

**CONTRATTO RUGIADOSO E  
CONTRATTO RUDE NEL DIRITTO  
EUROPEO E COMUNITARIO**

SOMMARIO

1. L'edificazione del diritto europeo dei contratti: l'autonomia negoziale ordoliberalale. – 2. La questione delle fonti: la comparazione critica e i principi del diritto contrattuale europeo. – 3. Due modelli contrapposti: contratto rugiadoso e contratto rude. – 4. Il problema della causa e della qualificazione degli accordi. – 5. Il contratto: civilistico, fra imprese, col consumatore, fra soggetti professionalmente ineguali.

**1. L'edificazione del diritto europeo dei contratti: l'autonomia negoziale ordoliberalale**

La questione del diritto positivo europeo dei contratti, in quanto diritto già oggi applicabile, e non in quanto ricerca di una convergenza fra i diversi diritti nazionali<sup>1</sup>, si inserisce appieno nella discussione attuale sulle varie categorie del contratto. In realtà non si tratta qui di categorie già ben levigate e compiutamente costruite, ma piuttosto di figure che debbono ora ricevere una loro più compiuta sistemazione. Il termine stesso categoria va quindi, qui, inteso non già nel senso di una sicura determinazione concettuale che ne individua oggetto e limiti, ma piuttosto nel senso greco prefilosofico di *katà agorèuo*, cioè di ciò di cui pubblicamente si discute<sup>2</sup>.

Orbene, come è noto, il diritto positivo europeo dei contratti prende le mosse dalla Convenzione di Roma sulla Legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e viene sviluppato come concetto generale soprattutto dalla dottrina tedesca<sup>3</sup>. Il diritto europeo dei contratti, in quanto diritto

<sup>1</sup> Su cui si concentra l'opera ormai classica di H. Kötz, *Europäisches Vertragsrechts*, Bd. 1, Tübingen, 1992. Sulla differenza fra diritto comunitario e diritto comune europeo dei contratti v. ora V. Roppo, *Sul diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 441.

<sup>2</sup> Più precisamente, prima che la filosofia lo trasformasse in un lemma tecnico, *katà agorèuo* rappresentava l'accusa rivolta in pubblico a qualcuno, come discorso pubblico *contro* qualcuno o qualcosa.

<sup>3</sup> Cfr. J. Basedow, *A Common Contract Law for the Common Market*, in 33 *CML Rev.*, 1996, p.

positivo attualmente vigente, è più ristretto del diritto nazionale dei contratti<sup>4</sup>. Esso concerne, infatti, solamente le transazioni commerciali unilaterali (in cui almeno una parte agisce nello svolgimento della propria attività professionale) e le transazioni commerciali bilaterali (in cui entrambe le parti agiscono professionalmente). Il diritto europeo vigente dei contratti è, quindi, soltanto il diritto dei contratti di impresa, e si applica, ovviamente, quando tali transazioni abbiano carattere transfrontaliero.

Tale questione del diritto europeo dei contratti si inserisce, quindi, appieno nel dibattito attuale sulle varie categorie del contratto. Dibattito che viene riassunto con l'utilizzo delle locuzioni derivate dalla riflessione internazionale, secondo cui si pone un problema di contratti «B to B», ovvero di contratti fra imprese, «B to C» o transazioni fra impresa e consumatore, «C to C», ovvero contratti fra soggetti che non agiscono professionalmente sul mercato. Onde viene in qualche modo recuperata la nozione di contratto civilistico per indicare quei contratti che, prima del codice del 1942, non sarebbero stati soggetti alle regole del Codice di Commercio, e, infine, si pone il problema dei contratti «b to b», ovvero degli accordi contrattuali fra «piccoli» imprenditori. Questi ultimi, infatti, non dispongono delle medesime capacità di ausilio contrattuale (conoscenze, studi legali, ecc.) che caratterizzano la contrattazione fra imprese, ma nemmeno possono essere considerati come agenti non professionali.

La questione del diritto europeo dei contratti come diritto delle transazioni in cui almeno una delle parti è un operatore professionale (transazioni commerciali unilaterali e transazioni commerciali bilaterali), si incrocia con il tema di una più articolata costruzione della tipologia contrattuale, che affligge al momento sia i vari sistemi nazionali europei che quelli extraeuropei. In tale contesto occorre notare che il diritto europeo è stato costruito come limitazione delle legislazioni nazionali<sup>5</sup>. Ovvero come autonomia negoziale libera dalle legislazioni nazionali nel perseguimento delle libertà fondamentali, e quindi della libertà di allocazione economica dei beni e servizi. Laddove, quindi, si accetta una definizione limitata di libertà, che non fa riferimento all'intera area esistenziale del soggetto giuridico, ma solo alla sua libertà come autonomia negoziale nell'allocazione dei beni e servizi.

In questo senso di autonomia negoziale a contenuto economico sot-

---

1169; C. Kirchner, *Europäisches Vertragsrecht*, in H.-L. Weyers (a cura di), *Europäisches Vertragsrecht*, Baden-Baden, 1997, p. 103 ss.; S. Grundmann, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, München, 1999, parr. 3.10 e 11, nn. 10-14; Id., *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 365 ss. Cfr. inoltre C. Quigley, *European Community Contract Law*, London, 1997.

<sup>4</sup> S. Grundmann, *La struttura*, cit., p. 372.

