per contro, la approvazione di  
un regolamento, attesa la rilevanza della materia, la sua incisione  
sulla libertà negoziale delle imprese, e la istituzione di diritti sog-  
gettivi in capo ai consumatori.

L'alternativa alla inerzia dello Stato membro rimane in ogni ca-  
so l'applicazione diretta della direttiva: e questa direttiva, secondo  
autorevole dottrina, è *self-executing* in quanto formulata in modo  
dettagliato, con espressioni chiare, con la istituzione di diritti sog-  
gettivi, ma può essere applicata nei confronti dello Stato inadem-  
piante, non nei rapporti tra privati.

Dal 1 gennaio 1995 si è aperta quindi la possibilità, in caso di  
inerzia, della disapplicazione della disciplina interna in contrasto  
con la direttiva (specialmente l'art. 1341 c. 2 c.c.) e la sua applica-  
zione orizzontale (cioè nei rapporti contrattuali tra "professionisti")

<sup>18</sup> *De I Contratti*, 1995, p. 55



e consumatori) salva, ovviamente, la responsabilità dello Stato nei confronti dei consumatori danneggiati dall'inerzia legislativa.

La peculiare necessità di migliorare la cura degli interessi dei consumatori ha indotto il Governo presieduto da C.A. Ciampi ad attribuire una delega apposita al Ministro degli Affari sociali, considerandosi quindi i consumatori una categoria debole, accanto ai minori, gli indigenti, ai drogati, agli stranieri extracomunitari.

È proprio nell'ambito di questa delega che il Ministro per gli Affari sociali, Fernanda Conti, ha istituito alla fine del 1993 una commissione per la tutela dei consumatori, al cui interno è stata formata una sottocommissione per il tema delle clausole abusive, composta di docenti universitari (di cui ho anch'io fatto parte), di funzionari dello stesso dipartimento e dei Ministeri di Grazia e Giustizia e dell'Industria, per lo studio e la predisposizione dei documenti normativi più opportuni.

Le scelte proposte dalla Commissione sono molteplici e impegnative. Ne è nato un articolato semplice e sufficientemente chiaro, apparso necessario per eliminare le formule talvolta oscure o imprecise del testo comunitario dovute alla pessima traduzione in lingua italiana delle versioni originali francese e inglese, ed altresì per sciogliere i nodi concettuali, oltre che le opzioni presentate dal testo.

Attesa la particolare situazione politica in cui versava il Paese (data dallo scioglimento delle camere, dalla convocazione dei comizi elettorali, dalla ordinaria amministrazione del Governo), il risultato dei lavori della Commissione è stato presentato dal Ministro al Presidente del Consiglio il 23 marzo 1994 e da questo destinato alla cognizione del futuro Governo e del nuovo Parlamento. Il testo è stato ulteriormente modificato dal Governo presieduto da Lamberto Dini; è stato approvato dalla Camera ed ora è in fase di esame da parte del Senato.

La prima opzione è consistita nella predisposizione di un articolato che modificasse, per via di novellazione il Codice civile.

Le ragioni di questa scelta sono state molteplici:

(i) innanzitutto, una ragione di coordinamento con la disciplina esistente;

(ii) poi, la convinzione che la disciplina degli interessi dei consumatori non sia settoriale, ma riguardando tutti indistintamente gli individui, e non solo i cittadini, ma anche gli stranieri, ed investendo direttamente i problemi della persona, non dovesse essere confinata in un provvedimento *ad hoc*, ma dovesse inserirsi nella disciplina generale, nel codice del diritto comune, quale è per l'appunto considerato oggi il Codice Civile.

La nuova disciplina deroga la disciplina di codice per i contratti dei consumatori, mentre le norme di codice rimangono in vigore per tutti gli altri contratti.

La novellazione segue la stessa linea nel nuovo codice olandese entrato in vigore nel 1990.

Ma si sarebbe potuto anche seguire i modelli inglese e tedesco, in cui la disciplina delle clausole abusive è affidata a leggi speciali, parallele a quelle relative alla pubblicità, al credito, al consumo, alla responsabilità del fabbricante, etc.

La collocazione della disciplina progettata è parsa alla prima commissione naturalmente connessa con la sezione I del titolo III, libro IV, cioè, nell'ambito della disciplina generale del contratto, perché è in quello stesso ambito che i redattori del Codice civile del 1942 avevano collocato le regole sulle condizioni generali. In altri termini, il codice conosce categorie di contratti formalmente così designati (ad esempio, dedica regole ai contratti bancari); la legislazione speciale dedica regole ai contratti agrari; si poteva quindi istituire la categoria dei "contratti dei consumatori". Ma questa categoria viene così a far parte del diritto comune, non essendovi ragione per distinguere il diritto comune dal diritto dei consumatori. Il problema ha un significato dogmatico e forse anche politico. La seconda commissione ha preferito collocare la nuova disciplina nel libro V del lavoro;

(iii) la terza ragione di questa scelta risiede nella tecnica di controllo accolta, e coincide quindi con la seconda opzione effettuata dalla prima commissione.

## 2.6. Il controllo giudiziale.

La seconda opzione riguarda per l'appunto le tecniche di controllo. Le Commissioni hanno preso atto della circostanza che la direttiva lascia liberi gli Stati membri di decidere se affidare il controllo all'autorità giudiziaria ordinaria oppure all'autorità amministrativa; essa si preoccupa però di imporre agli Stati membri di provvedere a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori (art. 71); ciò anche riconoscendo il diritto di azione a persone o organizzazioni "che abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori perché sia accertato il carattere abusivo delle clausole e ne sia inibita l'inserzione nei contratti dei consumatori" (art. 7.2).

Le opzioni in astratto identificabili erano dunque diverse: (a) il controllo giudiziale, come avviene, ad esempio in Germania; (b) il controllo amministrativo, come avviene ad esempio in Francia; (c) la combinazione dei due tipi di controllo; (d) il riconoscimento alle associazioni della legittimazione ad agire (*class actions*), come avviene pressoché ovunque tranne che in Italia.

Le commissioni hanno scelto la via del controllo giudiziale e ad esso hanno affiancato il controllo amministrativo, curando che non vi fossero tra le due forme di controllo interferenze o conflitti di competenza. Ciò per diverse ragioni:

(i) innanzitutto, per una ragione di ordine strutturale, collegata con la natura degli interessi incisi.

Atteso che si tratta di regole che concernono la libertà contrattuale e i suoi limiti, la inefficacia o la invalidità di clausole, la valutazione della conservazione del contratto di cui siano state dichia-

rate "abusive" una o più clausole, l'intera materia è parsa riguardare la istituzione e la tutela di diritti soggettivi: di qui l'opportunità — quando non la necessità — di affidare al giudice naturale dei diritti soggettivi, l'A.G.O., questo tipo di controllo;

(ii) poi, ragioni di natura sistematica: come già si è evidenziato, la disciplina confligge e deve essere coordinata con il controllo delle condizioni generali di cui agli artt. 1341, 1342, 1370 c.c.;

(iii) infine, ragioni di opportunità.

Là dove si è provveduto ad istituire solo un controllo amministrativo, come in Francia, si è dovuto registrare che gli interessi — o i diritti soggettivi — tutelati dalla direttiva sono stati pure oggetto di azioni portate dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria. In Francia il dibattito, aperto dall'orientamento sviluppato dai tribunali e dalla stessa Corte di Cassazione, è stato appunto quello di ritenere legittime le azioni in giudizio e la nullità delle clausole è stata fondata sia sulla buona fede (art. 1134) sia sull'art. 1135, sia sui principi derivanti dalla disciplina speciale dettata dalla legge del 1978. Questo indirizzo è stato accolto dalla legge del 1.2.1995, ed è stato esaminato dai giuristi italiani.

La terza opzione è relativa al controllo amministrativo.

Il controllo giudiziale, di per sé, è il più seguito; ma non ha dato, da solo, buoni frutti. In Germania, ad esempio, è stata documentata sia la ricchezza impressionante di precedenti, dovuti, nei quindici anni di applicazione, ad un contenzioso altissimo, sia l'assoluta refrattarietà delle imprese ad uniformarsi agli orientamenti giudiziali, sì che i formulari sono rimasti inalterati anche se le clausole in essi contenute erano state dichiarate abusive dai tribunali.

La prima commissione aveva considerato il fatto che affidare solo ad un ufficio amministrativo il compito di controllare tutti i formulari predisposti sarebbe stato compito gravoso.

La seconda commissione ha preferito affidare questo controllo alle camere di commercio, attribuendo ad esse legittimazione ad

agire per l'inibitoria dell'uso di clausole abusive.

Come si è anticipato, il testo della direttiva è stato assunto come modello, apportandovi le modificazioni e le integrazioni necessarie per adattarlo all'ordinamento interno.

Si è molto discusso in seno alle due commissioni, così come in dottrina, sulla nozione di consumatore: discussione ripresa in Francia, a proposito di alcune sentenze e di alcuni saggi o annotazioni che hanno esteso la nozione al piccolo imprenditore o al professionista "profano", e all'uso misto (familiare e professionale) del bene o servizio.

In diritto belga la disciplina sulle prassi commerciali e sull'informazione del consumatore (legge 14 luglio 1991) è ancora più estensiva, in quanto definisce come consumatore "ogni persona fisica o morale che acquista o utilizza a fini non professionali prodotti o servizi offerti sul mercato".

La prima commissione aveva pensato perciò di considerare consumatori anche gli artigiani e le imprese familiari, ma la seconda ha preferito adeguarsi alla direttiva.

Atteso che nel nostro ordinamento non è stato codificato l'istituto dell'abuso del diritto, si è preferito impiegare l'aggettivazione di "vessatoria" riferita alle clausole, anziché quella di "abusiva", proveniente dalla traduzione letterale di "clauses abusives" dell'esperienza francese.

Le Commissioni hanno proposto di definire come vessatoria la clausola che comporti un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto. Le Commissioni hanno ritenuto inoltre di svolgere l'inciso "malgrado il requisito della buona fede" di cui all'art. 3.1 della direttiva e hanno precisato di considerare vessatorie *tout-court* le clausole contrarie a buona fede.

La seconda Commissione ha precisato che la buona fede riguarda il predisponente.

In Francia il problema è rimasto aperto: non tutti pensano<sup>19</sup> che le clausole contrarie a buona fede siano per sé vessatorie ai sensi della legge del 1978.

Quanto alle sanzioni, le vie praticabili erano molteplici, atteso che la direttiva per semplificazione parla di clausole "che non vincolano il consumatore" (art. 6.1). Si è proposta la declaratoria di nullità. Si poteva anche pensare all'inesistenza (ma si tratta di figura assai discussa nella nostra esperienza); o all'inefficacia, ma sembrava sanzione troppo blanda e comunque simile a quella già presente per le clausole vessatorie in generale.

Si sono considerate presuntivamente vessatorie le clausole contenute nella lista allegata, quale *addendum*, alla direttiva.

### 3. La protezione della parte debole nei principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali.

#### 3.1. La parte "debole".

Come si deve intendere l'aggettivazione "debole" riferita alla parte che ha concluso un contratto commerciale internazionale? Il problema presenta almeno tre aspetti: (i) terminologici, (ii) formali, (iii) di politica del diritto.

#### 3.2. Aspetti terminologici

Il *corpus* dei principi non fa uso dell'espressione "parte debole". Di volta in volta le espressioni "parte", "controparte", sono impiegate in modo neutro, non aggettivato.

Talvolta si fa impiego del termine tecnico "creditore" (art. 6.1.5) o debitore (art. 6.1.12), ma anche in tali casi i principi si riferiscono alla parte che assume questa qualificazione perché è im-

<sup>19</sup> v. ad esempio Ghestin.

licito un riconoscimento del suo credito o l'accollo di un debito ei confronti dell'altra; non è (più ormai) di per sé indice di debolezza" il fatto di essere debitore, né di "forza" quello di essere creditore. Altra volta, ancora, i principi fanno riferimento al criterio di valutazione collegato alla "qualità delle parti" (ad esempio, artt. 4.1 e 4.2, a proposito della interpretazione del contratto); ma in questo contesto la qualità non sembra poter essere intesa come riferita a posizioni di forza o di debolezza di una parte rispetto all'altra, quanto piuttosto allo *status*, al ruolo, all'attività svolta dai ingoli contraenti.

Vi sono però alcuni principi in cui il riferimento ad una posizione di debolezza è implicito: è il caso della parte "svantaggiata" per inferenza, v. ad esempio art. 3.10, a proposito dell'esistenza di un "eccessivo squilibrio" originario tra le condizioni e le prestazioni scambiate dalle parti contraenti; oppure, l'art. 6.2.2 a proposito dello squilibrio sopravvenuto, successivo alla conclusione del contratto).

L'espressione "parte svantaggiata" non è tipica del linguaggio normativo italiano, anche se talvolta è utilizzata dalla dottrina: il codice civile italiano preferisce, infatti, parlare di parte "danneggiata" (v. ad esempio art. 1448 c. 2 a proposito dell'azione generale di rescissione per lesione in caso di approfittamento dello stato di bisogno di una parte a danno dell'altra); oppure semplicemente di "danneggiato" (art. 2042, a proposito della parte che ha subito l'arricchimento ingiusto dell'altra).

La versione in lingua italiana dei *Principi* si avvicina di più, lessicalmente, alla versione in lingua inglese (*disadvantaged party*) che non alla versione in lingua francese (*partie lésée*); quest'ultima è più vicina alle espressioni impiegate dalla dottrina italiana per le situazioni disciplinate dal codice civile.

Certamente, la parte svantaggiata è più "debole" rispetto all'altra, ma questa qualificazione non esaurisce il numero delle ipotesi in cui una parte possa essere originariamente, o divenire, successi-

vamente alla conclusione del contratto, più "debole" rispetto all'altra.

In altri termini, l'area semantica che si può prendere in considerazione appare più o meno ampia a seconda di ciò che si intende per "debole". Occorre perciò muovere da una definizione stipulativa di "parte debole".

Da quanto già osservato si evince che si possono dare, almeno, tre diverse accezioni di "parte debole": una accezione restrittiva, una accezione estesa, una accezione latissima.

#### (i) L'accezione restrittiva

La parte debole è la parte "svantaggiata", nelle due sole ipotesi in cui i principi usano questa qualificazione (*gross disparity, hardship clause*); tuttavia, le due ipotesi, sulle quali si tornerà più diffusamente, sono ben diverse tra loro: in caso di *squilibrio successivo* alla conclusione del contratto, dovuto a ragioni esterne, a circostanze sopravvenute, la parte svantaggiata è quella che subisce appunto il maggior svantaggio quale effetto di quelle circostanze; nel caso di sopravvenienza, la parte "diventa" debole, e lo diventa a causa di circostanze esterne che incidono sull'equilibrio originario; tale parte potrebbe coincidere con quella che originariamente era più forte; in caso di *squilibrio originario*, la disparità nasce dalle condizioni in cui si trova, strutturalmente, una parte che nasce "debole" per essenza o per le circostanze che contrassegnano la sua posizione fin dall'inizio.

#### (ii) L'accezione estesa

La parte debole si identifica con la parte svantaggiata in ipotesi diverse da quelle sopra indicate, ma pur sempre contemplate dai *Principi*; si tratta, in altri termini, di casi (assunti in modo emblematico e non esaustivo) in cui una parte:

(a) sia esposta all'agire non conforme a buona fede di controparte nel corso della trattativa (art. 2.15);

(b) sia esposta all'agire non conforme a buona fede di controparte nell'esecuzione del rapporto (art. 1.7);

(c) abbia accettato di rinviare la determinazione del contenuto di una determinata clausola a future negoziazioni, e si trovasse originariamente o si sia trovata successivamente in posizione di debolezza;

(d) sia esposta alla divulgazione di informazioni riservate effettuata da controparte (2.16);

(e) sia esposta alla operatività di precedenti accordi o dichiarazioni che controparte intenda utilizzare per migliorare la propria posizione contrattuale (art. 2.17);

(f) abbia accettato clausole predisposte unilateralmente dalla controparte (c.d. clausole standard, art. 2.19);

(g) abbia accettato clausole che non poteva legittimamente attendersi, soggiacendo al c.d. effetto a sorpresa (art. 2.20);

(h) sia incorsa in un errore rilevante (art. 3.5);

(i) abbia subito l'inganno della controparte (art. 3.8);

(j) abbia subito la violenza della controparte (art. 3.9);

(k) si sia trovata in una situazione di dipendenza, difficoltà economica, necessità immediata (art. 3.10);

(l) o in situazione di imperizia, ignoranza, inesperienza, mancanza di abilità nel trattare (art. 3.10);

(m) si trovi nelle precedenti situazioni ad opera di terzi (art. 3.11);

(n) sia esposta ad eventi che alterano l'equilibrio del contratto (art. 6.2.2) e così via.

### (iii) *L'accezione latissima*

In questa accezione si comprendono ipotesi non contemplate direttamente o specificamente dai principi.

Anziché ricorrere alla "logica interna" al *corpus* dei *Principi*, si può fare riferimento alla formazione culturale, agli indirizzi epistemologici, agli orientamenti dell'interprete.

È pur vero che questa accezione, di cui dirò, potrebbe essere posta in discussione, in quanto si tratta di una "addizione" al testo; ed è anche vero che lo stesso *corpus* di *Principi* tende ad essere autosufficiente (come si dice oggi, autopoietico), filtrando le addizioni interpretative mediante il riferimento al carattere internazionale dei *Principi* medesimi, alle loro finalità, e alla loro coerenza; ma è anche vero che sia i giuristi formalisti sia, e a maggior ragione, i giuristi realisti, sono d'accordo nel distinguere la disposizione (testo scritto) dalla norma (testo interpretato e applicato) e quindi che anche per i *Principi* del commercio internazionale occorre scontare l'esistenza di addizioni dell'interprete.

Da questo punto di vista, l'interprete italiano può osservare che quando si parla di parte debole si fa riferimento a situazioni di disparità che riguardano aspetti formali e aspetti sostanziali, e cioè:

(a) lo *status dei contraenti*. La differenza di *status* è ben più rilevante nel caso di contratti disciplinati dal diritto interno, quando l'impresa si contrappone al consumatore; o, come si usa dire oggi nelle direttive comunitarie, il professionista si contrappone al consumatore; oppure, nel caso dei contratti di locazione di unità abitative; nel caso dei contratti del commercio internazionale, la disparità di *status* potrebbe apparire meno rilevante, in quanto si è pur sempre in presenza di operatori economici, oppure in presenza di operatori economici che si contrappongono a enti istituzionali (governi, ministeri, istituti pubblici, ecc.); in altri termini, si muove dal presupposto che le parti siano in condizioni di parità originaria, o perché appartenenti al medesimo milieu (quello dei *mercatores*) o perché provviste di forze equivalenti, determinate nell'un caso dall'esperienza e dall'altro dal rango istituzionale;

(b) le *condizioni economiche e finanziarie* soggettive; in questo caso, il fatto che un contraente (anche un imprenditore) si trovi in stato di predecozione, in stato di illiquidità, di prolungata inoperatività, può essere indicativo delle condizioni in cui si appresta a trattare o a concludere un contratto, o addirittura ad accettare le

prevaricazioni della controparte nel corso della sua esecuzione;

(c) il *livello di informazione*; le parti possono arrivare alla trattativa e alla conclusione del contratto provviste di gradi diversi di informazione: di solito, l'operatore economico è più informato sulla qualità di prodotti e servizi offerti, sui rischi endocontrattuali, sui profitti da realizzare; la controparte non operatore economico (per l'appunto, un governo, una istituzione pubblica, ecc.) è più informata sulla situazione legislativa, amministrativa, sullo stato dei luoghi, ecc.;

(d) il *rischio della lingua* impiegata nella trattativa e nella redazione dei documenti contrattuali.

Ora, nel mondo del diritto si tende a considerare solo gli aspetti formali: le parti del contratto sono considerate in quanto rivestenti tale ruolo, di centro di interessi che il contratto intende realizzare; normalmente il loro *status* è indifferente, e così pure la loro condizione sociale o economica, la loro situazione personale; tuttavia, questa indifferenza non è totale, come sopra si è potuto riscontrare.

### 3.3. Testo e contesto.

Possiamo identificare inoltre alcuni presupposti dai quali muovono i *Principi*:

(i) le parti sono considerate, in astratto, su posizioni paritetiche; salvi i casi di eccezione, le parti sono assunte in modo neutro; non vi sono quindi, almeno in via preliminare, divergenze rispetto alla posizione delle parti come dipinta nella illustrazione della nozione astratta di "negozio giuridico" o di "contract" come accreditati dalla dottrina e dalla giurisprudenza tradizionali;

(ii) la libertà contrattuale è al tempo stesso baluardo e incentivo per l'incontro e lo scontro degli interessi contrapposti; baluardo,

perché i *Principi* prendono posizione — nei casi di grave disparità — a tutela della parte debole; incentivo, perché solo se si garantisce alle parti di poter combattere ad armi pari, esse possono spiegare tutte le loro energie e le loro potenzialità;

(iii) il contratto è considerato come un programma in cui sono bilanciate le prestazioni e le controprestazioni, che presentano un equilibrio, il quale può essere imperfetto originariamente oppure può diventare imperfetto successivamente;

(iv) l'equilibrio contrattuale è considerato in modo formale, e cioè come risultante dalla distribuzione di vantaggi e svantaggi, rischi, privilegi e immunità all'interno del contratto, e "fotografato" al momento della sua conclusione;

(v) i *Principi* intendono entrare nel merito delle scelte dei contraenti e quindi nel merito della valutazione economica delle prestazioni; ciò a differenza di quanto accade per la direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori (del 5.4.1993) in cui lo squilibrio ha solo natura giuridica, e non può riguardare né gli aspetti economici, né il prezzo o la determinazione dell'oggetto del contratto;

(vi) i *Principi* tengono conto della disparità creata dai vizi della volontà (errore, violenza, dolo, anche del terzo), dalla predisposizione di clausole standard, dal comportamento contrario a buona fede, dalla sopravvenienza di circostanze che sconvolgono l'equilibrio del contratto; tutto ciò ha un retroterra, che si riscontra nel diritto contrattuale degli ordinamenti codificati, così come negli ordinamenti di *common law*;

(vii) i *Principi* tengono però anche conto delle difficoltà economiche e delle necessità immediate delle parti, e pure della loro situazione soggettiva che dipende esclusivamente dal rischio soggettivo, quali l'imperizia, l'ignoranza, l'inesperienza, la mancanza di abilità a trattare: tutte qualità negative di cui gli ordinamenti continentali e di *common law* non tengono conto, se non nei casi eclatanti, e quindi marginali, perché la posizione di debolezza deriva



da negligenza colpevole o dall'assunzione del rischio della parte che manifesta queste qualità negative;

(viii) i *Principi* tengono conto del caso in cui la parte sia debole strutturalmente al momento della trattativa e della conclusione del contratto, e del caso in cui la parte divenga debole successivamente per circostanze esterne che reagiscono sull'esecuzione del contratto; non tengono invece conto dell'ipotesi in cui la parte diventi debole successivamente per ragioni intrinseche: la mancanza di abilità a trattare è rilevante, ovviamente, nella fase della trattativa e della conclusione del contratto, ma può essere rilevante anche nel caso di rinegoziazione del contratto nella fase di esecuzione, e allo stesso modo possono essere rilevanti l'imperizia, l'ignoranza, l'inesperienza sopravvenute; tuttavia, questa ipotesi, che non rientrerebbe né nel disposto dell'art. 3.10, né nel disposto dell'art. 6.2, può essere ricondotta all'operatività del principio di esecuzione di buona fede, che costituisce, anche da questo punto di vista, un tessuto connettivo utile per colmare eventuali lacune, o per giustificare estensioni interpretative.

