

**Di Giuseppe Vettori****Ordinario di Diritto civile della Università di Firenze**

Se la dialettica fra diritto comune e diritto speciale attraversa, con significati diversi, tutta la modernità, il diritto del consumo domina il presente ed è facile capire il perché.

Dalla metà del secolo passato in Europa quelle regole sono state al centro della riflessione sul contratto, prima negli Stati nazionali e poi nel processo di uniformazione. Oggi sia in Italia che nel diritto comunitario quel diritto speciale è oggetto di un ripensamento radicale. E non si può che muovere da qui per fissare le linee di evoluzione di questa vicenda, individuare i tratti del presente, riflettere sui segni che indicano una stagione diversa e ulteriore che già si intravede.

**a) La linea di evoluzione. Persona e Mercato**

La dottrina italiana segue linee diverse nella ricerca di una disciplina del contratto in Italia e in Europa.

Da un lato si analizzano le regole a seconda delle figure soggettive rilevanti e dei relativi regimi giuridici di protezione ed emergono così gli statuti del

consumatore e dell'impresa debole<sup>1</sup>, con spunti diversi in ordine alla possibile estensione della disciplina all'interno della relativa classe ed anche oltre<sup>2</sup>.

Altri delimitano, per recuperare linearità e coerenza del sistema, una categoria di contratto asimmetrico riferibile ad ogni cliente protetto per una diversità di potere dovuta non al rapporto di consumo, ma ad una "prestazione caratteristica" o alla posizione di mercato occupata.<sup>3</sup> Ciò ponendo in luce la perdita di centralità della figura del commentatore a favore di una disciplina dai confini più ampi rivolta ad un soggetto di mercato impegnato in una

<sup>1</sup> v. in particolare C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 555 ss.; *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e M. Villa, Bologna, 2008 ed ivi il contributo di G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, p. 16 e C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondari. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 406.

<sup>2</sup> Per una sintesi G. VETTORI, *Diritto privato ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 133 ss.

<sup>3</sup> V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere giur.*, 2009, p. 267 ss.



relazione asimmetrica, dipendente da fattori fisiologici e non dalla patologia dell'accordo (vizi della volontà, rescissione).

La proposta è suggestiva perché individua una linea di evoluzione in atto nella normativa, ma teorizza una categoria (quella del cliente) di difficile delimitazione e si sofferma sullo *status* e le qualità soggettive come unica prospettiva possibile.

D'altra parte<sup>4</sup> si sottolinea come il consumatore e l'impresa debole siano non tanto figure di contraente debole oggetto di una politica redistributiva, quanto "agenti di razionalità", protetti per finalità inerenti alla stessa configurazione giuridica del mercato europeo. Ne segue che disciplina speciale e disciplina generale assumono peculiari contorni mentre il diritto privato generale è tutto da costruire attraverso una comunicazione continua fra i due ambiti<sup>5</sup>.

Di fronte a queste ipotesi è forse utile riproporre un metodo diverso che non privilegia una qualità del contraente (consumatore, cliente, impresa debole) o la prospettiva rimediabile (priva di un riferimento ad interessi sostanziali protetti) ma assume come elemento decisivo il diverso rilievo giuridico della persona, oggetto di norme e principi nuovi, e del mercato, come istituto giuridico al cui interno si determinano le posizioni di potere dei contraenti e i relativi correttivi<sup>6</sup>. Tutto ciò per precisare nel sistema attuale delle fonti, diritti e doveri contenuti in norme ma anche in principi di cui si dovranno precisare i contorni e le basi di disciplina attraverso la predisposizione di nuove tecniche applicative attente alla definizione di nuovi rimedi di carattere generale.

Ciò che sta accadendo in Europa sembra indicare questa direzione.

Dopo l'*Action Plan* del 2003 la Commissione si era proposta un duplice obiettivo. Migliorare

<sup>4</sup> V. S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2010, p. 601 ss.

<sup>5</sup> V. S. MAZZAMUTO, *op. cit.* La comunicazione fra diritto primo e diritti secondi può porre le basi per affermare l'esistenza di nuovi istituti come il diritto alla rinegoziazione nei contratti a lungo termine, una nuova estensione dell'adempimento specifico, una più chiara emersione dell'*exceptio doli generalis*. D'altra parte la gravità e novità della crisi economica mondiale giustifica, secondo tale linea di pensiero, un mutamento netto. L'attenuazione di una regolazione basata solo sulla trasparenza e su rimedi *ex post* di natura risarcitoria e la ripresa di rimedi di carattere preventivo con il ritorno di divieti normativi sanzionabili con la nullità radicale dell'atto contro degenerazioni dell'autonomia che non possono essere altrimenti sanzionate.

<sup>6</sup> V. G. VETTORI, *Persona e mercato, lezioni*, Padova, 1996. Id., *Diritto dei contratti e costituzione europea*, Milano, 2005.

l'*acquis* in tema di consumo e definire un Quadro comune di riferimento contenente principi e modelli di regole comuni. Le due proposte di Direttiva del 2008 hanno avuto un'accoglienza molto tiepida. Da qui la pubblicazione del libro verde del 2010 che rilancia il tema di una disciplina generale del contratto per una serie di motivi chiari.