<sup>5</sup> Cfr. P.C. Müller-Graf, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht*, in *NJW*, 1993, p. 14; nonché J. Basedow, *A Common Contract Law*, cit., p. 1181 ss.; S. Grundmann, *La struttura*, cit., p. 369.

tratta all'intervento della legislazione, il diritto europeo dei contratti è figlio dell'impostazione della scuola ordoliberalista di Franz Böhm<sup>6</sup>. Tale impostazione costruisce la necessità di un apparato pubblico, limitandola però allo scopo di fornire le regole di base della concorrenza economica, ritenuta la via maestra, anzi l'unica via, in grado di garantire l'evoluzione verso forme sempre più efficienti di economia, attraverso un processo di selezione degli agenti economici stessi<sup>7</sup>. La concorrenza viene, infatti, vista come un «processo di scoperta» in grado di risolvere i problemi di informazione degli agenti, nella convinzione che lo scopo dell'ordinamento giuridico del mercato debba essere quello di sfruttare al meglio la conoscenza dispersa fra milioni di agenti economici, che devono venire coordinati attraverso regole astratte di correlazione interpersonale, in particolare attraverso il meccanismo dei prezzi, e quindi, innanzitutto attraverso i principi dell'autonomia privata negoziale<sup>8</sup>.

Non a caso la principale creazione di tale scuola di pensiero, per quel che concerne l'ordinamento dell'Unione, è stata la costruzione dell'autonomia negoziale transfrontaliera concernente le transazioni commerciali bilaterali<sup>9</sup>. Una tale autonomia è stata edificata mediante limiti imposti alle legislazioni nazionali. Ovvero le leggi degli stati membri non possono tangere l'autonomia negoziale transfrontaliera, con la conseguenza che tale autonomia negoziale viene a trovarsi, quale legge dei contratti, al di sopra della legislazione nazionale. In tal modo l'ordine economico che risulta dall'attività commerciale transfrontaliera si situa come ordinamento libero dalle influenze dei diritti nazionali, e sottoposto ai soli principi del diritto comunitario. Tali principi, tipici dell'ottica ordoliberalista, devono tendere solamente ad assicurare il controllo di quegli enti economici che sarebbero in grado, in virtù del loro stesso potere di mercato, di falsare le regole della concorrenza, quale, lo ripetiamo, processo principe di sfruttamento della conoscenza dispersa necessaria alla soluzione dei problemi

---

<sup>6</sup> Sull'impostazione ordoliberalista e la sua importanza per la costruzione del diritto europeo, cfr. W. Sauter, *The Economic Constitution of the European Union*, in 4 *Colum J. Eur. L.*, 1998, p. 46; D.J. Gerber, *Constitutionalizing the Economy*, in 42 *Am. J. Comp. L.*, 1994, p. 25 ss.; M. Poiares Maduro, *Reforming the Market or the State*, in 3 *ELJ*, 1997, p. 55 ss.

<sup>7</sup> Nel senso che, in base alle regole di concorrenza, sono destinati a rimanere sul mercato solo gli agenti economici più efficienti, che, in tale ottica, sono quelli destinati a massimizzare il benessere dei consumatori.

<sup>8</sup> F.A. von Hayek, *Competition as a Discovery Procedure*, in Id., *New Studies in Philosophy*, London e Chicago, 1978, pp. 179-90. Si deve a von Hayek il concetto del diritto privato come diritto dell'ordinamento generale della società, al cui interno agisce anche lo stato, con le sue norme di diritto pubblico, come una delle singole organizzazioni sociali che perseguono i propri scopi all'interno di tale ordinamento generale. Un tale concetto di società basata sul diritto privato è stato sviluppato con riferimento all'Unione Europea da K. Mayer, J. Scheinpflug, *Privatrechtsgesellschaft und die Europäische Union*, Tübingen, 1996.

<sup>9</sup> Ne riferisce S. Grundmann, *La struttura*, cit., p. 365.

economici. Una tale autonomia negoziale transfrontaliera diviene pertanto il campo libero delle valutazioni contrattuali delle parti, difeso tanto contro le legislazioni nazionali in quanto estrinsecazione di poteri pubblici (prevalenza dell'ordinamento comunitario), quanto contro le distorsioni provocate da un eccessivo accumulo di poteri privati (regole comunitarie sulla concorrenza).

Una tale impostazione rende, allora, conto del modo in cui è stato affrontato il problema delle imprese pubbliche, ovvero delle imprese, costituite nelle forme del diritto privato, ma a controllo pubblico. In entrambi i casi si pone infatti un problema di tutela dello spazio dell'autonomia concorrenziale, in virtù della combinazione di potere che si attua in tali imprese per la partecipazione in esse di soggetti dotati di potestà pubbliche, sia che ciò avvenga nelle forme del diritto pubblico, sia che ciò avvenga con l'utilizzo delle forme del diritto privato.