A differenza di tutti gli ordinamenti domestici, i *Principi*, nel caso di squilibrio originario e di squilibrio intervenuto successivamente alla conclusione del contratto, prospettano soluzioni innovative.

Queste soluzioni sono innovative per due ragioni fondamentali:

(i) perché si preoccupano di tracciare un confine tra lo spazio in cui una parte, per *status*, posizione economica, posizione istituzionale, livello di informazione, ecc., ha un vantaggio nei confronti dell'altra, e lo sfrutta a proprio beneficio ma "giustamente", e lo spazio in cui lo svantaggio è "eccessivo" sicché il suo sfruttamento si rivela "ingiusto". Questo confine è segnato con due clausole generali: lo squilibrio "eccessivo" e il vantaggio "ingiusto"; spetterà a dottrina e giurisprudenza (arbitrale o ordinaria) definire i contenuti di queste formule;

(ii) perché si preoccupano di individuare rimedi alle ipotesi in

cui la parte debole sia esposta all'approfittamento di controparte, cercando di conservare il contratto piuttosto che non di porlo nel nulla, come avviene invece nel maggior numero di casi nel maggior numero di ordinamenti.

#### 3.4. I rimedi offerti alla parte debole dai Principi e dalla normativa italiana.

Sinteticamente, in ordine alle situazioni sopra indicate, si possono svolgere alcune considerazioni alla luce del raffronto tra quanto disposto dai *Principi* e quanto disposto dall'ordinamento italiano.

##### 3.4.1. Libertà contrattuale.

I *Principi* si aprono con una enunciazione di carattere generale, concernente la libertà contrattuale, secondo la quale "le parti sono libere di concludere un contratto e di determinarne il contenuto". La prima impressione è che l'area della libertà contrattuale sia circoscritta, rispetto all'ampiezza che in ogni ordinamento le si assegna, sia con riguardo alla scelta del contraente, sia con riguardo alla scelta del tipo, sia con riguardo alla forma. Ma le regole successive ampliano questa nozione, affermando che il contratto può essere concluso per iscritto, oppure può essere provato con tutti i mezzi, anche testimoniali (art. 1.2); da questo punto di vista, i *Principi* vanno al di là del disposto del cod. civ. it., che prevede limitazioni all'uso della prova testimoniale: la prova per testi non è ammessa quando il valore dell'oggetto supera le lire cinquemila (art. 2721: in pratica non è ammessa), così come non è ammessa la prova di patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento se anteriori o contemporanei alla conclusione (art. 2722), mentre è ammessa per i patti posteriori, ma solo se appaia verosimile, considerate la natura del contratto e ogni altra circostanza, che siano

state fatte aggiunte o modificazioni verbali (art. 2723). In ogni caso, riguardando i *Principi* contratti del commercio internazionale, la libertà di scelta del contraente e la libertà di scelta del tipo sono implicite nell'enunciazione di carattere generale.

### 3.4.2. La clausola di *hardship*.

In tutti gli ordinamenti si prevedono regole, esplicite o costruite dalla interpretazione dottrinale o giurisprudenziale, in ordine all'eventualità che l'esecuzione divenga eccessivamente onerosa. Nell'esperienza italiana si distinguono due ipotesi: quella in cui l'onerosità eccessiva fosse straordinaria e imprevedibile, con la conseguenza della risoluzione del contratto (art. 1467) e quella in cui le circostanze onerose fossero prevedibili ma non effettivamente previste dalle parti. In questo caso, si deve accertare la possibilità di applicare la teoria della presupposizione, che, collegata con la clausola di buona fede, con la causa del contratto, con la base negoziale (cioè con il piano di riparto di vantaggi e dei rischi), può comportare la risoluzione del contratto.

Nel commercio internazionale si tende, come sottolineato più volte, a mantenere in vita il contratto. Quindi l'enunciazione generale secondo la quale le parti sono tenute a eseguire le rispettive prestazioni anche se siano diventate più onerose (art. 6.2.1) è corretta dall'istituto dell'*hardship*.

I caratteri di questo istituto sono tratteggiati dall'art. 6.2.2, ove essi sono così indicati: l'onerosità deve dipendere da un rischio non accettato in contratto, da circostanze esterne, che non devono dipendere dalla parte che le invoca, e devono essere sopravvenute o, se anteriori, non dovevano essere note o conoscibili alla parte che le invoca.

L'effetto dell'*hardship* è diretto al mantenimento del rapporto. Perciò si concede alla parte che l'invoca la possibilità di riaprire la trattativa senza indugio e senza sospensione dell'esecuzione della

prestazione dovuta.

Nel caso la trattativa non sortisca esiti positivi, la parte interessata può adire il giudice (nel nostro caso, l'arbitro).

Qui si apre un ulteriore spazio di intervento che negli ordinamenti codificati è del tutto ignorato, anzi, avversato: infatti, il giudice può — al di là della pronuncia di risoluzione del contratto, che è la conseguenza ordinaria — adattare il contratto al fine di ristabilire l'equilibrio tra le prestazioni (art. 6.2.3).

### 3.4.3. La forza maggiore.

Nel diritto italiano sono cause di esonero da responsabilità il caso fortuito, la forza maggiore e l'intervento del terzo. In tal caso, se la parte inadempiente dà la prova delle circostanze, può chiedere la risoluzione del contratto, senza essere costretta al risarcimento del danno. Ciò in linea generale, occorrendo però, di volta in volta, accertare su chi gravasse il rischio. Dispone infatti l'art. 1465 cod. civ. it. — regola che non si ritrova nel testo dei principi dell'Unidroit — che nei contratti che trasferiscono la proprietà e gli altri diritti reali il perimento di una cosa per causa non imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, ancorché la cosa non gli sia stata consegnata; tuttavia se la cosa è determinata solo nel genere, l'acquirente è liberato, a meno che l'alienante abbia fatto la consegna ovvero la cosa sia stata individuata.

L'impossibilità sopravvenuta della prestazione, che nel cod. civ. it. ha una specifica disciplina, qui viene assorbita dalla disciplina della forza maggiore.

### 3.5. L'eccessivo squilibrio originario.

Una riflessione più accurata deve essere svolta in ordine alle regole contenute sub art. 3.10 dei *Principi*, alla luce dell'ordina-



mento italiano.

Come si è accennato, l'art. 3.10 concede alla parte il diritto di chiedere l' "annullamento" del contratto; questa espressione richiede adattamenti per il giurista italiano; l'espressione può essere riferita sia alla categoria della "nullità" (e in tal caso la domanda della parte riguarderebbe una pronuncia di accertamento) ovvero alla categoria dell' "annullamento" (ed allora la domanda della parte riguarderebbe una pronuncia costitutiva); poiché questa ipotesi (i) è contemplata a seguire i rimedi riguardanti i vizi della volontà, e (ii) rimette la scelta alla parte, senza consentire un procedimento d'ufficio del giudice/arbitro, si può ragionevolmente pensare ad una ipotesi *sui generis* di "annullamento", piuttosto che non ad una ipotesi di nullità.

I presupposti del rimedio sono molteplici: (a) l'accertamento di un vantaggio eccessivo di cui fruisce una parte, a detrimento dell'altra, e (b) l'attribuzione ingiustificata di questo vantaggio; (c) il vantaggio eccessivo può derivare dall'intero contratto, ovvero da una sua singola clausola; (d) il vantaggio eccessivo deve comportare uno squilibrio del contratto, come si evince dalla rubrica dell'articolo in esame ("eccessivo squilibrio").

Il vantaggio eccessivo e ingiustificato può essere accertato tenendo conto di molteplici fattori. L'articolo in esame ne indica alcuni significativi, che possono costituire una guida per il giudice/arbitro; essi riguardano:

- (i) la *situazione* in cui versa la parte, di debolezza economica, di incompetenza ecc.;
- (ii) la natura del contratto;
- (iii) lo scopo del contratto.

L'analisi alla luce del diritto italiano deve essere articolata su due piani:

- (i) la *situazione oggettiva* in cui versa la parte al momento della

trattativa e della conclusione del contratto; in questo caso, il cod. civ. it. presenta una peculiarità rispetto ad altri codici continentali, perché ha dato ingresso ad un istituto denominato "rescissione" riguardante lo stato di pericolo e lo stato di bisogno (artt. 1447-1452); stato di pericolo e stato di bisogno riguardano normalmente la persona fisica, ma la giurisprudenza ammette l'applicabilità di queste disposizioni anche alle persone giuridiche, in quanto ciò sia compatibile con la loro natura; si richiede anche che le clausole siano inique, perché la legge intende evitare i contratti dannosi (Cass. n. 5482 del 1979); lo stato di bisogno può consistere anche in una semplice difficoltà economica o in carenza di liquidità (Cass. n. 4807 del 1988); deve essere reale e non putativo (Cass. n. 1847 del 1960); la lesione deve essere *ultra dimidium*; occorre altresì l'approfittamento della controparte, cioè la consapevolezza di trarre dallo stato di bisogno una "immoderata utilità economica" (Cass. n. 6630 del 1988); gli effetti della rescissione sono liberatori e restitutori; il contraente che ne ha tratto profitto può offrirsi di ridurre ad equità il contratto.

L'accertamento dello squilibrio non può concernere una singola clausola, ma deve riguardare l'intero contratto, in virtù del principio di unità del contratto.

La natura del contratto e lo scopo (causa) del contratto sono anche nell'accertamento del giudice/arbitro italiano riferimenti fondamentali: il primo, per capire il tipo e quindi lo schema di ripartizione dei rischi, dei vantaggi e degli svantaggi delle parti; la seconda, perché la rescissione comporta un vizio genetico della causa.

- (ii) Tutt'altro discorso si deve fare per la *situazione soggettiva* in cui versa la parte: se essa dipenda da una negligenza, da sua scelta, ecc. Ciò perché il diritto "non protegge gli imbecilli", come osservava, un po' crudamente ma realisticamente, uno dei maestri del diritto; e pertanto, mentre si può prendere in considerazione lo stato di dipendenza (che potrebbe essere accertato anche sotto for-

ma di abuso di posizione contrattuale forte), per contro le difficoltà economiche o le necessità immediate in tanto possono prendersi in considerazione in quanto ridondino in stato di necessità o in stato di bisogno, e in presenza dei presupposti sopra esposti.

L'imperizia, l'inesperienza, l'ignoranza, la mancanza di abilità a trattare sono tutte qualità negative che incidono sulla sfera di rischio di cui la parte deve farsi carico e che non può né trasferire su, né ripartire con l'altra; esse risultano pertanto irrilevanti (a meno che non si versi in caso di errore, violenza, dolo).

Anche il potere di adattamento del giudice/arbitro è innovativo, e non coincide con la disciplina del diritto italiano, che non contempla l'intervento del giudice per riequilibrare il contratto.

### 3.6. Aspetti di politica del diritto.

I diversi casi esaminati, in cui la parte "debole" viene presa direttamente in considerazione, o comunque tutelata dai *Principi*, rivelano una filosofia d'insieme coerente e apprezzabile: da un lato, la conservazione dell'affare e quindi del contratto, dall'altro la possibilità di riequilibrio data al giudice/arbitro.

#### 3.6.1. *Favor contractus*.

Sempre in tema di libertà contrattuale, si è osservato che i *Principi* espressi dall'Unidroit debbono essere intesi in modo elastico, sicché le parti possono anche escluderne la portata, modificandone il contenuto, o riducendone parzialmente l'applicazione<sup>20</sup>. Tuttavia, ai sensi dei *Principi*, vi sono regole che non possono essere derogate dalle parti: basti pensare al principio di buona fede e correttezza (*good faith and fair dealing*), di cui all'art. 1.7; alla disciplina della validità, alla determinazione del prezzo (art. 5.7.2),

<sup>20</sup> BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, Irvington, N.Y., 1994, p. 57

all'inadempimento (art. 7.4.13.2); così come non sono derogabili le regole imperative previste dalla legge statale, da convenzioni internazionali, ecc. (art. 1.4).

Oltre al principio di libertà contrattuale, i valori fondamentali su cui poggia l'impalcatura dei *Principi* dell'Unidroit contemplano pure la rilevanza degli usi, il *favor contractus*, la buona fede e la correttezza, la repressione della slealtà<sup>21</sup>.

Vi sono coincidenze con il diritto italiano anche a questo riguardo.

Ed infatti, gli usi si ritengono noti e accettati dalle parti anche se non espressamente richiamati in contratto, sia che si tratti di usi normativi, sia che si tratti di usi commerciali e in genere contrattuali; essi sono richiamati dalle disposizioni preliminari in materia di fonti (art. 1, 8, 9) e, per il contratto, dal cod. civ. it. in materia di integrazione (art. 1374) e in materia di interpretazione (art. 1368).

Quanto alla conservazione del contratto, il *favor* per l'operazione economica conclusa dalle parti emerge da numerose regole, sia in tema di formazione (art. 2.1, 2.11.2, 2.12, 2.14, 2.22), sia in tema di validità (art. 3.2, 3.3), sia in tema di *hardship* (art. 6.2.2, 6.2.3), sia in tema di inadempimento (art. 7.3.1, 7.1.4, 7.4.8).

Salva la disciplina dell'istituto dell'*hardship*, di cui si è detto, le altre regole richiamano un principio ben noto nel diritto italiano, che dedica alla conservazione una disposizione in materia di interpretazione (art. 1367 del cod. civ.), ma ne fa applicazione in numerose disposizioni, che, in modo implicito, ad esso si possono riferire: tanto per esemplificare, si pensi alla nullità parziale, alla convalida del negozio annullabile, alla conversione del negozio nullo, alla validità del contratto dissimulato, ecc.

<sup>21</sup> BONELL, *op. ult. cit.*, p. 61 ss

### 3.6.2. Buona fede

Il principio di buona fede (inteso in senso oggettivo, ovviamente) è universalmente accettato nei sistemi continentali, in cui sia la letteratura giuridica, sia la giurisprudenza, soprattutto negli ultimi decenni ne hanno esteso l'impiego a numerosissime fattispecie. Se ne dirà più diffusamente *infra*. La scelta dell'Unidroit è molto importante, perché la buona fede, codificata quale principio generale, viene a costituire un valore universale, e quindi è applicata anche in settori diversi da quelli ove, in *common law*, le si riconosce preminente rilevanza: si applica dunque anche al di fuori del settore della formazione del contratto<sup>22</sup>. I *Principi* dell'Unidroit richiamano la buona fede negli artt. 1.7, 2.4, 2.14, 2.16, 2.17, 2.18, 4.1, 4.2, 4.8, 5.2, 5.3, 5.8, 7.12, 7.17, 7.2.2, 7.4.8. Al medesimo principio si richiama, nelle regole di apertura, la Convenzione di Vienna dell'11.4.1980 (art. 7) sulla vendita di merci (ratificata e resa esecutiva con L. 1.12.1985 n. 765 ed entrata in vigore il 1.1.1988) che promuove l'osservanza della buona fede nel commercio internazionale<sup>23</sup>.

Particolarmente interessante è il complesso delle regole che si propongono di controllare e prevenire la mala fede dei contraenti<sup>24</sup>. È pur vero che i contratti del commercio internazionale sono di solito conclusi tra soggetti provvisti di competenza professionale e interessati a mantenere un corretto comportamento al fine di non essere emarginati dal mercato, ma è altrettanto vero che la funzione dei principi è anche di natura persuasiva, e quindi moralizzatoria delle contrattazioni.

Di qui non solo le regole sul dolo (3.8) e sulla violenza (3.9), ma anche le regole in materia di contratti per adesione e conclusi mediante moduli o formulari. La disciplina non poteva essere così

<sup>22</sup> BONELL, *op. ult. cit.*, p. 80

<sup>23</sup> BONELL, in *Nuove leggi civ. e comm.*, 1989, 26

<sup>24</sup> C.d. *policing against unfairness*: BONELL, *op. ult. cit.*, pp. 88, 90 ss

incisiva come in alcuni ordinamenti si è disposto, con riguardo ai contratti con i consumatori, in cui vi è, presuntivamente, una parte debole di fronte all'impresa. Linea seguita dal diritto comunitario con la direttiva del 5.4.1993. Ciò sia perché i *Principi* tendono a legittimare la prassi e a non incidere più di tanto sulla volontà negoziale, sia perché i contratti di cui si occupano sono conclusi tra parti tendenzialmente provviste del medesimo *status* professionale.

Però si prevede che le clausole già predisposte possano avere efficacia solo se espressamente richiamate (art. 2.19), non possano avere un effetto "sorprendente" (art. 2.20), non prevalgano sulle clausole aggiunte (art. 2.21), siano interpretate a favore della controparte (art. 4.6).

Il cod. civ. it. introduce una disciplina più restrittiva, sostanzialmente legittimando le condizioni generali di contratto sempre che siano, ove vessatorie, espressamente sottoscritte (art. 1341 c. 2); vi è identità quanto alla prevalenza delle clausole aggiunte (art. 1342) e all'interpretazione (art. 1370). Sulla sorpresa, si può dire che, pur usando altre espressioni, come quella di "conoscenza" o di "conoscibilità", la regola è simile (art. 1341).

Più interessante è il trattamento di singoli tipi di clausole, quali ad esempio, le clausole di esonero da responsabilità (art. 7.1.6), perché i *Principi* sono restrittivi, mentre il cod. civ. it. è lassista: l'art. 1229 infatti le legittima tutte, fino al limite della colpa grave e del dolo.

Sostanziale coincidenza si registra tra la regola che consente al giudice di ridurre la clausola penale eccessiva (art. 7.4.13) e il disposto dell'art. 1384 cod. civ. it.

### 3.7. I Principi e la concezione classica di contratto.

Se si considera la concezione tradizionale della disciplina del contratto, ci si avvede che i *Principi* perseguono un indirizzo da essa divergente.

I capisaldi della teoria tradizionale (o classica) del contratto — come sinteticamente ed efficacemente espressi da Kronman<sup>25</sup> — sono tre: (i) individuare gli accordi che sono vincolanti e quelli che non lo sono; (ii) precisare i diritti e i doveri che nascono dall'accordo; (iii) prevedere le conseguenze dell'inadempimento colpevole.

Non c'è posto, in questa concezione, per l'idea di giustizia contrattuale, né per un'etica degli affari: ciò che le parti hanno voluto risponde a ciò che la legge vuole per esse; se le parti hanno voluto così, ciò significa che esse intendevano così realizzare il proprio egoistico interesse; l'operazione sta in piedi perché rientra nella prassi mercantile, ed è suffragata dalle condizioni di mercato. In questo senso, parlare di contratto "iniquo" significa proiettare su una fattispecie economicamente e giuridicamente stabile valori e pretese che ad essa sono estranee.

Da tempo si sono aperte vistose brecce nella teoria tradizionale: (i) si è introdotta la distinzione tra contratto individuale e contratto standard; (ii) si è delineata una disciplina speciale per i contratti dei consumatori, considerati istituzionalmente la parte debole del contratto; (iii) si è delineata una disciplina che, in caso di interessi socialmente rilevanti, conferisce alla parte più debole garanzie e rimedi, come è accaduto per il contratto di lavoro, per il contratto di locazione di abitazioni e per i contratti agrari.

In *common law* la giurisprudenza ha creato alcune figure che tentano di offrire rimedio all'ingiustizia dello scambio: *undue influence*, *duress*, *misrepresentation*, *fraudulent misrepresentation*; nel *common law* statunitense, si è creata l'*unconscionability*.

Nell'esperienza francese, accanto ai rimedi già previsti dal *code civil*, tipici dell'area romano-francese-tedesca (quali i vizi della volontà) si è elaborata dapprima la teoria dell'abuso del diritto, poi la teoria dell'*imprévision*, e finalmente si è affrontato di petto il

<sup>25</sup> In *Contract Law and Distributive Justice*, 89 *Yale L.J.*, 472 (1980)

problema, discutendo l'applicabilità dei valori del giusto e dell'utile nella disciplina del contratto<sup>26</sup>.

In ogni caso, è capitale la distinzione tra disuguaglianza originaria dello scambio e disuguaglianza sopravvenuta. Per quest'ultima ipotesi, in tutti gli ordinamenti si è corsi ai ripari: in *common law* con la *doctrine of frustration*, in Francia, per l'appunto, con la teoria dell'*imprévision*, in Germania con la teoria della *Geschäftsgrundlage*, in Italia con la teoria della impossibilità sopravvenuta e della presupposizione.

L'analisi del problema del contratto originariamente iniquo si è spostata allora su di un altro piano: è il legislatore che si deve far carico del contratto iniquo, oppure può occuparsene anche il giudice?

Le risposte a questa difficile domanda sono state diverse, tra loro spesso incompatibili.