**b) Il documento della Commissione sul diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese.**

Dopo molte incertezze la Commissione ha chiamato a raccolta giuristi e studiosi<sup>7</sup> su di un obiettivo chiaro. Potenziare il mercato interno e utilizzare il diritto dei contratti come strumento di attuazione e potenziamento di questa finalità fondamentale per la vita dell'Unione.

Le ragioni tecniche sono del resto evidenti.

La diversità dei diritti nazionali crea dei costi di transazione supplementari e insicurezza giuridica per le imprese, indebolisce la confidenza dei consumatori per il mercato interno, ostacola l'adattamento delle condizioni contrattuali. D'altra parte le diversità delle lingue e la difficoltà di reperire facilmente traduzioni delle legislazioni nazionali impone di consultare esperti con rilevanti costi e ciò scoraggia consumatori e imprese, in particolare dei paesi più piccoli, a sviluppare relazioni transfrontaliere, con danni elevatissimi per l'economia europea e per il benessere sociale nell'Unione.

Da qui la necessità di consolidare il mercato interno tramite anche il potenziamento del diritto europeo dei contratti e l'idea di lanciare una consultazione pubblica capace di indicare le azioni da intraprendere.

Il testo dovrebbe riprendere le regole imperative del diritto dei consumatori, basarsi sull'*acquis* dell'Unione, formulare regole per la parte generale del contratto e per alcuni tipi più rilevanti come la vendita, i contratti di servizi, il contratto di assicurazione di cui esistono alcuni principi generali a livello europeo.

**c) Oltre la figura del consumatore**

Certo è insomma che nel diritto interno e comunitario emerge l'insufficienza della sola attenzione al consumatore e la necessità di affiancare alla disciplina di settore nuovi strumenti e nuovi rimedi di carattere generale.

L'obiettivo è condivisibile per molte ragioni.

La disciplina di settore non esprime principi generali ed è estensibile solo in base all'analogia *legis*

<sup>7</sup> Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables in vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, Bruxelles, le COM (2010) 348/3.

e *non juris*. Non è consentito un passaggio diretto di regole fra diritti speciali senza una “verifica di adeguatezza sulla base del diritto generale”. Il diritto del consumo esige sempre un confronto con la disciplina generale del contratto nei diritti nazionali e nel mercato unico<sup>8</sup>.

Resta da precisare come si debba procedere perché la politica ha i suoi luoghi e i suoi tempi, difficili da prevedere, ma la scienza giuridica ha una responsabilità grande.

Da alcuni decenni Dworkin ha ammonito che il positivismo non è il metodo più adatto per comunità giuridiche complesse<sup>9</sup>. La risposta dopo trenta anni ai suoi critici è del tutto convincente. La derivazione del diritto dalla sola legge è un dogma perduto, mentre il tentativo di collegare ad una norma superiore o al consenso generale la giuridicità di una regola è ancora più improponibile. Ciò perché si tenta di conservare il nome di positivismo ad una concezione del diritto che è estranea a quel metodo<sup>10</sup>.

Una conferma si trae dal presente.

La priorità di un’interpretazione e attuazione dei precetti in modo costituzionalmente orientato è ormai indiscusso in Italia e in Europa. Ebbene quelle norme sono spesso prive di fattispecie e indicano principi diversi da quelli contenuti nell’art. 12 delle Disposizioni preliminari al codice civile. La Carta è un *prius* e non un *posterius*. I suoi principi non riassumono o astraggono da dati conosciuti ma indicano un nuovo ordine da realizzare.

Negli anni 60 e 70 del secolo scorso i civilisti italiani divennero i sostenitori del valore solo programmatico delle norme costituzionali, in ossequio al positivismo imperante che esigeva di dare unico rilievo alle norme scritte contenute nel codice civile. Quell’errore non può essere ripetuto.

Occorre abbandonare la sola ricerca di conformità alla regola e la logica della fattispecie prendendo definitivamente coscienza di alcuni dati acquisiti<sup>11</sup>.

Fondamentale è il ruolo del fatto che non chiede, sempre più spesso, di misurarsi con un determinato precetto ma ha in sé, nella complessità delle fonti, elementi per acquisire rilevanza giuridica<sup>12</sup>. Certo il fatto affiora nel diritto tramite l’interpretazione e attraverso tecniche nuove. Spesso sarà utile l’intreccio fra legislazione speciale e norme genera-

li, altre volte si dovranno concretizzare i principi sulla base di altri principi, regole o clausole generali.

Qualche esempio può chiarire questo procedimento.

Il ruolo della buona fede nella formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto è profondamente mutato. Basta leggere un repertorio. Comportamenti delle parti e circostanze di fatto assumono un rilievo impensabile solo qualche anno fa. Uno studioso o un avvocato che ignorasse questo elemento di novità farebbe male il suo lavoro<sup>13</sup>.