Si ha qui la particolare commistione di un approccio basato sulla realizzazione di un risultato, che però deve essere un risultato aperto. Ovvero il risultato che si ha di mira, nella costruzione ordoliberal dell'ordinamento dell'Unione, è quello della autonomia privata in regime di concorrenza non distorta dalla presenza di concentrazioni di potere pubblico o privato. Non ha quindi importanza alcuna nessun ragionamento formale che si frapponga alla realizzazione di un tale risultato. È questa una tecnica di anticipazione dei risultati voluti, che viene fatta convivere con i poteri interpretativi della Corte di Giustizia, mediante l'affermazione dell'interpretazione dello «spirito dei trattati»<sup>10</sup>. Onde deve venire selezionata la regola più adatta alla struttura dell'Unione<sup>11</sup>, e tale regola è quella dell'autonomia negoziale libera da restrizioni o distorsioni della concorrenza. In tal senso viene utilizzata anche la comparazione giuridica, nella prospettiva della comparazione critica<sup>12</sup>, ovvero come comparazione non già volta al recepimento delle regole in vigore nella maggior parte degli Stati, ma anzi come comparazione che deve rintracciare la soluzione più avanzata, nel senso della soluzione più aderente alla struttura dell'Unione, anche se essa è minoritaria nel diritto dei singoli Stati<sup>13</sup>. Il metodo dell'anticipazione del risultato voluto viene così modulato anche sugli schemi dell'ermeneutica giuridica e della comparazione giuridica, pur essendo chiaro che

---

<sup>10</sup> Cfr. anche C. Joerges, *Il ruolo interpretativo della Corte di Giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 275 ss.

<sup>11</sup> CGCE, 3 febbraio 1994, C 308/87. Tale criterio prevale anche sull'interpretazione letterale: CGCE, 11 luglio 1985, C 107/84.

<sup>12</sup> CGCE, 3 febbraio 1994, cit. Attualmente questa impostazione può considerarsi come pacifica; cfr. Pernice, *Sub Art. 164 EGV*, in E. Grabitz, M. Hilf (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, München, 1999, n. 58; S. Grundmann, *La struttura*, cit., p. 374.

<sup>13</sup> CGCE, 12 luglio 1962, C 14/61.

esso non ha in realtà a che fare né con la ricerca del significato delle parole dei testi dei trattati, né con la ricerca delle soluzioni in vigore nei singoli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione.

Un tale risultato così anticipato non è tuttavia un risultato chiuso, ma un ordine aperto, nel senso della definizione di libertà di von Hayek<sup>14</sup>, secondo cui la libertà è interessante, dal punto di vista del processo economico, come processo decentrato di ricerca di soluzioni economiche, solo se non può venire predetto in anticipo che uso verrà fatto di una tale libertà. Alla visione ordoliberalista dell'ordinamento comunitario non interessano quindi gli esiti sociali concreti cui conduce l'autonomia concorrenziale, ma soltanto la sua sussistenza, indipendentemente da ogni formalismo giuridico. Si tratta, in questo senso, di una visione sintattica della libertà economica, che prescinde da qualsiasi valutazione semantica, degli esiti sociali raggiunti.

In tal modo il paradigma dell'autonomia negoziale, in particolare dell'autonomia negoziale delle transazioni commerciali bilaterali, diviene un paradigma per il modello stesso della società in senso più ampio. Giacché tutti gli esiti sociali dovrebbero, in ultima analisi, essere il risultato indiscutibile, cioè non sottoponibile a critica né politica, né giuridica, delle decisioni liberamente prese dagli operatori economici, pubblici e privati, al riparo dai poteri pubblici e privati, ovvero in regime di concorrenza. Laddove per libertà occorre intendere lo spazio vuoto residuo dalla mancata influenza sulle decisioni negoziali di un potere estraneo alla transazione, sia esso dovuto alla posizione di dominio sul mercato, o ad una posizione di preminenza dell'ordinamento pubblico degli Stati.

Gli stati devono in tal modo venire ridotti al rango delle imprese, ovvero, per essere più precisi, gli stati non sono che singole organizzazioni che devono agire all'interno dell'ordinamento giuridico complessivo della società con i medesimi poteri e le stesse limitazioni delle singole organizzazioni economiche private. La conseguenza di questa impostazione è, ovviamente, quella per cui il diritto privato finisce per porsi quale necessario ordinamento generale della società, mentre i singoli diritti pubblici non sono che le strutture giuridiche interne di cui si dotano i singoli stati, e che non possono contrastare con l'ordinamento privatistico generale.

Ben si vede, come appunto dicevamo, come la costruzione dell'autonomia negoziale transfrontaliera, nel suo venire sottratta alle legislazioni nazionali, si ponga effettivamente quale paradigma di una tale costruzione di pensiero, che pone quindi il diritto pubblico al di sotto delle regole generali del diritto privato, quale ordinamento globale della società. Siamo qui, allora, di fronte ad un sovvertimento completo della teoria della rela-

---

<sup>14</sup> F. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà* (1973-79), Milano, 1986.

zione fra diritto pubblico e privato, quale è stata costruita ed ereditata fino agli ultimi decenni del secolo scorso.

Una tale impostazione ordoliberalista tende a presentarsi come tranquillizzante. L'impresa pubblica non è affatto demonizzata, essa deve semplicemente sottostare alle medesime regole dell'impresa privata. Anche l'azione politica dello Stato non è affatto combattuta: quale singola organizzazione all'interno del più generale ordinamento giuridico della società, lo stato può perseguire tutti gli obiettivi che ha intenzione di seguire, ma nel far ciò non deve semplicemente oltrepassare od ostacolare, il gioco dell'autonomia negoziale.