In *common law* si rintracciano risposte favorevoli e risposte sfavorevoli all'intervento del giudice. Lord Denning si è detto favorevole nel decidere il caso *Lloyd's Bank Ltd. v. Bundy*<sup>27</sup>. Ma la House of Lords ha criticato questa posizione<sup>28</sup>: e la diatriba è lunga dall'essere sopita<sup>29</sup>.

In Francia, la tesi di Ghestin che cerca di conciliare l'utile con il giusto ha ottenuto largo favore.

In Italia si distingue per tipi contrattuali, ma nell'ambito della teoria generale del contratto la risposta è nel senso che il giudice non può sindacare lo scambio ineguale, a meno che la sproporzione non ridondi in rescissione o in difetto di causa.

I *Principi* non si soffermano solo sul contratto standard tra operatori economici di pari *status*, ma si spingono anche a controllare

<sup>26</sup> GHESTIN, *La formation du contrat*, in *Traité de droit civil*, III ed., Parigi, 1993, p. 228 ss.

<sup>27</sup> 1975, Q.B. 326, C.A.

<sup>28</sup> v. ad es. *National Westminster Bank plc v. Morgan*, 1985, A.C. 686 H.L.

<sup>29</sup> WADDAMS, *The Law of Contracts*, Toronto, 1984, p. 326 ss.

la giustizia dello scambio, lo scambio ineguale; il controllo, ovviamente, riguarda solo l'ineguaglianza eccessiva, enorme, ingiustificabile. Si tratta tuttavia di un duplice attacco alla teoria classica: si considera non solo il funzionamento del meccanismo contrattuale dal suo interno, ma si considera anche la posizione soggettiva del contraente ignaro, insipiente, poco abile.

#### (i) Contratti standard.

Nel diritto italiano il codice civile non distingue tra contratti conclusi tra operatori economici di eguale *status* e contratti conclusi con le parti istituzionalmente deboli, quanto alle regole dei contratti standard: i contratti standard che contengono clausole vessatorie sono validi, ma le clausole vessatorie debbono essere specificamente sottoscritte (art. 1341 c. 2); le clausole standard oscure sono interpretate contro l'autore (*interpretatio contra proferentem*: art. 1370).

In altri termini, il potere normativo — cioè il potere di predisporre e imporre clausole che l'altra parte può solo accettare o rifiutare, in blocco — è espressione di un potere contrattuale maggiore del predisponente, rispetto al potere dell'altra parte. Non uso volutamente le qualificazioni di (parte) offerente e (parte) accettante, perché nella prassi può accadere che chi predispone il testo standard non sia perciò stesso il proponente: i contratti di assicurazione e i contratti bancari normalmente sono predisposti rispettivamente da assicurazioni e banche, ma il ruolo del proponente è conferito al cliente.

Anche i *Principi* muovono dal presupposto che la parte predisponente eserciti un potere che deve essere controllato, perché tale potere favorisce gli abusi. Anche nei contratti del commercio internazionale — sotto il profilo in esame — si è cominciato perciò a parlare di *fairness*, di giustizia contrattuale, di equità nello scambio

nella fase di predisposizione e di conclusione del contratto<sup>30</sup>.

#### (ii) Contratti individuali.

Il problema si pone, tuttavia, anche per i contratti negoziati a base individuale. Anche qui si è rilevato — e i *Principi* non fanno che darne conferma — un indirizzo volto a introdurre valori di *fairness* nella negoziazione, nella interpretazione e nella esecuzione del contratto. In fin dei conti, è tramontata la concezione di "*sanctity of contract*" che a lungo ha regnato in questo settore, in tutti gli ordinamenti.

Le tecniche per riportare il contratto su basi eque sono essenzialmente due:

(a) il criterio di ragionevolezza: sia nel caso di scambio ineguale nel momento originario, sia nel caso di scambio ineguale sopravvenuto, il giudice (non si può estendere il discorso al legislatore, che a livello internazionale non ha ragione d'essere) può intervenire per riportare il contenuto del contratto a valori ragionevoli;

(b) il criterio della rinegoziazione: si deve dare alle parti deboli la possibilità di negoziare nuovamente il contenuto del contratto, o di singole clausole, perché il contratto possa essere adeguato a valori ragionevoli (e quindi equi)<sup>31</sup>.

#### 3.8. Discrezionalità del giudice/arbitro.

Quali sono gli spazi di intervento che i *Principi* affidano al giudice/arbitro in caso di disparità contrattuale?

<sup>30</sup> L. J. MUSTILL, *The New Lex Mercatoria: The First Twentyfive Years*, in *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, 1987, p. 158; BOGGIANO, *International Standard Contracts. The Price of Fairness*, Dordrecht, Boston, Londra, 1991, p. 50 ss.

<sup>31</sup> V. NASSAR, *Sanctity of Contracts Revisited: A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions*, Dordrecht, Boston, Londra, 1995, p. 233 ss.

Le operazioni che l'interprete deve o può compiere sono molteplici.

(i) Innanzitutto, egli deve farsi un quadro dell'operazione economica a cui il contratto dà veste giuridica, perché deve ricostruire l'equilibrio del contratto, cioè il modello di riferimento per poter effettuare l'accertamento della eccessività dei vantaggi fruiti dalla parte forte. Da quali criteri può farsi assistere in questo lavoro?

Certamente non può inventare arbitrariamente un proprio personale, soggettivo, modello di contratto, né nel senso di modello di clausolazione né nel senso di modello di contenuto.

Dovrà seguire "natura" e "scopo" (o causa) di quel contratto concluso dalle parti che egli sta esaminando. Considerare cioè il tipo, la causa, ma anche la prassi commerciale relativa a quel genere di operazioni economiche.

(ii) Poi dovrà considerare la logica interna al contratto: quali sono le clausole che si bilanciano tra loro, con accollo o con esclusione di responsabilità, garanzie, ecc. Il controllo deve considerare il contratto come un tutto unitario.

(iii) Poi dovrà considerare le singole clausole, per individuare quella che arreca un vantaggio eccessivo ad una parte, ma non dà l'omologo vantaggio all'altra: si tratta, in sostanza, di individuare la clausola anomala, sempre sulla base della natura, del tipo, dello scopo, della prassi.

(iv) Infine, dovrà valutare se il vantaggio sia "eccessivo".

Come fare affari sfruttando le proprie competenze, le proprie informazioni, la propria capacità dialettica e dove inizi l'appropriamento che rende eccessivo un vantaggio è il *discrimen* più difficile da tracciare.

Gli spazi del giudice/arbitro sono assai lati: il testo dei *Principi* è formulato in modo generico con ricorso frequente a clausole generali e quindi non pone limiti angusti alle operazioni dell'interprete. E in ogni caso è descritto il principio delle *some by of contract*.

Assai più restrittivo è il commento ufficiale dell'art. 3.10.

Ed infatti qui:

(i) la disparità delle parti è ricondotta alla "disuguaglianza tra le obbligazioni";

(ii) l'eccessività dello svantaggio è considerata nella fase della conclusione del contratto, ma non successivamente;

(iii) in questa ultima ipotesi, si fa rinvio alla disciplina della clausola di *hardship* (art. 6.2), ma il rinvio è assai circoscritto, perché la clausola si applica solo per circostanze esterne sopravvenute;

(iv) al termine eccessivo si dà un significato molto ristretto: deve trattarsi di una sproporzione enorme, tale da sconcertare o turbare la coscienza di una persona ragionevole.

L'analisi dei casi decisi dalle corti arbitrali internazionali e l'orientamento dei giudici nazionali potranno sopperire alla necessaria incertezza creata dalle clausole generali, adattandole alle circostanze di specie.

#### 4. L'applicazione della direttiva sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio.

##### 4.1. Il processo di redazione del testo di recepimento della direttiva.

In Italia, il recepimento della direttiva sulle clausole abusive è avvenuto mediante l'art. 25 della legge 6 febbraio 1996, n. 52. Questo articolo contiene tutte le disposizioni con cui si è modificato il codice civile. Si tratta di un complesso di disposizioni incluse nella legge comunitaria per il 1994 e di là trasfuse nel codice<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Nel nostro Paese, le direttive comunitarie normalmente sono recepite con leggi speciali, di iniziativa parlamentare, o con decreti-legge predisposti dal Governo, o con leggi di delega al Governo per la redazione di leggi delegate (c.d. decreti



Rispetto alle tecniche di recepimento delle direttive che interessano i consumatori fino ad oggi attuate, l'iter del recepimento della direttiva 93/13 ha seguito la medesima via delle direttive sul credito al consumo, al cui recepimento si è provveduto con la legge comunitaria per il 1991, le cui disposizioni di recepimento sono state inserite nel t.u. bancario (d.lgs. 1 settembre 1993, n.385, artt. 121 ss.). Per le altre direttive, invece, si è fatto ricorso a decreti legislativi (ad esempio, in materia di pubblicità ingannevole si è provveduto con il d.lgs. 25 gennaio 1992, n.74; in materia di vendite fuori dei locali commerciali con il d.lgs. 15 gennaio 1992, n.50; in materia di viaggi organizzati con il d.lgs. 17 marzo 1995, n.111; in materia di multiproprietà con il d.lgs. 9 novembre 1998, n.427); questi testi sono stati predisposti sulla base di progetti preparati da Commissioni di esperti. Nessuna direttiva, ad eccezione di quella sulle clausole abusive, ha comportato la modificazione del

legislativi), oppure con disposizioni contenute nelle c.d. leggi comunitarie, approvate dal Parlamento secondo una tecnica che ha lo scopo di accelerare e semplificare l'adeguamento del diritto interno al diritto comunitario. La scelta tra le diverse tecniche è di competenza del Governo o del Parlamento e non obbedisce a criteri particolari, essendo influenti sia esigenze di tempo, sia esigenze di natura politica, sia esigenze di redazione accurata e complessa. Le leggi comunitarie loro volta possono esprimere diverse opzioni: o introdurre *tour court* disposizioni nell'ordinamento interno, oppure indicare i principi a cui si deve attenere il Governo nella predisposizione di una legge (delegata). Poiché le leggi comunitarie sono vasti e articolati "contenitori", ciascun Ministero fa pervenire al Ministero per le politiche comunitarie la proposta di regolamentazione delle materie che si intendono disciplinare con riguardo alle direttive che di anno in anno si eleglie di recepire. A sua volta, per la redazione delle proposte, ogni Ministero avvale dei propri funzionari e, per le materie più complesse, di esperti, quali professori universitari, magistrati, avvocati, etc.; un ruolo rilevante gioca, in ogni caso, il Ministero di grazia e giustizia, che opera la revisione, modificazione, integrazione dei progetti provenienti dagli altri Ministeri e che riguardano i rapporti civili mediante l'apposito ufficio legislativo.

codice civile<sup>33</sup>.

#### 4.2. La situazione italiana.

Al suo apparire, la direttiva 93/13/Cee ha rinnovato l'enorme interesse che la dottrina aveva manifestato per i temi ad essa collegati, quali la disciplina dei contratti per adesione, la disciplina delle clausole di esonero o di limitazione della responsabilità, la tutela del consumatore. La tormentata fase di gestazione della direttiva era stata seguita passo passo<sup>34</sup>, ma ben prima della progettazione comunitaria si era discusso nel nostro Paese sulla necessità di modificare il testo del codice civile, ovvero di estendere l'interpretazione delle disposizioni in esso contenute (artt.1341, 1342, 1370, ed ancora, art. 1229 ed altri), al fine di proteggere la "parte debole" del contratto di adesione, utilizzando le clausole generali di buona fede, di ordine pubblico, o la stessa causa del contratto<sup>35</sup>. Ma la rispondenza dei giudici a queste aperture non è stata immediata e neppure corale. Ulteriori proposte si sono orientate a considerare il testo del codice civile come (direbbe Umberto Eco) un'"opera aperta", tale da consentire un "uso alternativo del diritto", ma si sono esaurite in una breve stagione.

Sicché — anche per seguire, e, in un certo senso per anticipare l'intervento della Comunità — si pensò di procedere con una riforma più efficiente, che non si limitasse cioè a proporre modelli esegetici più avanzati, ma incidesse direttamente il tessuto delle disposizioni, affiancando agli artt.1341 e 1342 ulteriori disposizioni

<sup>33</sup> I più rilevanti provvedimenti dell'Unione europea e di diritto interno concernenti gli interessi dei consumatori sono raccolti nel *Codice del consumo e del risparmio*, a cura di Alpa, Milano, 1999.

<sup>34</sup> Ad es. v. ALPA, *Programmi e progetti del Consiglio d'Europa e della Comunità economica europea sulla disciplina dei contratti standard*, in *Foro it.*, 1977, V, 73 (e *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1978); GHIDINI, *I diritti dei consumatori*, Bologna, 1978.

<sup>35</sup> V. per tutti ROPPO, *Contratti standard*, Milano, 1975.

espressamente dedicate alla protezione del consumatore contraente. Di qui la redazione di progetti di legge da parte di alcuni studiosi della materia, che non ebbero però miglior fortuna<sup>36</sup>.

La prima iniziativa di natura pubblica diretta a predisporre un progetto di disciplina di recepimento è stata assunta pochi mesi dopo l'approvazione della direttiva<sup>37</sup>. Per esigenze di tempo, un nuovo testo fu presentato in Parlamento nell'ambito della discussione della legge comunitaria per il 1994, e subì molte modificazioni nel corso della procedura di approvazione dei due rami del Parlamento, insieme con le altre disposizioni concernenti molte altre materie<sup>38</sup>.

Le scelte del Parlamento sono state molteplici.

Innanzitutto la collocazione della normativa.

A differenza di quanto è capitato per le scelte effettuate negli altri Paesi dell'Unione, in cui si è proceduto con leggi speciali o con fonti di grado inferiore, come le "regulations", in Italia si è scelta la fonte più prestigiosa (dopo la Costituzione), cioè il codice civile, con un apposito capo (XIV-bis) intitolato *Dei Contratti del consumatore*, con cui si conclude la disciplina del contratto in generale. Al di là del riconoscimento sul piano delle fonti, dal nostro punto di vista, si è trattato di un segnale "forte", ad indicare che le

<sup>36</sup> V. la proposta di M. Bianca e la sua discussione, a cui si aggiunsero le ricerche di diritto italiano e di diritto comparato, nei contributi raccolti da BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, t. I e II, Milano, 1979.

<sup>37</sup> L'allora Ministro per gli affari sociali, Fernanda Contri, aveva costituito una commissione, da me coordinata. Il progetto fu presentato al Presidente del consiglio all'epoca Carlo Azeglio Ciampi, ma non ebbe seguito, perché, per l'avvicendamento dei governi, di lì a poco il governo Ciampi esaurì il suo mandato.

<sup>38</sup> Le nuove proposte e l'iter parlamentare sono descritti e commentati nel volume curato da BIANCA e ALPA, *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Padova, 1996. Alla formazione del testo hanno contribuito molti parlamentari, ed in particolare il senatore Pietro Perlingieri, che lo ha seguito esprimendo anche molte critiche sul risultato finale; vi hanno contribuito le associazioni dei consumatori, le associazioni dei professionisti, e le Camere di commercio.

regole introdotte dall'Unione in questa materia hanno una duplice valenza. Da un lato, si è dato ingresso alla categoria dei "consumatori", ignorata dal codice; dall'altro, queste regole si sono qualificate automaticamente come regole aventi carattere generale, incidenti quindi sulla disciplina del contratto, anche se riservate ai contratti conclusi dai consumatori.

È stata una scelta ambiziosa, non scevra di difficoltà. Il lessico del codice (elegante perché rivisto dai puristi della lingua italiana) ha ormai una cadenza sontuosa, mentre già la direttiva e poi il testo di recepimento denunciano sia il lessico funzionale, ma meno curato, che è proprio degli uffici di Bruxelles, sia il procedere a-sistematico della esposizione. Inoltre, l'innesto nel tessuto del codice avrebbe dovuto comportare la previsione di qualche disposizione di coordinamento con la disciplina preesistente, attesa la cura sistematica con cui il codice è stato redatto. In più, la versione in lingua italiana della direttiva presenta qualche imprecisione tecnica, a cui avrebbe dovuto provvedere il legislatore con la disciplina di recepimento, senza tradirne lo spirito ma adeguandolo alla terminologia e all'apparato concettuale proprio della nostra cultura giuridica. Purtroppo, come si dirà, tutte queste cautele non sono state assunte, e l'innesto non è avvenuto nel modo migliore.

Fin dal suo apparire, la nuova disciplina ha costituito oggetto di una impressionante letteratura; per contro si è registrata una modesta giurisprudenza, e si è constatato un marginale (se non insignificante) adeguamento spontaneo dei moduli in uso da parte dei professionisti. Inoltre, in più punti la Commissione ha ritenuto la nuova disciplina non perfettamente conforme alla direttiva<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> La letteratura in materia è "oceanica", al punto che le banche di dati bibliografici presentano più di cinquanta pagine di riferimenti, che non è possibile, in questa sede, riportare compiutamente. Quanto alle monografie, si segnalano in particolare: BARENGHI, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996; *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di Cesaro, vol. I, Padova, 1996; RUFFOLO, *Clausole "vessatorie" e "abusive"*,



#### 4.3. Raffronto sintetico del testo della direttiva e del testo di recepimento (artt. 1469 bis-sexies c.c.).

Le corrispondenze e le modificazioni o integrazioni si possono sinteticamente ricostruire.

L'art.1 c.1 della direttiva specifica il suo ambito di applicazione. Esso è riprodotto dall'art. 1469 bis comma 1.

Tuttavia, mentre il testo della direttiva non indica le prestazioni oggetto del contratto, semplicemente riferendosi alla categoria dei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore, categoria che corrisponde alla intitolazione del capo del codice civile novellato, l'art. 1469 bis comma 1 esplicita l'oggetto del contratto, facendo riferimento alla "cessione di beni" e alla "prestazione di servizi". Questa precisazione, secondo i commentatori, non ha la funzione di restringere l'ambito di applicazione della disciplina. Salvi casi di eccezione, tutti coloro che si sono

Milano, 1997; AA.VV. *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, ne *Le nuove leggi civili comm.*, 1997, p. 752 ss.; OMAGNOLI, *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Padova, 1997; ALPA, *I contratti dei consumatori*, Roma, 1997 e *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 1999.

Il commento più diffuso è stato redatto da un gruppo di ricercatori coordinato da ALPA e PATTI, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*. *Commentario agli articoli 1469 bis-1469 sexies del Codice civile*, t. I e II, Milano, 1997.

Tra le voci enciclopediche v. ROPPO e NAPOLITANO, *Clausole abusive*, *Enc. giur.*, VI, Roma, 1997.

L'analisi delle esperienze straniere, sia anteriori alla direttiva, sia posteriori, è stata altrettanto diffusa: v. ad esempio i contributi raccolti in BIANCA e ALPA, *Le clausole abusive*, cit.; e in ALPA e PATTI, *Le clausole vessatorie*, cit., II; KLESTA DOSI, *Il controllo delle clausole abusive: la direttiva 93/13 alla luce della giurisprudenza tedesca, francese, inglese*, ne *La nuova giur. civ. mm.*, 1994, II, 426 ss.; SOMMA, *Tecniche di tutela del contraente debole nella disciplina della contrattazione standard: riflessioni sull'esperienza tedesca*, in *rsio di stampa*; SCARPELLO, *Contratti dei consumatori ed interpretazione del diritto privato comunitario: il caso della tutela inibitoria di clausole vessatorie produttive di regolamenti negoziali*, in *Giur.it.*, 1998, I, 1609.

impegnati a comprendere, esplicitare, criticare il testo danno per scontato che l'applicazione della nuova disciplina riguarda nella loro universalità i contratti in cui il consumatore sia parte, ed abbia come controparte il professionista.

L'art.1 c.2 dir., concernente le clausole riproduttive di disposizioni, è ripreso, quasi letteralmente, dall'art. 1469 *ter* comma 3.

L'art.2 lett. a) dir. riguarda la terminologia delle clausole. Uniformando la dizione alla interpretazione data agli artt. 1341 e 1342 c.c. sulle condizioni generali di contratto, l'art. 1469 *bis* ha sostituito l'aggettivo "abusivo" con l'aggettivo "vessatorio", perché nel nostro ordinamento non è stato codificato l'abuso del diritto, anche se varie disposizioni esprimono questo principio generale.

L'art.2 lett. b) dir. definisce il consumatore come "persona fisica".

Il legislatore italiano ha ripetuto la medesima formula, restringendo perciò l'ambito di applicazione della disciplina di recepimento ai soli contratti in cui la controparte del professionista è il consumatore individuale che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale. Questa restrizione, pur conforme alla direttiva, è stata oggetto di ampia discussione, sia perché già nei progetti di recepimento si era proposto di estendere la tutela ai soggetti collettivi che non svolgano attività di lucro, sia perché anche il professionista che agisce per scopi estranei alla sua professione deve essere considerato consumatore, sia perché il piccolo imprenditore (compreso l'artigiano) è meritevole di tutela, sia perché lo stesso consumatore può acquistare un bene o un servizio per scopi "misti". Per la verità, anche le altre direttive sono state recepite tenendo conto solo del consumatore quale persona fisica, e alla persona fisica si riferisce la legge generale sui diritti dei consumatori, di cui si dirà. Gli interpreti guardano con interesse alle altre esperienze, nelle quali, senza ampliare la definizione a livello nor-

ativo, si sono già registrate pronunce che estendono la nozione di consumatore al di là della persona fisica, alle aggregazioni di persone che non hanno finalità di lucro, o ai professionisti (non persone fisiche) che agiscano con altri professionisti al di fuori dell'attività economica professionalmente esercitata. Le esperienze degli altri paesi membri sono quindi oggetto di attenta osservazione<sup>40</sup>.

Il problema potrà essere risolto dalla giurisprudenza. È significativo il fatto, però, che la questione della restrizione alla sola persona fisica sia stata oggetto di una ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale. Il giudice *a quo*<sup>41</sup> — tra gli altri profili — ha ravvisato anche la violazione del principio di eguaglianza previsto alla Costituzione (art.3 comma 1) oltre ai principi che tutelano il lavoro (artt. 35 e 41 cost.).