L’autonoma determinazione delle parti assume un contorno diverso dal passato. Basta pensare alla giurisprudenza di legittimità che esalta un principio generale in tal senso, all’amministrazione di sostegno e al nuovo titolo XII del primo libro del Codice civile sulle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia. E’ sufficiente ricordare ancora la giurisprudenza penale in tema di convenzione di incapaci. Di recente si considera nullo per violazione della norma penale un contratto concluso con menomazione “*del potere di critica*” o con un “*indebolimento della funzione volitiva o affettiva che agevolino la suggestionabilità e diminui-*

<sup>13</sup> Per la responsabilità precontrattuale anche in presenza di un contratto concluso e valido: cfr. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, con commento di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 104 ss.; in *Foro it.*, 2008, I, c. 784 ss. con nota di E. SCODITTI. La pronuncia conferma Cass., 29 settembre 2005, n. 19024 con commento di V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l’ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, p.892 ss. v. altresì G. Vettori, *Centralità del Giudice e filtro in Cassazione (sull’art.360 bis c.p.c.)*, in *Obbl. cont.*, 2010, p. 1ss.; Id., *L’abuso del diritto. Distingue frequenter*, ivi, p. 166ss.

Per la violazione della buona fede durante l’esecuzione del contratto: cfr. Cass., sez. un., novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1514. Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, 6, p. 697, con nota di FESTI.

Sull’interpretazione secondo buona fede cfr.: Cass., sez. III, 21 giugno 2004, in *Assicurazioni* 2005, II, 2, p. 58, *contra*: Cass., 27 maggio 2003, n. 8411, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 3112.

Di recente la Suprema Corte ha affermato che buona fede e correttezza “*consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l’equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l’abuso del diritto*”. Così Cass., 18 settembre 2009, n. 20106 in *Foro it.*, 2010, I, c. 85, con nota di R. PARDOLESI – A. PALMIERI, *Della serie “a volte ritornano”: l’abuso del diritto alla riscossa*.

<sup>8</sup> V. G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., p. 152 ss.

<sup>9</sup> R. DWORKIN, *Il modello delle regole*, ora in *I diritti presi sul serio*, Nuova ed., Bologna, 2010, p. 37 ss.

<sup>10</sup> R. DWORKIN, *Trenta anni dopo*, in *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2010, p. 204 ss.

<sup>11</sup> V. G. Vettori, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., p. 173 ss.

<sup>12</sup> P. GROSSI, *Tra fatto e diritto*, in *Quaderni fiorentini*, 2009, p. 38 ss.



scano i poteri di difesa del soggetto”<sup>14</sup>. Tutto ciò richiama un nuovo ordine, ancora da costruire, sulla rilevanza della autodeterminazione delle parti.

Per quanto attiene alle sopravvenienze la norma esistente (1467 c.c.) non è più l’unico possibile regolatore del fenomeno. Si è posto in luce che nei contratti di lunga durata (relazionali) emerge un dato di fatto che acquista rilievo giuridico. L’impossibilità, a differenza dei contratti di semplice scambio, di prevedere il futuro e di fissare con precisione l’oggetto dell’obbligo. Questa circostanza impone una soluzione rimessa alla previsione delle parti o alla clausola generale di buona fede.

Insomma, le norme del codice e della legislazione di settore non danno spesso risposte sufficienti e non sono più gli unici elementi di valutazione e di applicazione della regola<sup>15</sup>.

Il vero è che la complessità attribuisce all’interprete poteri e responsabilità nuovi. Si tratta solo di non smarrirsi nel dubbio e di non rifugiarsi nell’astrazione per impegnarsi nella definizione di nuove tecniche di attuazione e concretizzazione dei principi. Con un orientamento.

I problemi non saranno mai risolti dalla stessa cultura che li ha generati ma occorre un nuovo sapere e nuove azioni consapevoli dei limiti del passato e delle potenzialità di strumenti nuovi.

<sup>14</sup> Cass., 23 maggio 2006, n. 12126, in *Società*, 2009, 9, p. 1105 ss; Cass., 20 settembre 1979, n. 4824, in *Giust. Civ.*, 1980, 1, p. 943 ss.; Cass., 29 ottobre 1994, n. 8948, in *Corr. Giur.*, 1995, 2, p. 217 ss. con nota di MARICONDA, *Quale invalidità contrattuale nel caso di circonvenzione d’incapace?*; Cass. 27 gennaio 2004, n. 1427 in *Contratti*, 2004, 11, p. 997 ss con nota di ALBANESE, *La tutela civile dell’incapace vittima di circonvenzione*, tutte citate in G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009. Cfr. anche Cass. pen., 11 febbraio 2010, n. 18158, in *Guida al diritto*, 2010, 29, p. 80.

<sup>15</sup> V. G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, pp. 143 ss, ora in *Scritti giuridici*, vol. III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, p. 200 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; F. CAFAGGI (a cura di), *Il contratto di rete*, *Commentario*, Bologna, 2009; A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009; P. GALLO, voce “*Revisione del contratto*” in *Digesto priv./civ.*, VII, Torino, 1998, p. 431 ss. F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; R. TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto*, in *Enc. del diritto*, Milano, 1989, vol. XL; C. GRANIERI C., *Il tempo e il contratto, itinerario storico – comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007; V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, Milano, 2006.