È evidente però come tale impostazione, che è effettivamente quella dominante nella ricostruzione dell'ordine giuridico europeo, privi in realtà lo Stato della sua effettiva libertà di azione politica superiore, degradandolo ad una formazione territoriale di diritto pubblico non dissimile, se non nelle dimensioni, alle regioni o ai comuni. Lo Stato non è infatti più libero di determinare le condizioni di esistenza storica della società civile. È semmai la società civile che ha definitivamente imposto le proprie forme allo Stato, e che lo utilizza con meri scopi amministrativi, sempre all'interno dell'azione condotta attraverso l'utilizzo della autonomia negoziale, e quindi sempre e soltanto come controparte contrattuale, che deve agire con il consenso degli altri contraenti. Per così dire la forma borghese della società diviene la costituzione materiale entro cui deve muoversi anche l'azione politica dello stato.

## **2. La questione delle fonti: la comparazione critica e i principi del diritto contrattuale europeo**

Data la rilevanza dei temi in cui si dipana l'edificazione del diritto europeo dei contratti, occorre, allora, osservare in quale modo tale diritto è stato costruito come diritto positivo.

Orbene, il diritto europeo dei contratti, come altre parti del diritto europeo, è stato costruito in base ad una impostazione funzionale applicata all'interpretazioni di fonti limitate e circoscritte, per trasformarle in un insieme di principi di portata generale. Il centro di applicazione di tale impostazione funzionale è, infatti, stata una interpretazione dei trattati che si è ampiamente discostata dalle regole classiche di interpretazione degli accordi sopranazionali. Le fonti di tale diritto sono, perciò, al momento da individuare tanto nelle disposizioni dei trattati istitutivi, quanto nelle direttive e regolamenti sui singoli contratti. Poiché ciò che qui ci interessa è un discorso sul contratto in generale, e semmai sulle categorie generali del contratto, a prescindere da singoli tipicamente regolati, è soprattutto al primo tipo di fonti che dedicheremo attenzione.

È in tale ambito, allora, che si pone la questione essenziale dei principi generali quali ossatura di un possibile *jus commune* europeo. Questione che viene oramai pacificamente impostata sulla base della indagine comparativa volta alla ricostruzione delle radici storiche comuni<sup>15</sup>. Ovvero la comunità scientifica ha accettato l'impostazione secondo cui i principi generali nel diritto europeo devono, e possono, scaturire dall'indagine storico comparativa volta all'affermazione delle radici comuni. Generali sono quindi quei principi che si possono ritrovare nel passato comune dei diritti europei: quasi una sorta di intrapresa ricostruttiva ... dell'indoeuropeo arcaico.

Questa impostazione storico comparativa, oggi pacifica nella scienza, deve però scontrarsi con il diverso paradigma edificato dalla Corte di giustizia nel campo dei diritti umani. Il riferimento ai diritti umani è infatti stato assunto<sup>16</sup> come rilevante anche per l'autonomia negoziale, atteso che quest'ultima è stata edificata come estrinsecazione delle libertà fondamentali, e quindi come limitazione alla libertà delle legislazioni nazionali.

Orbene tale paradigma si fonda non tanto sull'impostazione storico comparativa, quanto sull'adozione di una prospettiva comparatistica critica. Una tale prospettiva è stata efficacemente sviluppata dall'Avvocato generale Tesouro<sup>17</sup>, e costituisce, ormai, il vero fondamento<sup>18</sup> della prassi interpretativa dei trattati da parte della Corte di Giustizia<sup>19</sup>. In base ad essa non ci si deve limitare a individuare i minimi comuni denominatori dei sistemi europei<sup>20</sup>, ma si debbono ricercare le soluzioni più avanzate, cioè quelle meglio adatte alla struttura dell'Unione. Tali soluzioni più adatte alla struttura dell'Unione debbono prevalere anche quando siano diverse da quelle di singoli Stati, ed anche quando divergano da quelle della maggior parte<sup>21</sup> dei singoli Stati.

Si deve, però, allora, notare che la prospettiva comparatistica critica si risolve nella elaborazione di un concetto di struttura dell'Unione e nel re-

---

<sup>15</sup> L'eroe eponimo di tale impostazione è diventato, ed è rimasto, R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, Cape Town, 1990. L'afflato attualizzante è però diffusissimo, cfr. R. Knütel, *Ius commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union*, in *JuS*, 1996, p. 768 ss.

<sup>16</sup> Cfr. S. Grundmann, *General Principles of Private Law and Ius Commune Modernum as Applicable Law?*, in *Liber amicorum R.M. Buxbaum*, Den Haag etc., 2000, p. 213 ss.

<sup>17</sup> CGCE, 3 febbraio 1994, cit.

<sup>18</sup> Cfr. A. Bleckmann, *Europarecht*, 6. Aufl., Köln etc., 1997, n. 605.

<sup>19</sup> S. Grundmann, *La struttura*, cit., p. 375.

<sup>20</sup> Da questo punto di vista l'impostazione del *Common Core of European Private Law*, cozza, fin dalla propria origine, con la prospettiva comparatistica assunta dalla Corte di Giustizia, e stupisce grandemente come finora nessuno abbia notato questo aperto conflitto. Deve, perciò, risultare evidente la grande superficialità con cui in certo diritto comparato vengono affrontati i temi di diritto europeo.