Il caso (*Lido s.n.c. contro Enel*) riguardava l'opposizione al decreto ingiuntivo con cui l'ente erogatore dell'energia elettrica

Per l'esperienza francese, nella letteratura definita "oceanica", v. in particolare: Civ. I, 6.1.1993, in *Bull.civ.*, I, n.4, e in *D.* 1993, *Somm.*, 237 *obs.* Paisant; *Rev.trim.dr.com.* 1993, 706 *obs.* Bouloc; *Code de la consommation*, comm. ar Pizzio, Parigi, 1995, p.57 ss.

Per l'esperienza belga, BOURGOIGNIE, *Rapport de la Commission d'étude pour la réforme du droit de la consommation*, Bruxelles, 1995, p.21 ss. e i contributi del Centre de droit de la consommation di Louvain-la-Neuve.

Per entrambe le esperienze si segnalano i "papers" predisposti dal gruppo di ricerca sul "droit des obligations" coordinati da Jaques Ghestin e Marcel Fontaine.

Per l'esperienza inglese v. i casi riportati da OUGHTON e LOWRY, *Consumer Law*, Londra, 1997, p.2 ss. e i centri di ricerca di Grint Howells (Sheffield) e di Steven Weatherill (Oxford).

Per l'esperienza tedesca v. WEIL e PUIS, *Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives*, in *Rev.int.dr.comp.*, 1994, p. 127 ss. e i contributi dei centri di ricerca di Norbert Reich (Brema) e di Hans Micklitz (Bamberg).

In generale v. MICKLITZ e WEATHERILL, *European Economic Law*, Dartmouth, 1997, p.343 ss.

<sup>41</sup> Giudice di pace di L'Aquila, 4 novembre 1997 (ined.).

aveva richiesto il pagamento di una somma dovuta per fatture insolite per forniture di energia elettrica erogate ad una piccola società personale. Il procedimento era stato radicato dinanzi al giudice di pace di L'Aquila, sede dell'attore, in conformità alla clausola sul foro competente contenuta nel contratto di erogazione del servizio predisposto dall'Enel.

A sostegno dell'opposizione la società aveva sollevato l'eccezione di incompetenza, sostenendo di essere qualificabile come "consumatore" ed invocando l'applicazione dell'art. 1469 *bis*, che prevede la presunta vessatorietà delle clausole di deroga della competenza dell'autorità giudiziaria. Il giudice di pace adito ha rilevato una ingiustificata differenziazione nel trattamento del consumatore (persona fisica) rispetto alla persona giuridica o alla persona fisica che agisca per scopi imprenditoriali o professionali, in quanto "la tutela dalle clausole vessatorie riguarda in eguale misura anche il mercato dei beni destinati alla produzione" e quindi protegge il lavoro in tutte le sue forme, ed ha quindi rimesso la questione alla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale non si è ancora espressa in proposito, ma appare difficile che la questione sia accolta. Nel breve testo dell'ordinanza — si noti — non si solleva la questione della definizione di consumatore in senso proprio, ma si sostiene la necessaria tutela delle persone giuridiche e dei professionisti che, operando (non al di fuori, ma) nel corso della loro attività professionale sottoscrivano contratti predisposti da chi offre beni e servizi. L'attenzione del giudice si è incentrata sulla disparità di potere contrattuale, e non sulla posizione di chi acquista beni e servizi *al di fuori* della sua attività professionale, al di fuori dunque di ogni scopo di lucro, e senza inserire il bene o il servizio nel proprio ciclo produttivo.

Inoltre, la restrizione è frutto di una scelta legislativa conforme al testo della direttiva, e del tutto ragionevole. Lo spirito della direttiva, e delle politiche comunitarie che la sorreggono, è

ritto rivolto a tutelare chi si trovi in una situazione di inferiorità non tanto perché costretto ad accettare clausole predisposte, ma perché (agendo come consumatore) non ha la competenza tecnica e specifica per poter comprendere e negoziare le condizioni dell'operazione economica che vuol concludere.

La declaratoria di contrarietà alla Costituzione aprirebbe poi un delicato problema di rapporti tra il diritto comunitario e il diritto interno, perché la Corte costituzionale sarebbe costretta ad escludere che il diritto comunitario, nei settori in cui la sovranità legislativa è stata rinunciata a favore della Comunità, enterebbe in collisione con le norme fondamentali del nostro ordinamento.

L'art.3 commi 1 e 2 dir. riguardano le clausole oggetto di negoziato individuale. Pur articolato, il testo della direttiva non è eciso. Il testo di recepimento (art.1469 *ter*, comma 3 ult. parte) è piuttosto laconico, in quanto si riduce ad enunciare che "non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale". Per quanto riguarda i contratti per adesione, la formula della direttiva corrisponde grosso modo al comma 4 dell'art.1469 *ter*. L'incertezza del testo della direttiva è data dalla specificazione della presunzione di non negoziazione ("in particolare....") e dalla qualificazione della negoziazione individuale"). Ci si può chiedere se il controllo della vessatorietà debba riguardare contratti predisposti dal professionista (o utilizzati dal professionista ma predisposti da terzi) che non siano sottoposti a una generalità di consumatori, ma siano stati conclusi per una singola operazione. Ed ancora, ci si può chiedere se clausole contenute in moduli o formulari e che siano state negoziate dalle associazioni dei consumatori con un singolo professionista, o associazioni di professionisti, in quanto negoziate su base non individuale, sottraggano al controllo di vessatorietà. Anche l'espressione "trattativa" non è univoca: che dire di clausole che sono poste in trattativa tra loro, siano sottoposte al consumatore, e questi abbia scelto la clausola che preferisce?

L'onere della prova della negoziazione individuale di cui all'art. 3 comma 2 ultima parte dir. corrisponde all'art.1469 *ter* comma 4.

Quanto ai criteri di individuazione del carattere di vessatorietà di una clausola, il testo della direttiva è ambiguo. L'art.3 comma 1 pone molteplici problemi interpretativi (al di là della sua imperfetta traduzione in lingua italiana):

(i) se la buona fede debba essere intesa in senso soggettivo o piuttosto in senso oggettivo (come ritengo);

(ii) se la contrarietà alla buona fede sia criterio additivo, rispetto allo squilibrio, oppure sia rafforzativo, oppure ancora sia enfatico, essendo implicito allo squilibrio l'essere la clausola contraria a correttezza;

(iii) se lo squilibrio "significativo" (espressione ripresa letteralmente dal testo italiano della direttiva) debba considerarsi come sinonimo di "grave" o di "eccessivo" o di "rilevante" o di "non irrilevante".

È chiaro che si è in presenza di una doppia clausola generale (buona fede + significativo squilibrio) che consente al giudice di formarsi una valutazione tenendo conto anche di altri fattori, relativi all'oggetto, alle circostanze, alle altre previsioni contrattuali: in questo senso l'art.4 comma 1 dir. corrisponde all'art.1469 *ter* comma 1.

A questi criteri si aggiunge quello relativo alla chiarezza e comprensibilità della clausola, di cui si dirà oltre.

L'art.3 comma 3 dir. rinvia all'elenco "indicativo e non esauriente" di clausole che possono essere dichiarate abusive, posto in allegato alla direttiva. Anche sotto questo profilo il testo della direttiva è ambiguo, perché non specifica se le clausole incluse nell'allegato a titolo "indicativo e non esauriente" debbano considerarsi solo come "propositivamente" vessatorie — libero poi il legislatore nazionale di decidere con libertà — oppure se l'indicazione significhi che "comunque" le clausole menzionate sono da pre-

sumersi vessatorie e l'elenco possa essere ampliato. Il testo non specifica se l'elenco possa essere ridotto.

Il modello italiano appare originale, da questo punto di vista, e più garantista degli interessi dei consumatori di quanto non lo sia la direttiva. La disciplina prevede infatti la scomposizione delle clausole in diversi elenchi, e diversi effetti giuridici derivanti dalla inclusione di una clausola in questi elenchi:

(i) vi sono clausole che sono considerate non presuntivamente, ma *tout court* vessatorie. La loro qualifica non viene meno anche se siano state oggetto di trattativa. Si tratta (dispone l'art. 1469 *quinquies*) delle clausole che escludono o limitano la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista (all.c.1 lett. a) dir.); delle clausole che escludono o limitano l'azione del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista (all. c.1 lett. b) dir.); delle clausole che prevedono l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto (all.c.1 lett. i) dir.);

(ii) vi sono clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria. I quattordici gruppi di clausole residue (rispetto alle precedenti) menzionate nell'allegato della dir. sono articolate e integrate nel codice in un elenco di venti gruppi (art. 1469 *bis* comma 3). Tuttavia si deve notare nel testo italiano una ripetizione, cioè una curiosa corrispondenza delle clausole di cui sopra sub (i) (art. 1469 *quinquies*) alle clausole sub nn. 1, 2, 10 dell'art. 1469 *bis* comma 3. Si tratta di un difetto testuale che deve essere corretto in sede interpretativa, ma potrebbe essere corretto dallo stesso legislatore, se, a seguito delle richieste della Commissione, questo testo dovesse comunque essere modificato;

(iii) vi sono poi le clausole che riguardano particolari tipi contrattuali, per cui la direttiva pone eccezioni e regimi speciali, in ciò

seguita pedissequamente dal legislatore italiano (art. 1469 *bis*, commi 4,5,6,7).

Non è il caso, in questa sede, di esaminare analiticamente le singole clausole che si qualificano vessatorie di per sé o che possono essere qualificate come tali. Val la pena, però, di richiamare l'attenzione sulla lett. q) dell'allegato, espresso con una formula poco comprensibile in italiano (ma credo che sia tale anche nelle altre lingue in cui è stata tradotta la direttiva).

La lett. q) recita: "sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche ...". Il testo di recepimento sdoppia questa enunciazione in due gruppi di clausole: le clausole che hanno per oggetto o per effetto di "sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria..." (art. 1469 *bis* n.18) e "stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore".

Gli scopi della Comunità, condivisi dal legislatore italiano, sono orientati ad evitare che al consumatore sia inibito di rivolgersi al giudice ordinario e gli sia imposto di convenire il professionista nella sua sede, che può essere diversa e lontana da quella dell'attore<sup>42</sup>.

Il secondo obiettivo è però facilmente eludibile dal professionista, se, anziché prevedere in contratto una clausola di deroga alla competenza territoriale, non prevede nulla, perché, ai fini della instaurazione del giudizio, si possano seguire le regole generali dettate dal codice di procedura civile per le azioni relative ai rapporti obbligatori.

Il primo obiettivo non può contrastare l'obiettivo opposto

<sup>42</sup> Sull'argomento v. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, cit., p. 420 ss.

ne la Comunità persegue, cioè promuovere il ricorso alla *alternative dispute resolutions* (ADR), come enunciato nel Libro verde in materia, e, da ultimo, nella Risoluzione del 30 marzo 1998.

Per poter dare un senso plausibile alla lett. q) e al n.18 del testo italiano, occorre dunque puntare l'attenzione sul termine "esclusivamente" della lett. q): in altri termini, il consumatore deve avere la scelta tra adire il giudice ordinario oppure rivolgersi alla istituzione (pubblica o privata) che cura la conciliazione, la mediazione, l'arbitrato.

Il testo italiano però è drastico, perché, inteso letteralmente, escluderebbe la ammissibilità di clausole di deroga alla giurisdizione e quindi impedirebbe il ricorso alle ADR, quasi che solo il giudice ordinario potesse garantire al consumatore imparzialità, indipendenza, professionalità etc. Di qui il dilemma degli interpreti: segnare una interpretazione restrittiva al n.18, in modo da agevolare le ADR, oppure lasciare le cose come appaiono, e quindi porsi in contrasto con le iniziative dell'Unione, oppure ancora promuovere la validità di clausole che rimettono le controversie a istituzioni che trattano ADR solo se al consumatore si assicura la libertà di scelta?

Dell'art.4 comma 1 dir. si è detto. Il c.2 è riprodotto dall'art.1469 *ter* comma 2, che estende la tutela del consumatore, in quanto la direttiva si riferisce all'oggetto "principale" del contratto mentre il codice civile si riferisce all'oggetto *tout court*.

L'ultima parte dell'art.4 comma 2 e la prima parte dell'art.5 impongono al professionista di usare clausole "chiare e comprensibili", pena la declaratoria di vessatorietà. Anche queste motivazioni, relative alla chiarezza e comprensibilità, possono considerarsi formule generali, perché implicano un margine di discrezionalità piuttosto ampio da parte dell'interprete. Né la direttiva né il testo di recepimento fanno allusione al modello di riferimento sulla base del quale valutare se una clausola risponda ai re-

quisiti richiesti, sicché gli interpreti si sono interrogati a lungo sul significato di queste espressioni, che sono estranee al testo del codice civile anteriore alla novellazione.

Ecco qualche interrogativo suscitato dalla direttiva e dal testo di recepimento: nel valutare la chiarezza e la comprensibilità, si deve assumere come modello il consumatore medio (nel caso del diritto italiano, il buon padre di famiglia) oppure il consumatore "ragionevole"? Si deve tener conto della diligenza media con cui il consumatore deve leggere e capire le clausole? Si deve tener conto del consumatore in concreto, e cioè delle particolari circostanze in cui il contratto è stato concluso? Come valutare le clausole che sono scritte in conformità alla prassi negoziale, ad esempio nei contratti di assicurazione e nei contratti bancari, in cui si rincorrono termini tecnici, precisi nel loro significato ma ostici per l'ignaro consumatore? La chiarezza e la comprensibilità possono essere integrate sulla base delle informazioni offerte verbalmente o per iscritto dal professionista? Ed ancora, i requisiti di chiarezza e comprensibilità sono cumulativi o disgiuntivi, cioè le clausole devono essere chiare *e*, oppure (*o*), comprensibili?

Le ambiguità della formulazione della direttiva — che purtroppo si riflettono sulla incertezza del testo di recepimento, letteralmente simile alla direttiva in questi punti — non finiscono qui.

La direttiva non precisa poi con esattezza quali siano le conseguenze della qualificazione della clausola come "oscura" o come "incomprensibile". L'art.5 dir. lascerebbe intendere che le clausole oscure o incomprensibili siano da interpretarsi nel dubbio a favore del consumatore; sembrerebbe cioè lasciar intendere che il problema possa essere risolto nel dare un senso alla clausola che sia più favorevole al consumatore. In tal modo, una clausola oscura o incomprensibile produrrebbe comunque effetti, anche se solo quelli più favorevoli al consumatore; non si potrebbe quindi pervenire alla declaratoria di vessatorietà e quindi di inefficacia per il solo fatto della sua oscurità e incomprensibilità. Per contro, l'art.4

omma 2 ultima parte lascia intendere il contrario, e cioè che le clausole riguardanti l'oggetto, il prezzo, la remunerazione, la controprestazione ricevuta dal consumatore, possono essere assoggettate, dichiarate vessatorie quando siano oscure o incomprensibili, e quindi non produrre effetti. Per ragioni sistematiche si dovrebbe ritenere che la direttiva abbia introdotto un duplice regime di controllo della chiarezza e della comprensibilità, a seconda che le clausole interessate riguardino l'oggetto, il prezzo, etc., oppure altri aspetti del contratto.

I medesimi problemi interpretativi sono posti dalle disposizioni del testo italiano di recepimento, che non ha sciolto i dubbi emergenti dalla direttiva (rispettivamente, art. 1469 *ter* comma 2 e art. 1469 *quater*).

L'art.5 dir. nella sua ultima parte prevede inoltre che la regola dell'interpretazione *contra proferentem* non sia applicabile nell'ambito delle procedure previste dall'art.7, paragrafo 2 (con riguardo alle procedure inibitorie). Sia in sede di interpretazione, sia in sede di inibitoria, il testo italiano ha omissso questa precisazione. I commentatori e alcune ordinanze hanno superato la lacuna, considerandola una svista del legislatore, e quindi hanno applicato la disposizione in *bonam partem* (ovviamente, a favore del consumatore).

Di qui i rilievi della Commissione, di cui si dirà.

L'art.6 dir. riguarda le conseguenze della declaratoria di vessatorietà di una clausola. Il legislatore italiano poteva effettuare diverse scelte: o considerare la clausola vessatoria come invalida (nulla o annullabile) oppure come inefficace. Tutte le alternative erano state considerate nei progetti; il codice civile novellato, all'art.1469 *quinquies*, ha optato per l'inefficacia parziale e relativa. Parziale, perché il contratto rimane efficace "per il resto" (come recita la direttiva), relativa perché solo il consumatore può farla valere.

La soluzione è più favorevole al consumatore, in quanto la

nullità della clausola potrebbe portare ad una lacuna del contratto e alla sua integrazione ex art.1374 cod. civ.

Il testo di recepimento aggiunge una previsione a favore del consumatore, in quanto dispone che l'inefficacia possa essere rilevata dal giudice *ex officio* (art.1469 *quinquies*, comma 3).

Anche a proposito della efficacia del "resto", però, i problemi non mancano. La direttiva precisa che il contratto rimane vincolante per il resto "sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive". Analoga previsione non è stata riprodotta nel testo italiano. Forse, la precisazione è superflua, in quanto va da sé che un contratto in cui siano inefficaci la gran parte delle clausole non può produrre effetti e quindi anche il "resto" diviene inutile. Ma che dire delle clausole inefficaci (in quanto oscure o incomprensibili) aventi ad oggetto il prezzo o la controprestazione? Può provvedervi il giudice? E se il giudice non può riferirsi a indici oggettivi come i prezzi, le prassi, etc. che fare?

Finalmente, l'art.7 dir. concernente l'azione inibitoria è stato trasposto dall'art.1469 *sexies*. La disposizione è chiara nel testo della direttiva, ma sembra incompleta. La direttiva, infatti, non dice se sia possibile prevenire l'elusione degli effetti della inibitoria. In altri termini, la declaratoria di inefficacia colpisce la singola clausola (riprodotta sugli esemplari diffusi dal professionista), ma il professionista può sostituirla con una altra clausola di identico tenore, anche se formulata letteralmente in modo un po' diverso da quella colpita, e proseguire così con la conclusione di contratti svantaggiosi per il consumatore. Inoltre, non si comprende se l'azione inibitoria sia consentita solo alle associazioni o anche ai singoli consumatori. È vero che il comma 2 estende la legittimazione attiva a "persone" che abbiano un interesse legittimo a tutelare gli interessi dei consumatori e quindi, per interpretazione sistematica e logica, se la legittimazione è consentita a persone terze dovrebbe essere consentita anche al singolo consumatore.

Il testo dell'art.1469 *sexies* si presta ad altre osservazioni.



Per un verso è apprezzabile (nell'ottica della protezione del consumatore), perché estende la legittimazione ad agire alle Camere di commercio, le quali nel nostro ordinamento già avevano la funzione di controllare le condizioni generali di contratto al fine di tutelare i consumatori (art. 2 l. n. 580 del 1993). Per altro verso lascia incerta la possibilità di agire da parte del singolo consumatore, perché nulla dice al riguardo; ed in più ricollega la procedura inhibitoria agli artt. 669 *bis* ss. c.p.c., che fissa requisiti precisi in ordine alla ammissibilità dell'inibitoria. Sul punto è stato fatto un altro rilievo dalla Commissione, che ha ritenuto la disciplina di recepimento non conforme alla direttiva. Se ne tratterà in seguito.

Ulteriore aspetto positivo è dato dall'ultimo comma dell'art. 1469 *sexies*, che consente al giudice di ordinare che il provvedimento di accoglimento sia pubblicato in uno o più giornali, di cui uno almeno a diffusione nazionale. La previsione ha una molteplice valenza: serve ad informare il pubblico dei consumatori che la clausola utilizzata è stata (provvisoriamente) dichiarata vessatoria; segnala la clausola ad altri giudici, che stiano esaminando o possano essere richiesti di esaminare in futuro analoga questione; segnala ai professionisti che utilizzino clausole simili il pericolo che esse siano dichiarate inefficaci; soprattutto, ha effetti di pubblicità negativa sul professionista che ha utilizzato clausole vessatorie.

Si deve aggiungere che l'azione inhibitoria è trattata anche nella recente legge generale sui diritti dei consumatori e sul ruolo delle loro associazioni (art. 3 l. 30 luglio 1998, n. 281) e che la direttiva comunitaria sull'azione inhibitoria in generale non è ancora stata recepita.

#### 4.4. Le reazioni al testo di recepimento.

Il testo di recepimento non ha soddisfatto pienamente la comunità dei giuristi e le associazioni dei consumatori, ed ha sollevato critiche da parte della stessa Commissione Cee.

La discussione in Parlamento si è rivelata un vero e proprio boomerang. All'apprezzabile intento di far partecipi i rappresentanti dell'intera Nazione alla predisposizione di un testo che avrebbe modificato il codice civile e avrebbe interessato tutti i cittadini ha fatto da contrappeso un risultato che sarebbe certamente stato migliore dal punto di vista della formulazione tecnica e della coerenza, se fosse stato predisposto da una commissione di esperti e vagliato dal Governo. L'avvicinarsi di emendamenti e di correzioni ha prodotto un testo talvolta ambiguo, e non completamente soddisfacente dal punto di vista delle scelte opzionali a favore del consumatore. In più — lo si metterà in evidenza nella conclusione dell'analisi — si è perduta l'occasione di coordinare questo testo con le regole già presenti nel codice civile (in particolare, gli artt. 1341, 1342, 1370), con le disposizioni relative alle discipline di recepimento delle altre direttive, con la disciplina dei contratti bancari e assicurativi, etc.

Il controllo giudiziale delle clausole — la tecnica più diffusa negli ordinamenti dei Paesi dell'Unione — ha onerato le associazioni di rilevanti, gravosi compiti. Allo stato — si riprenderà il discorso nella chiusa — sembra questo il solo metodo praticabile concretamente per emendare i contratti dalle clausole vessatorie. I tentativi promossi per negoziare le clausole predisposte con le associazioni dei professionisti o con singole grandi imprese non sono andati a buon fine, e quindi l'unica via di uscita è rimasta l'azione giudiziaria per l'inibitoria. I professionisti, anziché adeguare i moduli in uso alle disposizioni della legge di recepimento, hanno preferito continuare ad usare clausole palesemente abusive, e non hanno utilizzato l'opportunità di emendare i moduli per aggiungere uno strumento di concorrenza nei confronti degli altri operatori del loro settore<sup>43</sup>. Le proposte di istituire anche una commissione na-

<sup>43</sup> Sul punto v. BARTOLINI, *Guida ai diritti dei consumatori* (nella collana *L'Europa in Italia*) Roma, 1999, nonché *Consumario* (in collaborazione con A. Lubrano), Milano, 1998.

zionale deputata al controllo (preventivo o successivo) delle clausole vessatorie sono state bocciate.

Per parte sua la Commissione ha rilevato varie violazioni della direttiva.

#### 4.5. Il procedimento di infrazione aperto dalla Commissione Cee nei confronti dell'Italia per inesatto recepimento della direttiva.

Già il 13 dicembre 1996, a pochi mesi dalla approvazione del testo di recepimento, la Commissione aveva segnalato al Governo italiano diversi rilievi:

(i) il rilievo relativo all'ambito di applicazione della direttiva, considerato troppo circoscritto per la definizione dei contenuti dei contratti dei consumatori a cui si applica la disciplina di codice (art. 1469 *bis*). Poiché, per contro, la direttiva si applica "all'insieme dei contratti di consumo", tutti i contratti che non abbiano ad oggetto la fornitura di beni o di servizi sarebbero sottratti alla disciplina;

(ii) si era poi contestato che, non ripetendosi nella disciplina dell'inibitoria la esclusione della applicazione della regola "interpretatio contra proferentem", la disciplina italiana riduceva gli spazi di tutela nelle procedure d'urgenza, in quanto il giudice, con una operazione ermeneutica, avrebbe potuto correggere il significato della clausola oscura o incomprensibile, senza quindi accogliere l'istanza, e consentendo al professionista di continuare ad impiegare la clausola *medio tempore*;

(iii) altro rilievo riguardava l'applicazione dell'art.6 comma 2 dir. concernente l'applicazione della disciplina più favorevole al consumatore nel caso di contratto assoggettato alla disciplina di un paese terzo, ma collegato con il territorio di uno Stato membro. Poiché l'art.1469 *quinquies* comma 5 riproduce la disposizione di favore, ma la circoscrive al "presente articolo" (che riguarda le

clausole comunque ritenute vessatorie e gli effetti della vessatorietà) e non la estende a tutte le disposizioni del capo, se ne evinceva una trasposizione restrittiva della direttiva;

(iv) si era ancora sottolineato che l'azione inibitoria ex art. 1469 *sexies* non prevede la legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori contro le associazioni di professionisti che abbiano diramato raccomandazioni inerenti i moduli contrattuali utilizzati dai loro associati.

Il Governo italiano aveva risposto ai rilievi con lettera del 14 marzo 1997, osservando:

- quanto al primo rilievo, che la definizione degli oggetti dei contratti dei consumatori non escludeva che la disciplina introdotta fosse applicabile a tutti i contratti appartenenti alla categoria;

- quanto al secondo, che nel codice civile già esiste una disposizione (l'art.1370) che impone una regola di carattere generale in ordine alla interpretazione del contratto, a cui non era giustificato derogare;

- il terzo rilievo fu accolto;

- il quarto rilievo fu considerato inconferente, in quanto le raccomandazioni delle associazioni di categoria non hanno giuridica rilevanza.

Non soddisfatta delle risposte, e in ogni caso, dell'inerzia del Governo italiano, il 6 aprile 1998 la Commissione ha aperto la procedura di infrazione n. 98/2026 ex art. 169 del Trattato di Roma. Ha contestato le repliche italiane, ribadendo le proprie osservazioni e, a proposito dell'azione inibitoria, ha precisato che la nuova disciplina ha solo riguardo all'effetto successivo alla conclusione del contratto, mentre vanifica l'intervento preventivo, che dovrebbe esser proponibile ancor prima che il contratto sia concluso, ma i moduli siano in uso da parte del professionista o delle associazioni di professionisti<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> V. il testo in ALPA, *Codice del consumo e del risparmio*, Milano, 1999, p. 403 e in *Corr.giur.*1998, 844 con commento di V. CARBONE.



In risposta alle contestazioni della Commissione il Governo italiano ha predisposto e comunicato a Bruxelles ulteriori osservazioni<sup>45</sup>.

Sul primo rilievo, si è osservato che la specificazione dell'oggetto dei contratti del consumatore non è una restrizione dell'ambito della applicazione, ma solo una esplicitazione dell'oggetto, che risulta, tra l'altro, anche dai "considerando" della direttiva (nn.2, 7, 9, 18); e si è aggiunto che la dottrina ha già proposto una interpretazione estensiva dell'art.1469 bis, in cui si ricomprende ogni operazione economica conclusa dal consumatore con il professionista, e quindi, ad esempio, anche i regolamenti condominiali e di comunione collegati alla multiproprietà, la concessione di ipoteche, la fideiussione, l'opzione, i contratti unilaterali, le promesse, la vendita di beni usati (o d'occasione).

Sul secondo rilievo, applicandosi già l'art. 1370 c.c. sull'interpretatio contra proferentem, si precisa che l'interpretazione più favorevole per il consumatore non è quella che salva la clausola (assegnandole un significato più favorevole al consumatore) ma quella che consente di renderla inefficace.

Sul terzo rilievo si ritiene che l'applicazione dell'art.1469 quinquies comma 5 sia frutto di una svista del legislatore, che la dottrina ha già provveduto a superare proponendo una lettura estensiva, diretta a salvare gli interessi dei consumatori; si auspica, però, un intervento legislativo diretto a rimuovere l'errore.

Sul quarto rilievo si è ribadito che nel nostro ordinamento le semplici raccomandazioni delle associazioni di professionisti non sono giuridicamente vincolanti.

Sul quinto rilievo, il Governo si è soffermato soprattutto sulla interpretazione dell'art. 1469 sexies che ha dato luogo a contrasti giurisprudenziali, di cui tra poco si dirà, alcuni restrittivi, altri estensivi, in ordine all'accertamento dei requisiti della domanda

V. il testo in ALPA, op. ult. cit., p. 403 ss. e in Corr. giur. 1998, 980 con commento di V. CARBONE.

inibitoria; ha richiamato l'orientamento della dottrina, più favorevole alla interpretazione estensiva che tutela il consumatore. In ogni caso, ha sottolineato che una interpretazione restrittiva delle regole processuali che impedirebbero di effettuare un controllo preventivo delle clausole vessatorie sarebbe in contrasto con l'art.7 dir. e quindi inammissibile nel nostro ordinamento.

Il contenzioso con la Commissione non è finito qui. Il 18 dicembre 1998 la Commissione ha emesso un parere<sup>46</sup> nel quale si è sostenuto che l'Italia non ha recepito fedelmente la direttiva, e quindi ha invitato il nostro Paese ad adottare le misure necessarie per uniformarsi alle seguenti indicazioni:

- "applicare le disposizioni della detta direttiva all'insieme dei contratti conclusi tra un consumatore e un professionista";
- "recepire l'art.5, terza frase, di detta direttiva";
- "recepire integralmente l'art.6, par.2 di detta direttiva";
- "recepire integralmente l'art.7 par.3 di detta direttiva".

#### 4.6. L'applicazione giurisprudenziale degli artt. 1469 bis-sexies c.c.

Come si è accennato, nel primo triennio di applicazione della nuova disciplina la casistica è così modesta da apparire deludente e inspiegabilmente poco estesa quanto ai settori di intervento<sup>47</sup>.

Innanzitutto ci si presenta uno iato immenso tra il numero delle pronunce che si sono via via raccolte negli ultimi decenni su-

<sup>46</sup> Parere motivato del 18 dicembre 1998 C (1998) 4050 def. (inedito).

<sup>47</sup> Nel corso di un ciclo di seminari promossi dal commissario Emma Bonino e dall'esperta incaricata della organizzazione scientifica, Anna Bartolini, in collaborazione con l'ufficio italiano dell'Unione, ci siamo interrogati sulle ragioni di questo fenomeno (*Workshop sui diritti dei consumatori*, a cura di A. Bartolini e della rappresentanza in Italia della Commissione europea, 1998-1999). Ai lavori hanno partecipato giuristi italiani, portoghesi e spagnoli.

li artt. 1341, 1342, 1370 del codice civile riguardanti le condizioni generali di contratto applicate tra tutti i soggetti contraenti (quindi, anche tra professionisti) e i pochi giudizi cautelari intentati dalle associazioni.

Poi, nella grande varietà di modelli contrattuali utilizzati (si calcolano che nel nostro Paese circolino più di quarantamila testi), solo pochi sono i settori investiti dalla problematica, quali i contratti di assicurazione, i contratti bancari, i contratti di viaggio, i contratti di acquisto di autoveicoli, mentre sono rimasti indenni i contratti delle agenzie immobiliari per la compravendita di immobili, i contratti per l'erogazione dei servizi pubblici essenziali, etc.

I tempi stretti non hanno ancora consentito agli eventuali giudizi intentati di giungere al compimento del primo grado; si ignora, dunque, se vi siano giudizi pendenti. Qualche pronuncia tuttavia già si può segnalare.

Per quanto riguarda i procedimenti inibitori, si è delineato un contrasto tra le prime ordinanze, con cui si è ritenuto non sussistente il presupposto dell'urgenza (*periculum in mora*) e quelle successive, con cui altri tribunali hanno invece accolto le azioni inibitorie. Il contrasto sembra ora in fase di superamento con una interpretazione estensiva (e quindi più favorevole al consumatore) delle disposizioni di natura processuale. Ecco, comunque, i casi più salienti.

I casi *Rover*, *Citroën*, *Fiat* (acquisto di veicoli).

Tre ordinanze del Tribunale di Torino<sup>48</sup> hanno escluso la sussistenza dei presupposti dell'azione inibitoria ex art. 1469 *sexies* c.c. Tutti i casi sono stati creati dal Comitato difesa dei consumatori, e sono stati promossi contro le società costruttrici di veicoli a

<sup>48</sup> Trib. Torino, (ord.) 4 ottobre 1996, in *Foro it.*, 1997, I, c. 288; Trib. Torino, (ord.) 16 agosto 1996, *ivi*; Trib. Torino, (ord.) 14 agosto 1996, *ivi*, con commento di ARMONE.

cui risalgono le clausole contenute nei contratti di vendita utilizzati dai rispettivi concessionari. Le clausole sottoposte all'esame dei giudici erano ben *tredici*, ma i giudici non sono scesi all'esame ripartito del loro contenuto, in quanto si sono arrestati all'analisi dei presupposti processuali dell'azione inibitoria. In tutti i casi si è ritenuto che facesse difetto il pregiudizio concreto, verificabile con riferimento ad uno o più consumatori determinati. Questo riferimento è stato ritenuto necessario perché possa sussistere un pregiudizio effettivo ed immediato. L'argomentazione, peraltro criticata dalla dottrina, è stata utilizzata dalla Commissione Cee per inferire la violazione da parte dell'Italia dell'obbligo di adempiere fedelmente le direttive comunitarie. Tuttavia, salvo il caso *Siad*, qui di seguito commentato, gli altri casi esprimono un orientamento opposto assunto da parte di altri giudici, e quindi si può affermare con sufficiente ragionevolezza che il testo del codice civile, pur laconico, non riduce la tutela assicurata dalla direttiva e quindi dalla disciplina di recepimento a favore dei consumatori.

Il caso *Siremar* (trasporto marittimo).

La questione, sollevata dalla associazione dei consumatori Adiconsum, riguardava la vessatorietà di una clausola contenuta nel modulo predisposto dalla Siremar, società p.a. in mano pubblica esercitante il trasporto marittimo. La clausola era così concepita: "se la società è costretta a sopprimere la partenza della nave ed il passeggero non intende avvalersi della facoltà di effettuare, ove ciò sia possibile, il viaggio con altra nave della società stessa, la quale parta successivamente, il contratto è risolto e la società è tenuta a restituire il prezzo versato". L'associazione aveva richiesto in via di urgenza l'inibizione dell'uso della clausola in quanto vessatoria. Il Tribunale di Palermo<sup>49</sup> ha accolto il ricorso, ed ha ritenuto, tra l'altro, che l'espressione "costretta a sopprimere la

<sup>49</sup> Trib. Palermo, (ord.) 3 marzo 1999, in *Corr.giur.*, 1999, 588 con nota di CONTI.

partenza" non coincide con quella di causa imputabile o con un giustificato motivo; in più, ove il passeggero fosse stato costretto a partire successivamente, il contratto non prevedeva alcun risarcimento del danno da questo subito. Se ne poteva ricavare una limitazione dei diritti del consumatore in caso di inadempimento, vietata dall'art.1469 *bis* n.2) c.c. Sono state superate, tra le altre, l'eccezione della società convenuta, che riteneva di non dover rispondere ai sensi della disciplina delle clausole vessatorie, in quanto società in mano pubblica esercitante un servizio di interesse generale, e l'eccezione che la limitazione di responsabilità aveva un effetto economico rilevante in quanto destinata a ridurre i costi e quindi a produrre vantaggi in capo al consumatore.

#### Il caso *Daewoo* (acquisto di televisore).

L'attore era un consumatore che aveva acquistato dalla Daewoo Electronics Italia s.p.a. un televisore, rivelatosi poi non funzionante. Il Giudice di pace di Palermo<sup>50</sup> ha deciso in via definitiva che la clausola di limitazione della responsabilità e della garanzia fosse in contrasto con la nuova disciplina. La clausola escludeva "ogni diritto alla risoluzione del contratto di compravendita, alla riduzione del prezzo e al risarcimento dei danni", essendo altresì "espressamente esclusa (...) la responsabilità della ditta (...) per ogni altro danno comunque dipendente o connesso con la vendita del prodotto eventualmente difettoso".

#### Il caso *Siad* (assicurazione contro furto e incendio).

L'attore aveva acquistato mediante leasing finanziario un autocarro che aveva assicurato con la Siad Assicurazioni s.p.a. contro il rischio di incendio e furto. Subito il furto di lì a qualche mese, aveva ottenuto un indennizzo ridotto, rispetto al prezzo del

veicolo, corrispondente, secondo la convenuta, al valore medio commerciale del momento. Il Tribunale di Savona ha ritenuto che la clausola di corrispondenza dell'indennizzo al valore di acquisto, non essendo stata "sbarrata", non potesse avere effetto, in quanto non si poteva considerare clausola aggiuntiva; e quindi ha rigettato la domanda dell'attore<sup>51</sup>.

#### Il caso *Finemiro* (credito al consumo).

Nella specie, si trattava di un finanziamento concesso all'attore da una società finanziaria, Finemiro s.p.a., finalizzato all'acquisto di apparecchiature di telesoccorso. Il rapporto è stato qualificato come di credito al consumo, ma il pretore adito<sup>52</sup> ha ritenuto che, in collegamento con la disciplina del t.u. bancario, si potessero anche applicare le disposizioni sulle clausole vessatorie. Ha rilevato quindi dal testo del contratto sottoscritto tra le parti che la merce oggetto di acquisto mediante finanziamento era indicata in maniera assolutamente generica e quindi ha dichiarato *ex officio* la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto.

#### Il caso *A.B.I., Banca Popolare di Milano, Banca Fideuram* (deposito bancario).

L'azione inibitoria era stata proposta dal Movimento federativo democratico ed aveva ad oggetto i contratti bancari di deposito, contenenti svariate clausole ritenute vessatorie dall'attore. Il Tribunale di Roma<sup>53</sup> ha ritenuto che non sussistesse il *fumus boni iuris* in quanto le clausole erano già passate al vaglio delle associazioni dei consumatori, che non implicavano gravi squilibri negoziali e che le clausole di deposito, riguardando una operazione semplice e facilmente comprensibile, avrebbero potuto consentire una diversa scelta del consumatore.

<sup>51</sup> Trib. Savona, 2 marzo 1998, ined.

<sup>52</sup> Pret. Bologna, 4 gennaio 1999, in *Corr.giur.*, 1999, 600, con nota di GIOIA.

<sup>53</sup> Trib. Roma, (ord.) 18 giugno 1998, ined.

<sup>0</sup> Giud. pace Palermo, 16 ottobre 1998, ined.; le sentenze e le ordinanze palermitane sono commentate da PALMIGIANO, in *Codice del consumo e del risparmio*, cit., p.418 ss.

I casi del *totocalcio* e *totogol* (concorso a premi).

L'Adiconsum aveva chiesto l'inibitoria di alcune clausole contenute nei regolamenti dei concorsi totocalcio e totogol perché rette da un lato ad escludere la responsabilità del Coni (l'ente organizzatore dei concorsi) in caso di negligenza o di inadempimento, e dall'altro imponevano alla controparte la competenza esclusiva del foro di Roma per ogni controversia relativa alla partecipazione al concorso. Il Tribunale di Roma<sup>54</sup> ha ammesso la legittimazione passiva del Coni, anche se i regolamenti erano stati predisposti dal Ministero delle finanze, ed ha qualificato il Coni come professionista, anche se il comitato ha natura pubblicistica, e il giocatore come consumatore, non essendovi limitazioni nella disciplina a questo proposito. Ha poi ritenuto che l'azione inibitoria potesse essere proposta in via di controllo preventivo *medio tempore*. Ha inoltre ritenuto *prima facie* abusive le clausole del regolamento che pongono decadenze in termini brevissimi per eventuali reclami e per la mancata tempestiva riscossione del premio, le clausole che escludono la responsabilità per la custodia delle matrici dei biglietti vincenti.

Un'ordinanza di pochi giorni successiva<sup>55</sup> ha invece escluso motivi d'urgenza e quindi rigettato altra istanza di inibitoria per analoghe questioni, in quanto tutte le clausole denunciate non potevano "in pericolo beni della vita ovvero diritti di natura primaria dei consumatori che partecipano ai concorsi".

I casi *Aeroviaggi*.

Due ordinanze del Tribunale di Palermo<sup>56</sup> hanno ammesso l'inibitoria dell'uso di clausole relative a contratti di viaggio turistico "tutto compreso", richiesta dalla associazione Adiconsum.

Trib. Roma, (ord.) 2 agosto 1997, in *Guida al diritto*, 1997, n. 54

Trib. Roma, (ord.) 22 agosto 1997, *ivi*, 57.

Rispettivamente Trib. Palermo, (ord.) 24 gennaio 1997, in *Corr. giur.*, 1998, 3 e Trib. Palermo, (ord.) 5 marzo 1997, *ivi*, 105, annotate da TOGLIATTO.

L'una riguardava un contratto già concluso e parzialmente eseguito, l'altra condizioni in uso ma non ancora sottoscritte. Si trattava delle clausole relative alla perdita della somma data in acconto dal viaggiatore, in caso di recesso, senza previsione di misura reciproca e delle clausole relative alla deroga alla competenza territoriale.

Il contrasto giurisprudenziale ha dato luogo ad un ampio dibattito in cui si sono cimentati studiosi del diritto dei consumatori e del diritto processuale civile<sup>57</sup>.

Ove si ritenesse di risolvere la questione legislativamente, al di là di un intervento collettivo, si potrebbe cogliere l'occasione di redigere una integrale disciplina nel caso del recepimento della direttiva generale sulla inibitoria.

<sup>57</sup> Oltre alle monografie e alle voci enciclopediche cit. alla n. 6, su questo particolare aspetto v. M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. impr. Europa*, 1996, 454; CESARO, *Clausole vessatorie e azione inibitoria: prime pronunzie della giurisprudenza*, in *Contr. impr. Europa*, 1997, p.41 ss.; TARZIA, *La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 644; MONTESANO, *Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari di servizi di pubblica utilità nelle normative sulle clausole abusive e sulle autorità di regolazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p.1 ss.; ARMONE, *Inibitoria collettiva e clausole vessatorie: prime disavventure applicative dell'art. 1469 sexies c.c.*, in *Foro it.*, 1997, I, 290; CONSOLO, *Tutela urgente, clausole abusive e pregiudizi rilevanti seppure non irreparabili*, in *Corr. giur.*, 1997, 212; LIBERTINI, *La tutela d'urgenza contro l'uso di clausole vessatorie*, in *Contr. impr. Europa*, 1997, 25; e *L'azione inibitoria collettiva in materia di clausole vessatorie (art.1469 bis-sexies c.c.)* in *Dir. priv.*, 1996, 222; PLAIA, *Clausole abusive e tutela inibitoria: "i giusti motivi d'urgenza"*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p.575 ss; DE NEGRI, *La tutela di matrice comunitaria nei confronti delle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p.173 ss; SACCHETTINI, in *Guida al dir.*, 1998, 63.

Sulla proposta di direttiva generale sull'inibitoria v. ALPA, *La proposta di direttiva comunitaria sull'azione inibitoria promossa dalle associazioni dei consumatori*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 153; B. CAPPONI, *La proposta di direttiva sulle azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in *Docum. Giustizia*, 1996, 571

#### 4.7. La legge generale sui diritti dei consumatori.

Occorre anche precisare che, con l'entrata in vigore della legge sui diritti dei consumatori (30 luglio 1998, n. 281) si sono introdotte alcune disposizioni che agevolano l'accesso alla giustizia dei consumatori<sup>58</sup>. L'art.3 comma 1 lett. a) conferisce la legittimazione all'agire delle associazioni dei consumatori, le quali possono richiedere al giudice competente di "inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti". Inoltre, ai sensi del comma 2, le associazioni possono attivare, prima di chiedere al giudice, le procedure di conciliazione previste tra le nuove funzioni delle Camere di commercio. Il comma 6 dispone che "nei casi in cui ricorrano giusti motivi di urgenza, l'azione inibitoria si svolge a norma degli artt.669 *bis* e seguenti del codice di procedura civile, e si precisa che le azioni inibitorie non precludono il diritto ad azioni individuali dei consumatori che siano danneggiati dalle medesime violazioni" (comma 7). La legge è stata seguita da un decreto ministeriale che ha predisposto il regolamento relativo alla registrazione delle associazioni a cui è conferita la legittimazione ad agire.

Il coordinamento della disciplina generale con la disciplina specifica prevista dal codice civile a proposito delle clausole abusive ha portato a qualche incertezza interpretativa, perché ci si chiede se la nuova disciplina generale abbia modificato quella speciale, che è ad essa anteriore, oppure se essa l'abbia lasciata in vigore. Il problema riguarda soprattutto il requisito della registrazione, mentre il codice civile non pone requisiti alle associazioni legittimate a promuovere l'inibitoria.