<sup>21</sup> CGCE, 17 dicembre 1970, C 11/70; CGCE, 13 luglio 1989, C 5/88; nonché J. Usher, *General Principles of EC Law*, London, 1998, p. 10.

perimento delle regole più adatte a tale struttura. Ben diverso è allora affidarsi alla ricerca delle radici comuni<sup>22</sup>, e, invece, affidarsi al controllo di adeguatezza dei principi alla struttura attuale dell'Unione.

Peraltro, come abbiamo detto, tale metodo è pure presentato come un metodo di interpretazione dei trattati che deve prevalere anche sull'interpretazione letterale degli stessi<sup>23</sup>. Si tratta, allora, di una impostazione teleologica delle questioni interpretative, che è divenuta nota come *useful effect*, effetto utile, che si riveste di un manto comparatistico, e che non attiene tanto alla storia, quanto al sistema, non già dei concetti, ma delle attuali istituzioni europee.

La questione dei principi generali viene, in tal modo, impostata mediante una loro individuazione in base all'indagine comparatistica critica, che più correttamente si rivela essere una ermeneutica teleologica guidata dall'edificazione di un concetto di struttura dell'Unione. Tali principi generali includono la libertà negoziale transfrontaliera tra le libertà fondamentali dell'Unione, e devono trovare applicazione tutte le volte che l'Unione non abbia esercitato il potere legislativo nelle materie di sua competenza.

Inoltre, evidentemente, non sfuggono al sindacato della Corte anche le norme di diritto nazionale dei contratti inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali<sup>24</sup>. Infatti, proprio per la loro inderogabilità, tali norme sono in grado di porre ostacolo all'autonomia negoziale transfrontaliera, che deve, invece, risultare come uno spazio europeo intangibile da parte delle legislazioni statali. Proprio perciò tali norme vengono, quindi, assoggettate dalla Corte di Giustizia al controllo basato sulle libertà fondamentali<sup>25</sup>.

Il richiamo a tali libertà comporta varie conseguenze: non ultima quella per cui, dal momento che le libertà fondamentali sono finalizzate a estendere l'autonomia negoziale, esse non possono venire invocate per correggerne l'esercizio<sup>26</sup>. Ciò significa che l'imposizione di limiti all'autonomia negoziale delle parti si rende necessaria solo nei casi di «fallimento del mercato», laddove è compito della legislazione, nazionale o comunitaria, definire questi casi. Onde ne segue che al di fuori dei casi di fallimento del mercato, correggere l'autonomia delle parti in base alle libertà fondamentali sarebbe contraddittorio con lo scopo stesso di queste libertà, in quanto dirette a rafforzare l'autonomia<sup>27</sup>. Si tratta qui di una evidente im-

---

<sup>22</sup> Sulla costruzione di tali radici comuni come programmi di *governance* del diritto attuale, cfr. P.G. Monateri, in Id., T. Giaro, A. Somma, *Le radici comuni del diritto europeo*, Roma, 2005, p. 19 ss.

<sup>23</sup> CGCE, 11 luglio 1985, cit.

<sup>24</sup> Sul punto cfr. S. Grundmann, *La struttura*, cit., p. 372.

<sup>25</sup> CGCE, 7 marzo 1990, C 362/88.

<sup>26</sup> CGCE, 24 gennaio 1991, C 339/89.

<sup>27</sup> Così testualmente S. Grundman, *La struttura*, cit., p. 379.

postazione ordoliberal, che rinnova l'immagine di un contratto ottocentesco<sup>28</sup>, che si ripropone sulla scena<sup>29</sup> ... come i fantasmi di Macbeth.

Tale immagine non è però univoca sulla scena europea, ed essa deve fare i conti con una ben diversa, e quasi opposta immagine che si ricava da altri modelli messi in moto dalla ricerca dei principi generali. La distinzione, qui tracciata, tra l'impostazione storico comparativa della scienza, e quella comparativo critica della Corte, permette di chiarire l'ambito del riferimento ai *restatement* come fonti di cognizione dei principi generali europei in materia contrattuale.

Si dice, infatti, che per reperire tali principi siano utili i *restatements* a base dottrinale privata, quali i principi Unidroit e i principi elaborati dalla così detta Commissione Lando<sup>30</sup>. Siamo però in tal modo posti di fronte ad una evidente contraddizione, giacché tali *restatement* non corrispondono affatto alla metafora derivata dai *restatement* americani<sup>31</sup>, non sono indagini comparatistiche in senso classico paradigmatico<sup>32</sup>, e non rappresentano neanche un tentativo di elaborare in senso stretto il concetto di struttura dell'Unione<sup>33</sup>. Si tratta, in realtà, di costruzioni dottrinali soprannazionali di carattere sfuggente, che traggono la propria legittimazione da

---

<sup>28</sup> Per altre critiche a tale impostazione, cfr. P. von Wilmowsky, *EG-Freiheiten und Vertragsrecht*, in *JZ*, 1996, p. 595 ss.; J. Basedow, *A Common Contract Law*, cit., p. 1169.

<sup>29</sup> Si veda come giustamente V. Roppo, *Sul diritto europeo dei contratti*, cit., p. 440 s. metta in guardia contro l'atteggiamento «irenico» e «apologetico» che conduce a cantare acriticamente «le magnifiche sorti e progressive» del diritto europeo dei contratti.