ALPA, *Il diritto dei consumatori*, cit., p.60 ss.; DE NOVA, *I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni*, in *Contratti*, 1998, 545; BRIGANTI, *Clausole abusive e diritti dei consumatori nell'ordinamento italiano* (datt.).

#### 4.8. L'applicazione degli artt. 1469 *bis-sexies* c.c. da parte dei professionisti e delle loro associazioni.

Come si è anticipato, i professionisti hanno accolto la nuova disciplina con fastidio, quasi si trattasse di una ulteriore limitazione autoritativa imposta alla loro libertà contrattuale, e non hanno considerato l'opportunità di offrire al pubblico dei consumatori prodotti emendati di qualità superiore e quindi concorrenziale. Alcune associazioni di categoria, come l'Abi, per i contratti bancari, e l'Ania, per i contratti assicurativi, hanno segnalato solo alcune delle clausole che più vistosamente appaiono lesive degli interessi dei consumatori. Ma l'elenco delle clausole vessatorie impiegate è molto lungo. Da questo punto di vista è encomiabile il parere del Comitato economico e sociale della Comunità, che ha segnalato per tutti i Paesi dell'Unione più di quaranta clausole abusive inserite nei contratti di assicurazione e tuttora produttive di effetti lesivi degli interessi dei consumatori<sup>59</sup>.

Resta quindi molto da fare per adeguare i contratti in uso alla direttiva.

#### 4.9. Le autorità amministrative indipendenti e l'applicazione della direttiva.

Nel nostro ordinamento le autorità di vigilanza, come la Banca d'Italia per le imprese bancarie, la Consob per le imprese di investimento mobiliare, l'Isvap per i contratti di assicurazione, le nuove autorità sui servizi pubblici essenziali e sulle telecomunicazioni, l'autorità di vigilanza sulla concorrenza e sulla integrità dei mercati hanno conservato poteri — tra loro diversificati quanto alle tecniche di controllo e di incidenza — sui professionisti dei singoli

<sup>59</sup> il parere sul tema: "I consumatori nel mercato delle assicurazioni - Osservatorio del mercato interno", Bruxelles, 28-29 gennaio 1998, CES 116/98, in *G.U.C.E.*, 30 marzo 1998, e in ALPA, *Codice del consumo e del risparmio*, cit., p.537 ss. con commento di I. CAVANNA.

tori in ordine alla redazione e alla utilizzazione di contratti con i consumatori. Nel corso di alcuni seminari<sup>60</sup> si è cercato sensibilizzare le autorità, al fine di stimolare il loro intervento, affiancandosi a quello della magistratura, potrebbe raggiungere quel risultato preventivo auspicato dalla dottrina, dalle associazioni e da quanti hanno a cuore gli interessi dei consumatori. I risultati sono, al momento, del tutto deludenti. Ci si chiede se la Commissione, mediante le formule di contatto con i singoli Governi, possa richiamare l'attenzione sulla opportunità di promuovere il controllo, in sede amministrativa (o paragiudiziale), anche attraverso questi canali.

#### 4.10. Il ruolo delle camere di commercio.

La l. 29 dicembre 1993, n.580 ha disposto il "Riordino delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura". Nel dettare la nuova disciplina delle Camere di commercio, attribuendo loro nuove funzioni e competenze, il legislatore, per quanto riguarda il problema della tutela del consumatore nei riguardi delle clausole "abusive", si è indubbiamente mosso nell'ambito della direttiva Cee 93/13.

Sono significative le norme dell'art. 2.4; e, specificamente, la materia di controllo sulle clausole inique, la lett. c) dello stesso comma.

Fra le competenze o funzioni attribuite (la norma è intitolata "Attribuzioni") quelle del comma 4, lett. a) b) c) riguardano proprio la materia oggetto della direttiva Cee, sia in genere sulla tutela dei "consumatori e degli utenti", sia in specie sulle clausole inique abusive.

Le Camere di Commercio possono:

- "promuovere la costituzione di commissioni arbitrali o

Le relazioni sono raccolte in *Investimento finanziario e contratti dei consumatori. Il controllo delle clausole abusive*, a cura di Alpa, Milano, 1996.

conciliative per le controversie, sia fra imprese, sia fra imprese e consumatori ed utenti" (lett. a);

- "predisporre e promuovere contratti - tipo tra imprese, loro associazioni e associazioni di tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti" (lett. b);

- "promuovere forme di controllo sulla presenza di clausole inique inserite nei contratti" (lett. c);

- "costituirsi parte civile nei giudizi relativi ai delitti contro l'economia pubblica, l'industria ed il commercio e promuovere azioni per la repressione della concorrenza sleale" (comma 5).

Particolarmente significativa è la funzione generale di controllo. L'attuazione di tali competenze, compresa la facoltà di promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie, non solo tra imprese ma, proprio per la materia in esame, fra imprese e "consumatori ed utenti" (lett. a del comma 4), consente alle Camere di Commercio di promuovere la tutela del "consumatore".

Le attribuzioni dimostrano, comunque, che il legislatore con la legge n. 580/93, di riordino delle Camere di commercio, non soltanto ha avuto presente la direttiva comunitaria, ma ha emanato norme di concreta ed effettiva attuazione, con facoltà persino più ampie rispetto alla direttiva stessa. Infatti è stato concepito un controllo più ampio rispetto alla direttiva stessa. Sia pure su un piano di natura amministrativa (rivolto alla sensibilizzazione più che alla repressione) non appare parimenti dubbio che l'indicata disciplina costituisca un'ampia e concreta attuazione anche della disposizione della direttiva (art.7) diretta alla prevenzione.

La legge sulle Camere di commercio si preoccupa, con le previste attribuzioni (art.2), di predisporre e promuovere contratti tipo (funzioni di controllo preventivo), e di evitare l'insorgere di liti.

Bisogna considerare, tuttavia, che il delineato sistema di "controlli" (sia preventivo, sia successivo) secondo la legge n.



580/93, costituisce una facoltà attribuita alle Camere di commercio, le quali "possono tra l'altro" (art. 2.4), "promuovere" ma, proprio per l'espressione usata dal legislatore, non hanno un obbligo cogente.

Avvalendosi delle nuove competenze, le Camere di commercio, già prima del recepimento della direttiva, hanno avviato un'attività di controllo delle clausole vessatorie; i risultati più apprezzabili si devono alla Camera di commercio di Milano, per l'empirismo, l'efficienza e l'lungimiranza, e all'Unioncamere, per la regia di coordinamento e di sprone per gli enti periferici che non hanno ancora manifestato la dovuta attenzione a questo settore di attività<sup>61</sup>. L'Unioncamere ha anche predisposto un regolamento-tipo di conciliazione e arbitrato, a cui le singole Camere possono uniformarsi per l'esercizio dell'attività.

#### 4.11. Suggerimenti per il futuro.

Nel breve commento alla direttiva e alla disciplina italiana di recepimento, si sono evidenziati i problemi interpretativi a cui può dare luogo questa complessa disciplina. Salva la risoluzione del contenzioso con la Commissione da parte del Governo italiano, è auspicabile che il testo della direttiva sia perfezionato, là dove ancora appare equivoco. È pur vero che dal confronto con le altre esperienze dei Paesi membri si possono trarre indicazioni utili anche ai fini interpretativi delle discipline di recepimento, ma è anche vero che, per i Paesi a forte vocazione scientifica ma a più modesta vocazione pratica, come il nostro, l'intervento della Comunità appare il mezzo più rapido, fattivo e indiscutibile a cui ci si può affidare.

Da questo punto di vista, si può segnalare al Parlamento e alla Commissione l'esigenza di proseguire nell'indirizzo legislativo

<sup>61</sup> L'attività della Camera di commercio di Milano è documentata bimestralmente dalla rivista *Impresa e Stato*; quella dell'Unioncamere dai bollettini istituzionali.

— da poco innovato — con cui le direttive sono coordinate le une con le altre. In un ordinamento come quello comunitario che procede con interventi di settore, appare difficile risolvere i problemi di conflitti interpretativi tra direttive mediante i procedimenti ermeneutici invalsi nelle singole esperienze. La successione nel tempo delle direttive non è di per sé esaustiva della problematica, e neppure il rapporto tra direttive di carattere generale e direttive di carattere speciale. Certo, il coordinamento potrebbe essere effettuato nell'ambito dell'ordinamento interno, al momento del recepimento. Ma molti legislatori (tra i quali si può a buon diritto annoverare il legislatore italiano) non se ne curano.

Potrebbe essere risolutiva l'iniziativa già proposta da alcuni colleghi stranieri di procedere in sede comunitaria alla redazione di un testo coordinato di tutte le direttive che si preoccupano di tutelare il consumatore<sup>62</sup>. In questo senso, il processo di redazione di un testo unificato porterebbe a risultati assai più incisivi di quanto possa produrre un semplice coordinamento, non solo perché si eliminerebbero le anomalie normative, ma soprattutto perché si realizzerebbe un *corpus* di disposizioni tutte orientate verso il medesimo scopo. Per l'esperienza italiana si giungerebbe così ad includere nel testo unico alcune normative, oggi collocate in testi rivolti a disciplinare altri rapporti e a tutelare altri interessi, e a farle convivere con le altre discipline di tutela del consumatore, recuperando per loro il terreno per così dire "naturale" di radicamento. È il caso, per quanto ci riguarda, della disciplina del credito al consumo, inserita nel testo unico bancario.

Infine — ma molti altri potrebbero essere i suggerimenti — occorre richiamare l'attenzione della Comunità sull'esigenza di completare in tempi rapidi la disciplina dei settori quali le garanzie nelle vendite, la responsabilità per i servizi, le vendite telematiche, che ancora attendono il suo intervento.

<sup>62</sup> V. le relazioni raccolte da OSMAN, *Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles, 1998.

In ogni caso, val la pena di sottolineare che il settore dei servizi e soprattutto quello del risparmio (o come si dice dei "servizi finanziari") appaiono ancora i più sguarniti di tutela.

5. L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune.

#### 5.1. Una domanda a mo' di premessa.

Leggendo il testo di recepimento della direttiva 93/13 sulle clausole "abusivae" contenute nei contratti dei consumatori, può affacciarsi una domanda: queste regole sono rivolte soltanto a disciplinare i contratti dei consumatori o possono assumere un tenore più generale, informare l'intero ordinamento, e avere comunque incidenza sull'interpretazione delle regole generali riguardanti la materia del contratto? Chi ritiene di essere in presenza di regole specifiche, aventi uno scopo precipuo, circoscritto alla tutela dei consumatori, esclude non solo la possibilità di applicare in modo estensivo le regole così introdotte, ma esclude, in via preliminare, la fondatezza stessa della domanda; nella medesima posizione si collocano quanti — con riguardo all'esperienza italiana — ritengono che la nuova disciplina non sia (come la maggioranza degli autori opina, addirittura) rivoluzionaria delle categorie logiche e della disciplina tradizionali, ma ricalchi in qualche variante un testo di codice civile già adeguato a tutelare i consumatori e comunque non innovato in modo determinante. L'interrogativo peraltro permane, e — a mio avviso — permane legittimamente. A riprova della sua fondatezza si possono esaminare alcuni contributi, provenienti da esperienze in parte simili alla nostra, in parte assai distanti da essa, nei quali l'interrogativo è svolto in modo accattivante, anche se formulato sotto forma propositiva di dubbi, piuttosto che non assertiva o conclusiva.

Per avviare il discorso, conviene considerare, dapprima, le tecniche di recepimento della direttiva.

#### 5.2. Tecniche di recepimento delle direttive comunitarie, diritto speciale e diritto comune.

Nel recepire la direttiva 93/13 sulle clausole "abusivae" i legislatori degli Stati membri dell'Unione europea possono compiere numerose scelte; queste scelte si possono accorpate in due grandi categorie: alcune rientrano nel novero delle opzioni che il legislatore comunitario consente al legislatore nazionale, che tuttavia rimane vincolato al testo della direttiva; nel linguaggio comunitario questo tipo di scelte assume la denominazione di "opzioni"<sup>63</sup>; altre, invece, attengono alle modalità di recepimento della direttiva, che competono alla sfera di autonomia dello Stato membro; nel linguaggio comunitario si allude a queste scelte con formule assai ampie, quali le "condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali" (art. 6, comma 1°), oppure "le misure necessarie" (art. 6, comma 2°), oppure "mezzi adeguati ed efficaci" (art. 7, comma 1°); "nel rispetto delle legislazioni nazionali" (art. 7, comma 3°), e così via.

A loro volta, le scelte della prima categoria si possono ripartire in due sottocategorie:

i) le scelte che aderiscono alla estensione della c.d. tutela minimale offerta dalla direttiva; esempi di queste opzioni sono:

- le definizioni di "consumatore" e di "professionista" (art. 2, lett. b) e c)), e quindi l'estensione della tutela ai "professionisti" la cui natura, attività, o ruolo economico siano tali da avvicinarli di più alla figura del consumatore che non alla figura della grande impresa; in questo ambito si possono indicare le collettività di persone, provviste o non provviste di personalità giuridica, che non

<sup>63</sup> V. ad es. l'art. 8, secondo il quale "Gli Stati membri "possono" adottare o mantenere [...] disposizione; più severa, compatibile con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore".



svolgano un'attività economica prevalente, come accade per le associazioni e le fondazioni; oppure gli artigiani; oppure i piccoli imprenditori;

- l'elenco delle clausole che possono essere dichiarate vessatorie (art. 3, comma 3°), il cui numero minimo può essere integrato ed ampliato;

- il tipo di effetti dell'azione inibitoria;

- l'ambito di applicazione temporale della nuova disciplina, che può riguardare i contratti conclusi dopo la sua entrata in vigore, oppure anche i contratti in corso, ecc.;

ii) le scelte che aderiscono alla specificazione e all'adattamento della disciplina di recepimento all'ordinamento interno; esempi di queste scelte sono:

- il tipo di sanzione della clausola vessatoria; in tal senso, si può prevedere la nullità, l'annullabilità, l'inefficacia; e a loro volta queste figure possono essere modellate a seconda che gli effetti ricadano sull'intero contratto o solo sulla singola clausola, a seconda che legittimato ad agire sia il singolo consumatore, oppure associazioni di consumatori e di professionisti o altri organismi competenti;

- le tecniche di controllo; nel caso delle clausole, il controllo può essere preventivo o successivo; solo giudiziale; solo amministrativo; oppure una combinazione dei due tipi;

- più in generale, le tecniche di inserimento della nuova disciplina nel *corpus* normativo: in questo senso, si possono indicare: la novellazione del codice civile, come è avvenuto in Italia (art. 1469-bis ss.) e in Olanda (art. 231 ss.); l'introduzione di "codici" speciali o di testi unici, come è avvenuto in Francia<sup>64</sup> e come si è progettato di operare in Belgio<sup>65</sup>; l'introduzione di leggi speciali o

<sup>64</sup> L. 26 luglio 1993, sulla base di un progetto di origine dottrinale: v. CALAIS AULOY, *Propositions pour un code de la consommation*, Parigi 1990.

<sup>65</sup> Min. Affaires économiques, *Propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs*, a cura di Bougoignie, Bruxelles, 1995.

l'integrazione e la modificazione di leggi speciali già esistenti, come è avvenuto in Gran Bretagna e in Germania.

### 5.3. Novellazione di codici civili e introduzione o modificazione di leggi speciali.

Questa scelta, ovviamente, non si pone là dove non esista un codice civile; la scelta obbligata in tal caso è il recepimento mediante legge *ad hoc*; in Gran Bretagna la scelta fu effettuata con l'approvazione di diversi *statutes*, concernenti le clausole "unfair" (*Unfair clauses Act*), la protezione del consumatore (*Consumer protection Act*), la regolamentazione del credito al consumo (*Consumer protection Act*). Il problema sorge là dove esista un codice civile, come in Italia e in Olanda, o dove esista ancora la dicotomia di codice civile e codice di commercio, come in Francia e in Germania<sup>66</sup>. La scelta di intervenire su di un codice oppure di raccogliere la normativa in una legge speciale può essere pregnante, nel senso che alla novellazione di un codice si può attribuire un significato di rilievo oppure le si può attribuire un significato marginale; nel primo caso, la scelta assume valenza istituzionale, nel secondo un significato tecnico e, almeno apparentemente, neutro.

Nel primo caso, la scelta — di carattere generale — è indice dell'intento legislativo di introdurre regole che, pur riguardando categorie di soggetti determinati (i consumatori, i professionisti), assumano una valenza più estesa in quanto dirette a conformare: - le regole generali sulla disciplina del contratto (o dei contratti); - i principi generali (e quindi i valori di riferimento) sui quali l'ordinamento si fonda.

Nel secondo caso, la scelta sembra ispirata all'intento di "settorializzare" gli interessi tutelati, e di circoscrivere quindi le regole ai singoli rapporti che si assumono nel settore specifico

<sup>66</sup> Sul punto v. ALPA - BESSONE, *I contratti standard* (3), Torino, 1996.

normato; in tal caso, le regole dettate per il singolo settore non sarebbero estensibili ad altri settori, e tanto meno alle regole di ampio tenore volte a disciplinare il contratto in generale.

#### 5.4. Normazione e prassi.

Assumendo una nozione estesa di "diritto", nel senso di *corpus* di regole non solo formali, e non solo statuali; e di "fonte" del diritto, nel senso di fonte non solo *posita*, non solo autoritativa, occorre tener conto delle prassi, commerciali e negoziali. In tal modo, accanto alle modificazioni normative, e indifferente essendo la loro collocazione nell'ordinamento, si possono consolidare comportamenti fattuali — susseguenti a scelte economiche e mercantili — che diano luogo nel tempo a vere e proprie prassi. In altri termini, gli operatori economici possono adeguarsi ai principi della direttiva, alle regole di recepimento, alla *moral suasion* indotta da codici deontologici o di categoria, agli inviti e agli interventi di organismi amministrativi o para-amministrativi, alle convenzioni concluse dalle associazioni di professionisti e dalle associazioni di consumatori, e provvedere:

- ad uniformare i moduli contrattuali alle disposizioni della direttiva;
- ad innovare i moduli in uso;
- ad estendere le modifiche e le innovazioni (così suggerite o richieste) dall'area dei contratti conclusi con i consumatori all'intera area dei contratti, ed investire quindi i rapporti tra professionisti: un'area che la direttiva, attesi i suoi scopi, non poteva prendere in considerazione.

Queste iniziative, isolate, di gruppo, di categoria, eventualmente sollecitate da ragioni concorrenziali, costituiscono un effetto importante ed "ultrattivo" della direttiva e della normativa di recepimento. Si tratta di un fenomeno importante, che, a quanto risulta, è già in atto, con il quale si verifica — a livello fattuale — una inci-

denza delle regole specifiche introdotte dalla normativa di recepimento sulle tecniche di negoziazione e di redazione dei testi contrattuali che finisce per ampliarne, in via indiretta, significato ed operatività.

#### 5.5. Gli effetti della normativa di recepimento sul piano formale: dai settori al diritto comune

Siamo così giunti al cuore del problema, che costituisce l'oggetto di queste considerazioni. Senza pretesa alcuna di completezza né di ambiziose elaborazioni dogmatiche, la disciplina di recepimento della direttiva offre lo spunto per aprire il dibattito in dottrina e per attirare l'attenzione dei giudici sensibili alla creatività della giurisprudenza sul tema della incidenza della normativa concernente i contratti dei consumatori sulle regole generali in materia di contratto.

Il problema non è nuovo in letteratura: due saggi, provenienti da culture e strutture giuridiche assai diverse tra loro, la francese e l'inglese, già hanno avviato la discussione. È chiaro che ogni giurista è figlio della sua epoca, della cultura giuridica in cui opera, e, ovviamente, è legato al *corpus* normativo che è chiamato ad interpretare, applicare, modificare. E quindi le sue idee, i suoi propositi, i suoi suggerimenti debbono essere calati nel loro contesto naturale. Occorrerà dunque leggere le loro pagine nella prospettiva più appropriata.

##### a) L'esperienza francese.

Jean Calais Auloy, docente dell'Università di Montpellier, e da decenni attivo nel settore della protezione dei diritti dei consumatori, ha scritto un importante lavoro intitolato alla incidenza del diritto dei consumi sul diritto civile dei contratti<sup>67</sup>. Già dal titolo

<sup>67</sup> CALAIS AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, p. 239 ss.

(*L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats*) si può avvertire lo scopo e l'area dell'indagine. Il giurista francese si trova ad operare in un ordinamento nel quale a partire dagli anni Settanta si è tentato di risolvere i problemi inerenti alla tutela del consumatore non solo attraverso il formante giurisprudenziale, ma anche attraverso il formante legislativo; attualmente, come già si è precisato, le regole legislative introdotte nei diversi campi di cui si compone l'ordinamento francese che riguardano i consumatori, quali la pubblicità ingannevole, i contratti speciali, le garanzie nella vendita, la responsabilità civile, e così via, sono state coordinate in un "codice" (o testo unico) che viene considerato un *corpus* a sé. Ciò comporta, per l'interprete, la soluzione di un problema di fondo, concernente il rapporto tra questo *corpus* di regole speciali e il codice civile, assunto come *corpus* di regole generali (che, presso di noi, oggi si considera il *corpus* del diritto comune).

Anziché ragionare in termini formali e riduttivi, considerando questo rapporto come impostato sul coordinamento di disciplina generale e di disciplina speciale, derogatoria e settoriale, Calais Auloy si chiede in che modo il diritto dei consumi, ormai codificato, possa dispiegare una qualche influenza sulle regole del contratto in generale. In altri termini, il diritto dei consumi fa parte del diritto civile? La risposta è negativa, perché il diritto dei consumi solo in parte copre l'area del diritto civile — significativamente, l'area delle "clausole abusive" —, mentre per altra parte aderisce al diritto processuale, al diritto penale, al diritto amministrativo; con una particolarità, tuttavia: lo scopo unitario del diritto dei consumi (e del *corpus* normativo che ne dà la traduzione formale nell'ordinamento) è coeso, ed incentrato sulla finalità di "proteggere i consumatori dagli abusi del potere economico di cui essi rischiano di essere vittime"<sup>68</sup>. Ma di là delle partizioni tradizionali della scienza giuridica, è chiaro — agli occhi di Calais Au-

<sup>68</sup> CALAIS AULOY, *op. cit.*, p. 240.

loy — che, almeno nell'area di coincidenza concernente il contratto "le innovazioni apportate dal diritto dei consumi in questo settore possono essere considerate come un fattore di evoluzione del diritto civile"<sup>69</sup>. Ciò non perché il *code civil* non offra rimedi contro gli abusi di potere contrattuale perpetrati da una parte a danno dell'altra, ma perché si tratta di rimedi individuali e di carattere correttivo (o "curativo", come si esprime l'autore), mentre il diritto dei consumi — che sono fenomeno di massa — pretende di offrire strumenti più adeguati, di natura preventiva e collettiva.