<sup>30</sup> V. Unidroit (a cura di), *Principles of International Commercial Contracts*, Roma, 1994; nonché O. Lando, H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Dordrecht, 1999.

<sup>31</sup> I *restatement* americani sono dovuti all'opera dell'*American Law Institute*, fondato nel 1923, con il coinvolgimento di autorvoli esponenti istituzionali quali il *Chief Justice* ed ex Presidente William Howard Taft, il futuro *Chief Justice* Charles Evans Hughes, l'ex Segretario di Stato Elihu Root, oltre ai giudici Benjamin Nathan Cardozo e Learned Hand. Lo scopo dei *restatement* era quello di ridurre l'incertezza nell'applicazione dei principi del *common law* nelle varie giurisdizioni statali. Scopo che fu perseguito non già con la formulazione di ampi principi che esprimessero le regole desiderate, ma con lo studio degli *operative facts* dei casi concretamente decisi dalle corti, nel tentativo di formulare in *black letters* le regole stabilite dalle corti. V. infatti la critica a tale movimento dei *restatement*, come movimento formalista del diritto, in G. Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio, 1974, part. pp. 59-61. Chiunque approfondisca la materia, o anche solo legga i *restatement* americani, non può che rimanere impressionato dall'enorme differenza che li separa, nella concezione e nello stile, dalle raccolte di principi europei. D'altronde l'analogia coi *restatement* è sostenuta solamente dagli europei, non dagli americani, e con ovvia funzione di legittimazione dell'impresa.

<sup>32</sup> Si tratta infatti di opere normative che cercano di dar fondamento in forza di un'autorità (anche se soltanto persuasiva) ad un sistema vincolante di nozioni, nel senso fatto palese da F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno* (1967), Milano, 1980, p. 60, nt. 17, nel tracciare la differenza fra discipline normative e storiografia giuridica; considerazioni che si adattano anche alla comparazione del diritto come scienza «storica» del medesimo, su cui v. A. Gambaro, P.G. Monateri, R. Sacco, *Voce Comparazione giuridica*, in *Digesto civ.*, Vol. 3, Torino, 1988, p. 48 ss.

<sup>33</sup> Sul carattere «culturale» dei *restatement* europei, carattere che sicuramente non hanno quelli americani, cfr. anche V. Roppo, *Sul diritto europeo dei contratti*, cit., p. 443.

una accettazione *ex post*, piuttosto che dall'adozione *ex ante* di un determinato metodo ben individuato.

Tale ricerca della legittimazione *ex post* ne condiziona in realtà la redazione, che tende, proprio in virtù di essa, a cercare di formulare principi tendenzialmente indefiniti e di amplissima portata, in quanto formulazioni sulle quali si può più facilmente coagulare un consenso anodino. Tuttavia il risultato finale di queste costruzioni, dal punto di vista della gerarchia delle norme, è che l'autonomia negoziale transfrontaliera si pone al di sopra delle legislazioni nazionali. Con l'ulteriore risultato che, se si accettano i principi Lando laddove l'intervento del principio di buona fede è dichiarato indisponibile<sup>34</sup>, e non derogabile dalle parti stesse, si ottiene che la buona fede come fonte del diritto è superiore alla stessa autonomia negoziale, che è superiore alle legislazioni nazionali, onde la buona fede assurge al vertice della piramide normativa.

Non è, ovviamente, qui il caso di montare una critica radicale<sup>35</sup> a questa impostazione<sup>36</sup>, ma di mostrare come si dipanano, allora, i suoi corollari giuridici. Di mostrare cioè come tale filosofia del diritto privato come diritto generale della società, al cui interno deve muoversi il diritto pubblico sia, invero, uno dei fondamenti essenziali del diritto comunitario, come sistema giuridico, fondato su approcci sostanzialisti, che depassa le tradizioni nazionali europee.

La possibile critica di una tale impostazione del diritto comunitario, se mai verrà svolta, dovrà puntare al centro stesso della sua elaborazione da parte della Corte di giustizia, dovrà cioè puntare nella direzione della critica degli strumenti ermeneutici predisposti per l'interpretazione dei trattati. Tali strumenti costituiscono essenzialmente una prassi, giacché, infatti, ancora non esiste una teoria esplicita dell'interpretazione della norma comunitaria, ma tale prassi è stata in grado di modificare la natura stessa dei trattati. Questi vengono redatti dalle cancellerie nazionali sulla base del presupposto della loro natura di *Staatsverträge*, di contratti fra stati, suscettibili solo di stretta interpretazione. Viceversa essi vengono interpretati dalla Corte di giustizia, sulla base del loro «spirito», come «norme fondamentali» che danno vita ad una «struttura dell'Unione», che a sua volta funge da canone interpretativo delle norme stesse, anche in senso antiletterale.

L'antitesi fra la prassi redazionale delle norme europee, e la prassi interpretativa delle norme europee è quindi completa e totale. Essa poggia anzi su una vera contraddizione irrisolta. Si tratta qui di un costruito del pensiero che ben potrebbe rientrare nelle categorie del «realismo magico» del romanzo sudamericano.

---

<sup>34</sup> Cfr. *infra*, par. 3.

<sup>35</sup> Per la quale cfr. A. Somma, *Convergenze parallele*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 61.