Per quanto riguarda la disciplina generale del contratto, gli effetti che Calais Auloy intravede sono di tre ordini:

- il "miglioramento del consenso" del consumatore;
- il riequilibrio del contenuto del contratto;
- l'ampliamento delle obbligazioni dei "professionisti".

i) Il miglioramento del consenso — inteso come processo di formazione delle scelte del consumatore, tradotte nella sua volontà contrattuale — si esprime attraverso l'introduzione di rimedi preventivi e collettivi volti alla repressione delle frodi, all'introduzione di un obbligo di informazione a carico del professionista, alla introduzione di un periodo di riflessione a favore del consumatore. Questi rimedi ineriscono alla sfera della autonomia privata, e ne costituiscono altrettanti limiti.

Nella nostra esperienza, si può pensare ad una estensione dell'applicazione della clausola di buona fede, pretendendo l'osservanza di comportamenti leali e corretti di entrambe le parti, ben può portare (come ha già portato) alla introduzione di obblighi *ex lege* a cui si deve attenere la parte contrattualmente più forte; a livello normativo per singoli rapporti si è introdotto il *ius poenitendi*, così come si sono introdotti obblighi di informazione nella fase anteriore alla conclusione del contratto, nella fase della stessa conclusione e nella fase della esecuzione; basti pensare, oltre che alle

<sup>69</sup> CALAIS AULOY, *op. cit.*, p. 240.

discipline di recepimento delle direttive sui contratti conclusi fuori dei locali commerciali, e sui contratti di assicurazione anche alla nuova disciplina dei contratti bancari, come disposta dal testo unico del 3 settembre 1993.

ii) Il riequilibrio del contenuto avviene, in modo negativo, con l'eliminazione delle clausole abusive; in modo positivo, con la determinazione preventiva del contenuto del contratto; la sola concorrenza tra i professionisti non può soddisfare compiutamente l'esigenza di tutela.

Nella nostra esperienza possiamo vantare la presenza di regole codicistiche che già dal 1942 in parte soddisfano quella esigenza (artt. 1341, 1342, 1370); ma i nuovi artt. 1469 *bis* ss. sono assai più impicanti.

iii) L'addizione di obblighi imposti al professionista concerne, nel diritto francese, la c.d. *obligation de conformité*, inerente alla qualità economica di prodotti e di servizi, e la c.d. *obligation de sécurité*, concernente la loro potenzialità lesiva della integrità fisica.

Nella nostra esperienza possiamo segnalare la disciplina generale sulla sicurezza dei prodotti e l'ormai risalente disciplina delle garanzie.

Le conclusioni cui perviene Calais Auloy sono impicanti: come si è capito, la domanda è la seguente: queste innovazioni debbono restare confinate al settore speciale dei consumi oppure possono gradualmente estendersi a tutti i settori, e investire anche il diritto civile (o comune)? La graduale estensione è già in corso, come dimostra la giurisprudenza che interpreta estensivamente la nozione di consumatore. Ma si tratta per l'appunto di una "estensione", non di una generalizzazione. Secondo l'autore vi sono regole che non possono essere generalizzate, come accade per il *ius poenitendi*; vi sono regole non generalizzabili, come quelle concernenti le clausole abusive.

Con riguardo a queste ultime, però, al giurista italiano non può

sfuggire che già il codice civile del 1942 ha introdotto regole generali su tutti i contratti *standard*, ed ha offerto il rimedio della inefficacia, realizzando un controllo quanto meno formale delle clausole non specificamente sottoscritte. Il suggerimento finale comunque è assai ragionevole: il problema si può risolvere per gradi e per settori, sulla base dei principi generali<sup>70</sup>.

La risposta, dunque, non va al di là dei confini della normazione speciale, e di questa richiede un esame settore per settore; il livello di generalizzazione si può ottenere sul piano dei principi generali; ma tali principi non potranno assurgere ad una estensione tale da coinvolgere tutti i rapporti, anche quelli tra professionisti, e quindi non potranno incidere sulle regole generali del contratto, contenute nel *code civil*.

#### b) L'esperienza inglese.

Attese le peculiarità dell'esperienza inglese, l'interrogativo da cui si sono prese le mosse assume contorni ancora diversi rispetto a quelli fin qui esaminati. Non si è in presenza di un codice, ma piuttosto di alcuni *statutes* (l'ultimo dei quali rivolto proprio al recepimento della direttiva, le *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*, 1994). L'interrogativo è posto da Alison Padfield, *barrister londinese*<sup>71</sup>.

Per articolare la sua risposta, l'autore procede da alcune considerazioni di carattere generale concernenti il recepimento delle direttive comunitarie. Il legislatore statuale deve recepire le direttive in modo da adeguarsi appropriatamente ad esse<sup>72</sup>; il giudice nazionale deve anzitutto applicare la disciplina di recepimento<sup>73</sup>; quando

<sup>70</sup> CALAIS AULOY, *op. cit.*, p. 254.

<sup>71</sup> PADFIELD, *The impact on English Contract of EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*, *Journal of Int. B. Law*, 1995, p. 175 ss.

<sup>72</sup> V. i casi *Duke v. GEC Reliance systems Ltd*, 1988, 1 AC 618, HL; *Webb v. Emo Air Cargo (UK) Ltd*, 1993 I WLR 49, HL.

<sup>73</sup> V. la decisione della Corte di Giustizia n.270/91 *Felicitas*, 1982, in ECR 2771.

questa sia stata recepita in modo non corretto o inadeguato, dovrà interpretare il testo di recepimento alla luce del significato della direttiva, tenendo conto anche del preambolo<sup>74</sup>; e potrà pure attenersi ai principi stabiliti in materia di interpretazione dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee<sup>75</sup>. Qualora poi la direttiva non sia stata recepita, ove essa preveda disposizioni precise, chiare e non condizionate, se ne può fare applicazione diretta in senso verticale.

La breve, ma succosa indagine di Padfield, nell'ambito della disciplina dei consumi considerata in tutte le sue articolazioni, si concentra sul testo della direttiva, sul testo di trasposizione, sulle scelte normative interne, e soprattutto sulle questioni interpretative che le *Regulations* pongono al giudice chiamato ad applicarle.

Comunque, il discorso svolto dall'autore differisce da quello di Calais Auloy per la prospettiva di fondo: Calais Auloy si pone l'interrogativo della incidenza delle regole speciali inerenti i contratti dei consumatori sulle regole generali inerenti il contratto; Padfield si pone l'interrogativo delle deroghe introdotte dalla disciplina dei contratti dei consumatori alle regole generali che governano il contratto in *common law*.

Nel caso della direttiva sulle clausole "abusive", la disciplina di recepimento nell'ordinamento inglese appare all'autore effetto di una trasposizione quasi letterale del testo comunitario, ma, per alcuni aspetti, si registrano differenze dalla lettera e dallo spirito della direttiva.

Tra l'altro, si fa riferimento ai casi-limite in cui sia difficile accertare i propositi del consumatore, cioè se egli abbia concluso il contratto per perseguire uno scopo estraneo alla sua attività economica oppure no; le *Regulations* non prendono posizione al ri-

guardo, lasciando dunque spazio all'interpretazione giudiziale. L'autore suggerisce di distinguere tra attività (nel testo inglese "in the course of a business") e singolo atto; in questa seconda ipotesi, anche il commerciante ("trader") può essere considerato consumatore ai fini della disciplina, e quindi profittare della tutela da essa apprestata. Analogo problema si pone per la disciplina italiana, anche se l'inclusione dell'atto occasionale del "professionista" potrebbe essere impropria, atteso che il testo italiano, in modo più ambiguo, si riferisce a chi "agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale" (art. 2 lett. b)).

Quanto alla valutazione della "unfairness" delle singole clausole, l'autore pone in evidenza gli spazi interpretativi lasciati al giudice: le formule impiegate dalla direttiva e dalle *Regulations*, quali "natura", "circostanze", sono emblematiche di questo potere discrezionale, e sono utili per poter adattare le *Regulations* all'evolvere delle prassi negoziali.

Ancora. Le *Regulations* recano l'allegato delle clausole considerate *prima facie* "unfair"; ma si tratta di un elenco non tassativo, né pregiudizialmente sfavorevole alle clausole riportate; la formula adottata dal testo, secondo il quale la lista è meramente "indicativa ed esemplificativa" lascia spazio — secondo l'autore — al giudice per una estensione della lista e per una valutazione ampia della "fairness" di una clausola. Questo spazio si amplia ancor più quando, come si prevede, il giudice può considerare "unfair" una clausola che il consumatore non aveva avuto la concreta opportunità di conoscere prima della conclusione del contratto.

E problemi analoghi si pongono per l'applicazione della clausola generale di buona fede ("good faith")<sup>76</sup>.

Per venire alle deroghe alle regole generali di *common law*, Padfield segnala:

i) la deroga inerente alla "non vincolatività" della clausola che

<sup>74</sup> V. il caso *R v. Tvmen*, 1980, 3 CMLR 101.

<sup>75</sup> V. le decisioni della Corte di Giustizia n. 14/83 *Von Colson v. Land-Nordrhein-Westfalen*, 1984, in ECR 1801; C-106/89 *Morleasing Sa v. Comercial Internacional de Alimentación Sa*, 1990, in ECR I 4135.

<sup>76</sup> PADFIELD, *op. cit.*, p. 178 s.

non sia espressa in "plain and intelligible language"; il problema non riguarda tanto le clausole oscure di qualsiasi contenuto, ma proprio quelle clausole che riguardano l'oggetto o il prezzo sarebbero sottratte, ai sensi della direttiva, al controllo di "fairness" (art. 4, comma 2°), ma vi rientrano in quanto oscure. In tal modo l'intero contratto sarà assoggettato al controllo del giudice, il quale dovrà accertare se il consumatore ha effettuato un "cattivo affare" (*bad bargain*); il problema si è posto anche per l'interprete italiano, e lo si è risolto negli stessi termini;

ii) gli effetti della declaratoria di "unfairness" di una clausola; le *Regulations* non specificano se la "non vincolatività" ridondi in "illegality" o in "voidness". Nel primo caso, secondo le regole di *common law*, il contratto "illegale" può essere vincolante ed efficace se la parte nel cui interesse il contratto è considerato "illegale" in applicazione di uno *statute* intenda ugualmente darvi effetto; diverso sarebbe il caso in cui la "illegality" discendesse non da uno *statute* ma da principi generali<sup>77</sup>; se invece il contratto è considerato "void", ciascuna parte potrebbe trarre profitto dalla decisione.

iii) l'ambito di efficacia delle *Regulations* nel tempo; anche per l'esperienza inglese si sono posti i problemi aperti presso di noi dalla individuazione dei contratti investiti dalla nuova disciplina; che fare per i contratti in corso? Le risposte non sono univoche; presso di noi è prevalsa la tesi che la disciplina di recepimento si applica solo ai contratti conclusi dopo la sua entrata in vigore e ai contratti in corso che siano stati prorogati o rinnovati dopo la sua entrata in vigore; Padfield propende per la soluzione che fa coincidere l'applicazione delle *Regulations* con il momento della loro entrata in vigore, e quindi esclude i contratti conclusi anteriormente al 1° luglio 1995. Ma si pone un ulteriore problema, che si è affacciato anche presso di noi: che dire dei contratti che sono ri-

<sup>77</sup> V. i casi *Browning v. Morris*, 1778, 2 Cowp. 790; e *Kusumu v. Babegbe*, 1956, AC539 (PC).

masti "nel limbo", cioè i contratti conclusi anteriormente alla entrata in vigore della disciplina di recepimento ma posteriormente alla entrata in vigore della direttiva? Nei mesi — o negli anni (per quanto riguarda l'Italia) — di inadempimento all'obbligo di attuazione, si applica la direttiva in modo verticale, o si fa retroagire la disciplina di recepimento?

iv) il rapporto tra le *Regulations* e l'*Unfair Contract Terms Act* del 1977; mentre le *Regulations* si incontrano sulla clausola di "unfairness" e sulla clausola di "good faith", l'*Act* usa clausole generali di tenore diverso, quali "reasonableness", più congeniale alla mentalità inglese; inoltre, le *Regulations* si riferiscono solo ai moduli o formulari già predisposti, mentre l'*Act* considera ogni contratto anche non predisposto; le *Regulations* riguardano ogni clausola, l'*Act* solo le clausole di limitazione o di esclusione della responsabilità; la soluzione proposta consiste nel considerare additivi e integrati i due testi e quindi i rimedi che essi concedono al consumatore; questi problemi di sovrapposizione parziale si sono posti anche nella nostra esperienza a proposito del coordinamento tra gli artt. 1341, 1342, 1370 e gli artt. 1469 -bis ss. c.c.

La conclusione è che essendo così vasti i settori in cui le *Regulations* si applicano, perché quasi tutti i beni e i servizi offerti sul mercato costituiscono oggetto di contratti predisposti dal professionista e quindi assoggettati al controllo di "fairness", i casi di applicazione delle *Regulations* finiranno con il prevalere — in senso quantitativo — sui casi di applicazioni delle regole di *common law*.

## 5.6. Gli effetti della normativa di recepimento sul piano fattuale.

Poiché non dobbiamo dimenticarci del "diritto vivente", ma pure delle fonti di autodisciplina, e delle prassi, possiamo distinguere tre diversi effetti che si potranno verificare, e in parte già si stanno verificando, sul piano fattuale:



i) il primo effetto, che si può coglier anche dalle pagine di Padfield, è di tipo quantitativo: la disciplina di recepimento, nel nostro caso, gli artt. 1469 *bis* ss., sarà la più applicata nel tempo e nello spazio, perché riguarda tutti i contratti conclusi per la diffusione sul mercato di beni e servizi;

ii) il secondo effetto è di tipo qualitativo: sia per ragioni concorrenziali, sia per ragioni inerenti alla difficoltà di distinguere il consumatore dal professionista, sia per esigenza di semplificazione dei rapporti negoziali, per uniformità di modelli e per risparmio di costi, i professionisti tenderanno ad espungere le clausole vessatorie non solo dai modelli destinati ai consumatori, ma anche dagli altri modelli; a quanto mi consta, si sono già orientate in questo senso alcune banche italiane<sup>78</sup>;

iii) il terzo effetto si può prevedere in un lungo arco di tempo: a poco a poco potrà formarsi una prassi, anche per via di *moral suasion* delle associazioni dei professionisti e dei consumatori, così come per l'influenza delle Camere di commercio, fondata sull'idea che i contratti debbono essere chiari e intelligibili, che la controparte deve essere adeguatamente informata prima, durante e dopo la conclusione del contratto, che l'adempimento di oneri formali, anche volontari, è più garantista per entrambe le parti di qualsiasi rapporto concluso verbalmente o per *facta concludentia* (sempre che ciò sia ragionevolmente praticabile).

In questo senso si acuirà la sensibilità dei giudici in ordine alla correttezza di comportamento e si affinerà la loro attenzione allo "squilibrio" contrattuale.

Anche se non si addiverrà ad una riformulazione delle regole generali sul contratto, si procederà, per fasi e per esperienza, a permeare questa disciplina alla luce dei principi e delle regole espresse dalla disciplina dei contratti dei consumatori. Ciò anche per l'effetto del coordinamento tra le discipline di settore, quali

<sup>78</sup> Il riferimento è alla Cassa di Risparmio di Torino e alla Cassa di Risparmio di Genova.

quelle inerenti ai contratti bancari, ai contratti per la fruizione di servizi finanziari, ai contratti assicurativi, ai contratti di viaggio, ai contratti a distanza e fuori dei locali commerciali, ai contratti in attesa di specifica normazione (come i contratti inerenti alla multiproprietà, alle garanzie post-vendita, ecc.), la disciplina dei contratti dei consumatori, la disciplina dei contratti per adesione, la disciplina generale del contratto.

Normazione e prassi sono dunque i pilastri della nuova disciplina. Qui non sono più sufficienti i canoni interpretativi che il giudice è chiamato ad applicare. Qui non sono più sufficienti i canoni prescritti dall'art. 12 delle preleggi, ma occorre integrarli con i principi derivanti dalle singole direttive e dai principi del diritto comunitario, nonché dalle implicazioni derivanti dalle discipline di recepimento introdotte nei diversi paesi dell'Unione.

Si assisterà dunque ad un ulteriore effetto: le regole del codice civile saranno interpretate, là dove esse siano di derivazione comunitaria, secondo canoni diversi rispetto a quelli applicabili *ex art.* 12 delle preleggi. Ma poiché il giudice nazionale è tenuto, in ogni caso, ad applicare la legge interna (anche non derivata dal diritto comunitario) alla luce dei principi comunitari, anche se non espressamente richiamati, si perverrà ad una uniformità di criteri interpretativi.

In quali modi, in quali tempi, con quali tecniche il fenomeno di permeazione delle regole generali sul contratto, e in generale delle regole di codice civile alla luce delle direttive comunitarie si manifesterà è difficile prevedere. Ma si aprirà una nuova stagione per la disciplina del contratto, informata a principi sostanzialmente più equi, in cui le limitazioni alla libertà contrattuale saranno compensate dalla introduzione di rapporti più equilibrati, fondati su una nuova, e più soddisfacente "etica degli affari".

## 6. Introduzione dell'euro e principio di continuità dei contratti.

### 6.1. Premessa.

Nella letteratura giuridica si è avviato il dibattito sugli effetti della transizione alla terza fase del processo di unione economica e monetaria europea<sup>79</sup>.

Già al loro primo apparire, i contributi italiani e stranieri in materia hanno manifestato una pluralità di posizioni, derivanti dalla interpretazione delle norme comunitarie e delle normative di recepimento nei singoli Stati dell'Unione; per semplicità, le diverse posizioni si possono raggruppare in due direttrici di base.

L'una tendente a considerare la conversione in euro come una semplice ridenominazione, salvi gli aggiustamenti richiesti dalla applicazione dei parametri, nella prospettiva precipuamente monetaria che emerge dal complesso delle nuove regole introdotte, sicché le questioni eventualmente emergenti dovrebbero ricondursi alla disciplina dei pagamenti. L'altra, tendente a considerare la conversione in euro come un intervento dell'Unione, e di conserva, del diritto statuale dei singoli Stati membri, nei rapporti tra privati

<sup>79</sup> A titolo esemplificativo, si segnalano i contributi apparsi ad opera di Ulrich WOELKER, *The Continuity of Contracts in the Transition to the Third Stage of Economic and Monetary Union*, in *Common Market L.Rev.*, 33 (1996) p. 1117 ss.; Giuseppe CARRIERO, *I contratti in moneta unica: riflessi civilistici*, in *Foro it.*, 1997, V, c.235 ss.; Uwe SCHNEIDER, *Il quadro di riferimento giuridico per l'introduzione dell'euro*, in *Banca, borsa, tit.cred.*, 1997, I, 585 ss.; Bruno INZITARI, *La disciplina giuridica della introduzione dell'euro*, ivi, 1998, I, 114 ss.; Giorgio DE NOVA, *Il principio di continuità dei contratti dopo l'introduzione dell'euro*, Relazione al Convegno ITA, 1998, *dat.*, ora in *Contratti*, 1998, p.5 ss., cui adde DRAETTA, *L'euro e la continuità dei contratti in corso*, in *Dir. comunitario*, 1997, p.3 ss.; VISCO e SIMONETTI, *L'euro e il problema della continuità dei contratti*, ivi, 1998, p.107 ss.; LICINI, *La continuità dei contratti alla prova dell'Euro*, *Riv. not.*, 1998, p.27; v. altresì relazioni e interventi presentati in diversi convegni: ad es. *L'euro. Aspetti giuridici ed economici*, Roma, 1997; *Documenti sui profili giuridici dell'Euro*, a cura di Pattaro, 1997.

e nei rapporti tra privati e pubbliche Amministrazioni; e più incline quindi a considerare gli effetti che le nuove regole possano dispiegare sui rapporti negoziali.

Ovviamente le due direttrici presentano molteplici punti di interferenza, dal momento che il pagamento è atto solutorio, pur sempre collegato ad una obbligazione e alla fonte di questa, e i rapporti negoziali in tanto sono incisi dal "sistema euro" in quanto prevedano l'effettuazione di pagamenti, o comunque abbiano ad oggetto somme di danaro espresse in monete, nazionali o straniere, diverse dall'euro. Anche se può essere arbitrario andare alla ricerca delle ragioni e delle radici di queste due diverse prospettive, si può ragionevolmente presumere che la prima sia connaturale ai giuristi di formazione economico-bancaria e la seconda sia piuttosto connaturale ai giuristi di formazione civilistico-commerciale (a cui mi ascrivo).

Ancora. Chi ritiene che il problema esaurisca la sua ragion d'essere entro i confini monetari, propende per una maggior certezza dei rapporti negoziali, e, forse, per una maggior rilevanza dell'intervento autoritario (dell'Unione e, di conserva, dei legislatori statuali). In tal inodo, si tende a considerare del tutto influente il cambiamento, dal momento che l'euro, allo stato moneta scritturale, di cui le monete dei Paesi aderenti UEM già costituiscono una frazione, non è altro che un modo virtuale di esprimere le somme determinate nelle monete nazionali, e la sua disciplina costituisce *lex solutionis* e non *lex obligationis* (o *contractus*).

Chi invece enfatizza gli aspetti problematici relativi alla disciplina contrattuale, ha più a cuore la dinamica dei rapporti negoziali e la loro sorte nel corso del tempo e tende a considerare la transizione all'euro anche un problema di *lex contractus*, e perciò meritevole di adattamenti e di provvedimenti *ad hoc*.