<sup>36</sup> Si vedano inoltre le note critiche già svolte in A. Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo*, Vol. 2, Padova, 1997, part. p. 542 ss.

Come abbiamo visto l'unica teoria avanzata a sostegno di un tale modo di procedere è la teoria dell'interpretazione condotta sulla base della prospettiva comparatistica critica. È però qui facile mostrare che tale prospettiva non è né interpretazione (perché non ricerca il significato dei testi), né comparazione (perché non ricerca, rispettandole, le soluzioni concrete presenti nei vari ordinamenti), né tantomeno critica, bensì una dogmatica ideologica europeista indiscutibile.

### 3. Due modelli contrapposti: contratto rugiadoso e contratto rude

Quanto siamo venuti sin qui dicendo tanto a proposito dell'autonomia negoziale ordoliberal, quanto dei principi generali, e del loro richiamo alla buona fede in senso oggettivo, come fattore di integrazione dei doveri contrattuali, pone in seria questione l'unicità dei modelli di riferimento del diritto contrattuale europeo. Anzi, a ben guardare, noi ci troviamo qui di fronte quasi a due modelli contrapposti di contratto. Due modelli che nella loro contrapposizione si ritrovano non solo, e non tanto, forse, a livello europeo, ma a livello mondiale.

Un primo modello di contratto può, sostanzialmente, delinearsi nel modo che segue: il contratto, da sempre, è un incontro, un luogo in cui le parti collaborano, per uno scopo comune; un gioco cooperativo. Questo «luogo», questa radura di cooperazione, è un luogo tipizzato, anzi altamente tipizzato, dove le parti, come si dice, «pongono in essere» prodromi di blocchi di regole, che si animano da sole, che intervengono a cascata, una volta che sia compiuta la qualificazione giuridica del loro accordo. Proprio perché si tratta di uno spazio di collaborazione, questo luogo è denso di «buona fede». Ad essa si deve ricorrere per interpretarlo, per riempirlo, per valutare i comportamenti stessi delle parti.

Il trionfo di tale modello cooperativo di contratto lo si ritrova, come dicevamo, nei Principi di diritto europeo dei contratti della commissione Lando, laddove la buona fede diviene irrinunciabile limite alla stessa autonomia privata: secondo l'art. 1:102 «le parti sono libere di stipulare contratti e di determinarne il contenuto, nel rispetto della buona fede e della correttezza, nonché delle norme imperative contenute nei Principi»; per l'art. 1:201 «le parti devono agire nel rispetto della buona fede e della correttezza» e «non possono escludere o limitare questo obbligo»; infine l'art. 1:202 dispone che «le parti sono tenute reciprocamente a cooperare al fine di dare piena esecuzione del contratto».

Senonché, e sempre con maggior contrasto, tale impostazione, che altre volte ho definito rugiadosa<sup>37</sup>, finisce per cozzare non solo con quanto

---

<sup>37</sup> Cfr. P.G. Monateri, *Ripensare il contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 409 ss.

si vede avvenire nella prassi<sup>38</sup>, ma con la stessa concezione ordoliberal che sta a monte della costruzione europea dell'autonomia negoziale.

Rispetto a tale modello cooperativo si può invece delineare un modello alternativo del contratto che spezzi l'orizzonte della cooperazione, e che recuperi la natura antagonista del rapporto contrattuale: il contratto come tregua provvisoria fra le parti, nel contesto di un gioco conflittuale fra i loro interessi. Non che il contrasto di interessi fra le parti non si sapesse, o non si valutasse, ciò che intendo è proprio però un porre al centro della scena tale antagonismo, in luogo di farlo emergere ai margini della cooperazione raggiunta tramite il consenso.

Se così facciamo, se cioè poniamo l'antagonismo al centro della scena, si può, allora, vedere come il consenso dato all'accordo sia sempre necessariamente un consenso parziale e limitato per essenza. Esso è sempre il frutto di un *bargain* fra parti antagoniste, quale tregua provvisoria su punti specificati dei loro rapporti conflittuali. Su quei punti, e non su altri, le parti hanno trovato una tregua. Come si vede si recupera qui un'idea del contratto che era quella tipica del diritto del lavoro rispetto alla contrattazione collettiva. Da tale natura dell'accordo segue però, quasi *de plano*, che esso si è formato, per definizione, in modo incompleto rispetto all'universo delle possibili occorrenze e contingenze attuali e future. I «buchi» non sono una *failure*, ma parte integrante del processo antagonista, ed ogni loro riempimento *aliunde* non è che una violenza, che per essere attuata richiede una giustificazione ben più forte dell'usuale, giacché le viene meno la giustificazione cooperativa di fondo, che il giudice sia lì per aiutare le parti a meglio chiarire le loro idee; che il giudice possa fare per le parti quel contratto che le parti stesse avrebbero voluto, se si fossero immaginate l'occorrenza di quelle contingenze che non hanno previsto. Quest'idea, per quanto autorevolmente sostenuta da vari, e baldanzosi, autori dell'analisi economica, appare nell'ottica antagonista una immediata sciocchezza: non si può riempire una tregua provvisoria, e se lo si fa, lo si fa rompendola ulteriormente, e spostandone tutti i vari equilibri.