Poiché le due direttrici non conducono ad identiche mete, cioè ad identici risultati, è opportuno passare in rassegna alcune delle questioni emerse, ed altre che si potrebbero prefigurare, al fine di



accertare se esse siano già risolubili sulla base della disciplina esistente, oppure se sia necessario operare nuovi interventi, oppure ancora se sia necessario fare ricorso alle tecniche ermeneutiche per individuare soluzioni appropriate.

Il discorso può essere articolato in corrispondenza alle tre fasi in cui è scandita la transizione all'euro:

(i) la prima fase, transitoria, riguardava i pochi mesi che ci dividevano dal 1.1.1999, data alla quale entrarono in vigore i regolamenti sull'euro;

(ii) la seconda fase, che riguarda l'adozione della moneta comune da parte dei Paesi che prendono parte all'Unione monetaria europea (1.1.1999-31.12.2001); in tale fase le monete nazionali sono considerate già come frazioni di euro;

(iii) la terza fase, definitiva, decorrerà dal 1.1.2002, ed in essa l'euro avrà corso legale.

La prima e la seconda fase sono oggetto di queste note, mentre la terza non richiede riflessioni, in quanto i nuovi contratti non presenteranno i problemi aperti dalle prime due.

## 6.2. Il nuovo quadro normativo.

Il processo in esame ha comportato interventi degli organi comunitari e interni degli organi statuali.

Avviato con il trattato di Maastricht del 7.2.1992 (con cui si è nuovamente modificato il Trattato di Roma, in particolare con l'art. 109J) il processo di transizione all'euro è segnato dalle conclusioni del Consiglio europeo raggiunte a Madrid nel dicembre 1995, con cui si è delineato il programma complessivo degli interventi (anche sulla base del c.d. *Libro Verde* della Commissione sugli aspetti pratici della introduzione dell'Euro, Com (95) 333 final), dalle conclusioni raggiunte a Dublino nel dicembre 1996, con cui si è definito il contenuto dei regolamenti necessari per l'introduzione della moneta unica, dalla Direttiva del P.C.M del

3.6.1997 rivolta alle pubbliche Amministrazioni, dal Documento di orientamento "Aspetti contabili dell'introduzione dell'euro" della Commissione, datato 20.6.1997, dal parere dell'IME 97/C 205/07, dalla risoluzione del Consiglio europeo relativa al quadro giuridico per l'introduzione dell'euro del 7.7.1997, dal regolamento CE 1103/97 del 17.6.1997, dalla legge di delega del 17.12.1997 n.433, dalla raccomandazione della Commissione del 23.4.1998 relativa alle spese bancarie per la conversione in euro, dai regolamenti CE 974/98 e 975/98 che completano la disciplina comunitaria in materia, dal d.lg. approvato dal Consiglio dei Ministri (italiano) il 18.6.1998, dal documento di orientamento per le imprese relativo agli "aspetti contabili dell'introduzione dell'euro" approvato dalla Commissione il 20.6.1998.

Occorre altresì precisare che una linea comune e unitaria collega tutti i provvedimenti citati (pur essendone diversa la fonte e la durezza) che riguardano gli effetti del processo sui contratti.

Al di là del quadro generale che si può comporre coordinando tra loro queste fonti, i dati testuali di riferimento riguardano soprattutto:

(i) del regolamento 1103/97 i "considerando" nn. 7,8,9,11 e gli artt. 1,2 e 3 (essendo quest'ultima la disposizione cardinale);

(ii) della l. di delega n. 433 del 1997, l'art. 2 lett. a);

(iii) del d.lg. di precisazione del primo regolamento comunitario, gli artt. 1 e 2;

(iv) del documento di orientamento, i principi sub. 2.16.d e 2.17.

Purtroppo, tra le precisazioni che si era legittimati ad attendere (quanto meno da coloro che non ritenevano la transizione *neutra*), non vi sono disposizioni tali da risolvere in modo esplicito le questioni sollevate dai giuristi in materia di rapporti negoziali, sicché allo stato esse debbono essere risolte — ove possibile — in via interpretativa.

Nella sostanza, non vi sono rilievi determinanti da segnalare ri-

spetto ai testi citati, sicché è sufficiente svolgere alcune considerazioni sul primo regolamento, che reca la disciplina di base; ma preme segnalare che le espressioni impiegate nei documenti comunitari sono tutte omologhe, assertive, ripetitive, tali quindi da non offrire particolare aiuto all'interprete. Qui si scontano i caratteri tipici della tecnica legislativa comunitaria, propria dei regolamenti e delle direttive, nel senso che il testo è preceduto da alcuni "considerando" esplicativi dello scopo della disciplina, a cui seguono le definizioni, e alcune disposizioni di portata prescrittiva.

Sempre sotto il profilo della tecnica normativa si segnalano:

(i) la scelta di procedere alla normazione mediante regolamento, piuttosto che non mediante direttiva; le ragioni di questa scelta sono molteplici, dal momento che non si tratta né di armonizzare né di unificare discipline già esistenti negli ordinamenti degli Stati membri, ma piuttosto di regolare *ex novo*, e in via diretta immediatamente vigente in ciascuno dei Paesi aderenti all'Unione monetaria le materie inerenti l'introduzione dell'euro; inoltre, la direttiva dà luogo spesso a trasposizioni non univoche negli ordinamenti dei Paesi, mentre con riguardo al sistema monetario è necessario che le divergenze siano ridotte al minimo grado;

(ii) la scelta di combinare intervento comunitario e autonomia privata, il punto focale del discorso;

(iii) la scelta di definire la terminologia con espressioni di carattere generale (e, per noi, non sempre precise), quali quella di "strumenti giuridici", in cui si ricomprendono, per le finalità perseguite, sia disposizioni normative, sia atti giudiziari, sia atti di autonomia privata, specificamente indicati in "contratti, atti giuridici unilaterali, strumenti di pagamento" (scelta necessaria, anche se infelice dal punto di vista della esattezza lessicale e concettuale);

(iv) la scelta di introdurre un principio generale (citato nel 7° considerando) denominato di "continuità" dei contratti, che si affianca ai principi generali del diritto comunitario; anche questa appare una scelta necessaria, ancorché di natura politica piuttosto che

non tecnica; l'espressione "continuità", tradotta dall'inglese "continuity" implica che il contratto "continui" a produrre effetti, anziché cessare di produrli; ed inoltre, che produca gli stessi effetti che avrebbe prodotto se la nuova circostanza sopravvenuta (il passaggio all'euro) non si fosse manifestata; è quindi una situazione di *permanenza di effetti inalterati*, piuttosto che non di semplice letterale continuità o, peggio, di ultrattività<sup>80</sup> che implica già o che gli effetti siano cessati o che vi sia un ostacolo che implichi un intervento *ab extra* per provocare gli effetti desiderati.

Per sua natura, il regolamento comunitario, una volta approvato, diviene immediatamente vincolante negli ordinamenti degli Stati membri (i regolamenti in esame contengono disposizioni sia per gli Stati aderenti, sia per i non aderenti, sia per i rapporti con i Paesi terzi); le disposizioni previgenti sono quindi abrogate, quelle in contrasto sono disapplicate, quelle che sono da coordinare con la nuova disciplina si debbono interpretare in modo da non contrastare la nuova disciplina.

Prima di procedere a queste operazioni, occorre però spendere qualche parola sulle disposizioni cardinali del nuovo quadro normativo, sul principio di continuità dei contratti e sull'esegesi degli artt. 2 e 3 del regolamento n. 1103/97.

### 6.3. Il c.d. principio di continuità dei contratti.

Gli effetti del sistema monetario unificato sui rapporti obbligatori sono governati — si legge nei documenti comunitari e nei "considerando" anteposti al regolamento citato — dal principio di "continuità" dei contratti. La formula, nel considerando n. 7, è assai generale essendo espressa con i seguenti termini, che conviene considerare in modo analitico:

<sup>80</sup> come ritiene LICINI, *op.cit.* p.40.

(I) (...) È un principio di diritto generalmente accettato che la continuità dei contratti e degli altri strumenti giuridici non è influenzata dalla introduzione di una nuova moneta;

(II) (...) Il principio di libertà contrattuale deve essere rispettato; (...)

(III) Il principio della continuità *dovrebbe* essere compatibile con qualsiasi elemento concordato tra le parti in relazione alla introduzione dell'euro; (...)

(IV) per rafforzare la certezza giuridica e la chiarezza è *opportuno* confermare esplicitamente che il principio della continuità dei contratti e degli altri strumenti giuridici si applica tra le ex monete nazionali e l'euro, oltre che tra l'ecu (...) e l'euro (...).

La prima asserzione è bilanciata dalla seconda, dal momento che il c.d. principio di continuità in tanto è invocato in quanto si è consapevoli che si è modificato in via autoritativa uno degli elementi del contratto (di volta in volta, l'oggetto o il contenuto ovvero la causa); l'intervento autoritativo non intende tuttavia sacrificare la libertà contrattuale, che è fatta salva dall'asserzione seguente; la terza asserzione è ottativa, nel senso che si auspica che la conversione non urti le pattuizioni private originarie delle parti; la quarta asserzione costituisce la chiave di volta dell'intero considerando e degli artt. 2 e 3 reg.cit., che lo traducono in formula normativa esplicita: la continuità del contratto — aspetto che dovrebbe essere affidato esclusivamente all'autonomia dei privati — è oggetto di normazione in quanto la sua conferma è garanzia di certezza dei rapporti giuridici.

Il considerando è tradotto in formule icastiche negli artt. 2 e 3, a mente dei quali l'autonomia contrattuale è intesa, in questo contesto, in modo estensivo: non si tratta di salvaguardare quanto le parti abbiano originariamente concluso, perché l'introduzione dell'euro è comunque tale da modificare un aspetto del contratto (quanto meno, la moneta che le parti avevano preso in considera-

zione); si tratta di salvaguardare quanto le parti abbiano stabilito *a proposito dell'introduzione dell'euro*; se per contro le parti nulla abbiano stabilito, "l'introduzione dell'euro non avrà effetto di modificare alcuno dei termini di uno strumento giuridico" (art. 3, prima parte, reg. cit.).

Si procede dunque ad una *finzione*: ancorché si verifichi la conversione della moneta contrattuale in euro, tale conversione si considera come se fosse meramente tipografica, perché non potrà considerarsi una modificazione dei "termini" del contratto. La finzione dunque sta a significare che anche se occorreranno gli aggiustamenti per i decimali, e gli arrotondamenti, tali variazioni non hanno significato giuridico ultroneo rispetto alla semplice variazione numerica. Si è parlato, a questo proposito, di "mascherata normalizzazione"<sup>81</sup>, con un'espressione ad effetto che esplicita la tecnica della finzione, peraltro connaturale ad ogni tecnica legislativa, anche comunitaria.

È appena il caso di rilevare che anche il principio di continuità dei contratti, così come evocato e applicato, è un mero espediente retorico, dal momento che esso viene impiegato per sostenere giuridicamente una innovazione che non ha di eguali nella storia dei singoli Paesi dell'Unione, né nella storia umana (quanto meno recente), in quanto l'introduzione della nuova moneta è dissociata dall'esercizio della sovranità politica<sup>82</sup>; altri<sup>83</sup> hanno sottolineato come l'affermazione del principio non abbia natura meramente ricognitiva, ma anzi, vada ben al di là di questa, volendo impedire qualsiasi effetto sui contratti.

Per guardare all'esperienza nazionale, oltre a segnalare che di tale principio non si trova traccia né in dottrina, né in giurispru-

<sup>81</sup> LICINI, *op. cit.*, p.43.

<sup>82</sup> Sul punto v. CAPRIGLIONE, Conferenza tenuta nell'ambito del corso di perfezionamento in diritto dei consumi e della responsabilità civile, Università di Roma La Sapienza, giugno 1998.

<sup>83</sup> RIOLO, *op. cit.*

denza, e che esso non è assimilabile al principio di *conservazione* (artt. 1367, 1419 cod. civ.), ci si può chiedere se i suoi effetti siano interamente riconducibili al principio nominalistico dettato dall'art. 1277 cod. civ.<sup>84</sup>. Ma la risposta sembra essere negativa, in quanto questo secondo principio potrebbe riguardare solo i contratti in cui la moneta contrattuale fosse espressa in lire italiane, non invece se fosse espressa in una delle altre monete nazionali dei Paesi aderenti all'unione monetaria; si discute se il principio di continuità sia applicabile nei casi in cui la moneta contrattuale sia espressa in una delle monete dei paesi dell'Unione non aderenti all'unione monetaria, e se sia anche applicabile ai contratti espressi in moneta di Paese terzo.

Se si considera l'esperienza nazionale, si può anzi affermare il contrario, e cioè che la continuità del contratto (cioè la continuità degli effetti del contratto originariamente concluso dalle parti) è incisa dal cambiamento della moneta nazionale. Il c. 2 dell'art. 1277 cod. civ. dispone infatti che "se la somma dovuta era determinata in una moneta che non ha più corso legale al tempo del pagamento, questo deve farsi in una moneta legale *ragguagliata per valore alla prima*". Non si ha quindi una sostituzione automatica di clausole (o di frammenti di clausola) ex art. 1339 cod. civ. né una completa indifferenza dell'ordinamento rispetto al cambiamento. Il principio nominalistico serve solo a consentire la dissociazione tra valore nominale e valore intrinseco della moneta e a legittimare il pagamento nella nuova moneta. Ciò per quanto riguarda la *lex monetae*, che non impinge sulla *lex contractus*.

Di più: ove gli effetti del cambiamento fossero tali da alterare la base negoziale, è possibile fare ricorso alla teoria della presupposizione, oltre alla teoria della impossibilità sopravvenuta per *factum principis*, oppure alla teoria della eccessiva onerosità sopravvenuta, che portano alla risoluzione del contratto, salva la ri-

<sup>84</sup> In questo senso si sono espressi RUTA, *op.cit.*, p.208 e DELEBEQUE, *op.cit.*, p.69 con riguardo all'art. 1134 Code Napoléon.

negoziazione o la previsione di clausole apposite in vista della modificazione.

Ovviamente, spetta alla parte che invoca la presupposizione, etc., di dare la prova che la modificazione della moneta avrebbe l'effetto di alterare la base negoziale o di rendere impossibile o eccessivamente onerosa la prestazione, o indeterminabile l'oggetto del contratto.

#### 6.4. *L'ambito di operatività del c.d. principio di continuità del contratto e il significato dell'art.3 reg. CE n. 1103/97.*

Il problema si è subito posto all'attenzione della Commissione, ma lo si è voluto risolvere in modo apodittico, assumendo che la menzione del principio di continuità nei testi normativi ha funzione meramente dichiarativa, con ciò escludendo un intervento comunitario modificativo della disciplina dei singoli ordinamenti, e che in ogni caso l'introduzione dell'euro non può considerarsi fatto imprevedibile o fatto sconvolgente l'economia del contratto<sup>85</sup>.

Il problema riguarda sia l'estensione sia la cogenza dell'art. 3 reg.

Sono allora tre le opzioni interpretative che si possono assegnare all'art. 3 del reg. cit.:

(i) l'art. 3 dispone, in via autoritativa e vincolante per le parti che l'introduzione dell'euro e quindi la sua sostituzione ad ogni moneta utilizzata dalle parti che corrisponda ad una delle monete dei Paesi aderenti all'unione monetaria non può avere alcun effetto sul contratto, nel senso che una parte è obbligata comunque ad adempiere la prestazione, e a non avvalersi di alcuno strumento per sottrarsi all'adempimento;

(ii) l'art. 3 non incide sui rimedi concessi dai singoli ordinamenti alle parti, qualora la conversione alteri la base negoziale o

<sup>85</sup> Libro Verde, *cit.*

qualche elemento del contratto tale da sconvolgere l'economia dell'affare;

(iii) l'art. 3, facendo salva l'autonomia delle parti, rimette alle parti la soluzione negoziale del problema, nel senso che *entrambe* le parti debbono convenire sul da farsi; quanto ai tempi, l'autonomia può essersi esplicitata al momento della conclusione del contratto, con la previsione esplicita di clausole relative alla situazione che si sarebbe venuta a creare con l'introduzione dell'euro, oppure in un momento successivo, in previsione dell'adozione della normativa ad hoc o in seguito all'adozione della normativa ormai vigente.

L'espressione contenuta nella parte finale dell'art. 3 ("La presente disposizione non pregiudica eventuali accordi assunti dalle parti") è così ampia da non escludere alcuna delle alternative sub (iii).

Ciascuna di queste interpretazioni produce effetti di grande rilevanza: la prima è la più cautelativa del sistema monetario, e la più aderente alla funzione "sovra" dell'Unione europea; la seconda è più cautelativa dell'autonomia della singola parte e dei suoi interessi economici; la terza si rifugia nella libertà negoziale.

Si consideri ancora che la prima interpretazione non solo travolge qualsiasi rimedio che la singola parte volesse invocare per sciogliersi dal vincolo negoziale, ma anche eventuali clausole che le parti avessero previsto originariamente; non travolge per contro i patti che le parti avessero concluso successivamente, in quanto la vincolatività della prima parte è compensata dalla libertà riconosciuta nel disposto finale.

### 6.5. Le incertezze della dottrina.

Si è anticipato in apertura di queste note che la dottrina è divisa sulla interpretazione di queste disposizioni, anche se alcuni dei contributi apparsi sono stati elaborati nel corso dell'*iter* norma-

tivo, o quando il primo regolamento era solo allo stadio di progetto (anche se non si riscontrano differenze notevoli tra il progetto e il testo definitivo) e quando il decreto legislativo di adeguamento non era stato ancora emanato.

Considerati sinteticamente, e soltanto per gli aspetti accennati in queste note, i contributi citati sono emblematici delle problematiche affrontate dalla dottrina in questa materia. Come si è anticipato, si prenderanno in considerazione solo gli aspetti contrattuali e non anche quelli relativi ai pagamenti.

(i) Un problema emerso riguarda la conversione dei debiti in ecu in debiti in euro; il reg.cit. dispone la parità di ecu in euro; tuttavia, la presunzione di parità è superabile "tenendo conto della intenzione delle parti"; così dicendo, sembra di capire che, ai sensi del regolamento, la conversione dall'ecu all'euro non può comportare alterazioni oggettive nel programma economico delle parti; ma questa presunzione oggettiva non è fondata, in quanto il tasso di interesse in euro dovrebbe essere più conveniente per il debitore, mentre il rimborso in euro, anziché in ecu, potrebbe essere più oneroso. Occorrerà quindi una interpretazione del contratto che confronti la situazione nuova con quella che le parti avevano convenzionalmente definito all'atto della conclusione del contratto; si tratta di un processo ermeneutico che non potrà essere limitato alla *intenzione* delle parti in sé, dal momento che, com'è noto, l'intenzione ricostruita è una intenzione virtuale; occorrerà dunque valutare non solo il comportamento, ma anche la natura (o il tipo) del contratto per accertare la fondatezza della presunzione; di qui il dubbio che l'art. 3 (ma anche l'art. 2) facendo riferimento alla intenzione delle parti possa o meno prescrivere in modo cogente un procedimento ermeneutico, senza riguardo alla disciplina generale del contratto vigente negli ordinamenti nazionali;

(ii) altro problema è posto dalle clausole, previste originariamente dalle parti, che riguardino eventuali cambiamenti in ordine alla moneta, ai cambi, ai parametri, etc.; chi è favorevole alla in-

controversia, e quindi sia limitativa non solo del diritto di rivolgersi all'A.G.O., ma anche di scegliere liberamente rimedi paragiurisdizionali diversi dall'arbitraggio; quanto poi al rinvio all'art. 1349 — rinvio peraltro inutile, in quanto la disposizione resta comunque vigente per qualsiasi ipotesi contrattuale — esso potrebbe operare solo nel caso in cui il terzo non abbia potuto assolvere il compito affidatogli o sia stato iniquo nel suo assolvimento; la parola finale sarà dunque rimessa al giudice.

Qualche problema potrà essere risolto dalla dematerializzazione dei titoli, e dal funzionamento del sistema bancario, se le parti si rivolgeranno alla banche (come è presumibile) per i trasferimenti di denaro e per effettuare i pagamenti. Ma anche questo non è rimedio universale, né tale da eliminare in radice i problemi sopra enunciati, che rimangono aperti se non si dà una interpretazione estensiva all'art. 3 reg.cit.

L'introduzione dell'euro e la codificazione del principio di continuità dei contratti possono essere riguardati come un ulteriore passo verso una disciplina generale del contratto elaborata in sede comunitaria. Qui si apre un altro capitolo della nostra storia recente, in cui si contemperano, a livello sovranazionale, interessi economici tra loro contrapposti, non solo si sacrificano i caratteri originali dei singoli sistemi nazionali, ma si scrivono nuove regole di portata generale. La spinta verso l'unità europea, l'esigenza di ridurre le frizioni, le questioni, gli ostacoli alla libera circolazione di persone, capitali, merci, servizi, l'opportunità di superare le diversità delle forme giuridiche delle operazioni economiche, la richiesta di certezza dei rapporti farebbero propendere per una interpretazione estensiva dell'art. 3 reg.cit.

Ma occorre fare una distinzione basilare: un conto è il regime corrente, che si instaurerà a partire dal 1.1.2002; altro conto è il regime transitorio. Se non si vuol mantenere in vita le questioni — tutte fondate — sopra accennate, occorre provvedere non per via di interpretazione, ma per via legislativa. Di qui le ampie riserve

non solo sulla ambiguità dei testi comunitari, ma anche, e soprattutto, sul decreto legislativo che avrebbe dovuto dissolvere le ambiguità, anziché accrescerle.



**Istituto Giuridico Sammarinese**  
**Università degli Studi della Repubblica di San Marino**

**Redazione a cura del dottor Massimiliano Simoncini**

*Hanno reso possibile la stesura di questo fascicolo della Miscellanea il dottor Domenico Gasperoni, Coordinatore Dipartimento Affari Interni, la Signora Grazia Treccani, Responsabile dell'Ufficio Affissioni e Duplicazioni dello Stato, e il Signor Cesare Biordi, Responsabile Ufficio Fotocopie della Segreteria di Stato per gli Affari Interni. A loro il Consiglio Scientifico dell'Istituto Giuridico rivolge un sentito ringraziamento.*

*Segreteria dell'Istituto Giuridico Sammarinese*  
*San Marino Città - 47890 Repubblica di San Marino*  
*Tel. 0549 882501 - Fax 0549 885334*