Naturalmente se scompare l'orizzonte rugiadoso della cooperazione, si appanna anche quello della buona fede. Gli antagonisti possono ben vincolarsi a regole di *fair play*, e possono appunto volere che si giochi *by the rules*, anzi normalmente lo vogliono, ma ciò assume ovviamente un senso ben diverso da quello usuale; innanzitutto tale buona fede dell'*agon*, richiede di essere una buona fede delle mosse ammesse, non degli impegni

---

<sup>38</sup> Laddove sempre più si vedono, invece, allungarsi i testi contrattuali, onde prevenire integrazioni diverse da quelle volute, in quel momento, dalle parti; e si vede recepire un lessico ed una terminologia, che sempre più fanno esplicito riferimento alle prassi contrattuali inglesi e americane, lontane dall'impostazione tedesca o continentale della buona fede, e dove anche si assiste al ragionare sempre meno per tipi di contratti, e sempre più per tipi di clausole e di termini contrattuali da assoggettare al solo criterio letterale di interpretazione.

assunti, cioè una buona fede come regole di *fair dealing* la cui infrazione comporta una responsabilità, e non una buona fede fonte di integrazione dei doveri contrattuali. Infatti, le parti in cooperazione rugiadosa hanno come sfondo anche gli impegni di buona fede, giacché l'intero spazio della cooperazione non può che essere pervaso dalla buona fede in senso oggettivo. Viceversa, per le parti che fra loro attuano una tregua provvisoria, ogni dichiarazione che rilasciano alla controparte è qualcosa che potrà essere utilizzata contro di loro. Come tale essa deve venire dall'altra parte ottenuta giocando *by the rules*, ma il suo contenuto deve essere quello, e quello soltanto, cui una parte ha consentito di vincolarsi. In sostanza la scelta delle parole del testo, che viene rilasciato alla controparte, affinché lo utilizzi contro di noi, diviene una scelta essenziale ed esiziale. Anzi maggiore è l'antagonismo degli interessi in gioco, minore è la possibilità di invocare, da un punto di vista neutrale, che qualche impegno scaturisca fuori dal cappello a cilindro dei prestigiatori della buona fede, e, nuovamente, chiedo perdono ai lettori per tale immagine.

Tutto ciò può, ovviamente, avvenire da un punto di vista non neutrale, dettato da ragioni di politica di protezione di alcune parti contro altre, come in effetti vedremo esser corretto nel caso dei contratti col consumatore, onde si accentua il carattere politico di tali protezioni, ma diviene stolido se giustificato in base alla neutralità apolitica.

Come si vede la visione del contratto rude, rispetto a quello rugiadoso, svela anzitutto la dimensione ideologica dei discorsi consueti sul contratto, nel senso di falsa coscienza della realtà, di questi ultimi. Buona fede oggettiva, e interventi del giudice, come soggetto esterno, che giunge a formulare un accordo come lo avrebbero formulato le parti, se avessero avuto il tempo e le risorse per figurarsi il *casus omissus*, sono essenzialmente strumenti ideologici che cadono nel vuoto quando viene messo in discussione il loro basamento rugiadoso. Segue, infatti, ancora, che in tale visione devono valere regole strette di interpretazione del testo contrattuale. A questo punto cioè i vari canoni ermeneutici di interpretazione del contratto devono venire corretti in funzione di come la dichiarazione contrattuale rilasciata dalla controparte poteva essere intesa in buona fede, cioè con particolare attenzione ai termini da essa utilizzati, dal destinatario di essa. Così come i comportamenti antecedenti e successivi delle parti possono gettar luce solo sulla *choice of words* effettivamente utilizzata nella dichiarazione, per quanto essa poteva valere come impegno circoscritto.

Le formule stesse del ragionevole affidamento debbono quindi venir intese in senso restrittivo: fin dove era effettivamente ragionevole che una parte facesse affidamento sul senso delle parole utilizzate dall'altra? Si badi, appunto, che qui non è in questione una rivalutazione dell'accordo quale elemento principe del contratto, ma una valutazione, in senso circoscritto, delle dichiarazioni di impegno che ciascun antagonista contrattuale

rilascia all'altro. La formula dell'incontro delle volontà va allora intesa nel senso restrittivo, per cui si è sicuri che tale incontro si è realizzato quasi solo in presenza di un testo chiaro. Ed anzi vi è da chiedersi se, in assenza di un testo ambiguo, possa darsi alcuna rilevanza agli altri canoni ermeneutici. Il vincolo si estende solo alla chiarezza; l'ambiguità non diviene giuridicamente implementabile. È appena il caso di ricordare come tale soluzione addossi (e giustamente) alle parti i costi sociali generati dalla loro ambiguità, e quindi incentivi una *choice of words* chiara e precisa, senza poter far sponda su un monitoraggio giudiziale posto a carico della collettività.

Prendere sul serio la teoria dell'incompletezza contrattuale, come componente essenziale della tregua circoscritta, raggiunta nel contratto dalle parti, fra le quali prosegue *aliunde* la lotta di mercato, significa proprio che il contratto non si estende a quanto in esso non espressamente previsto. Una materia analoga, per quanto collegata all'affare dedotto nel contratto, non è coperta dal contratto, cioè non rientra nell'impegno contrattuale assunto dalla parte di cui si chiede l'adempimento. Se la parte, che ne richiede il presunto adempimento, voleva includerla nel regolamento contrattuale, doveva ottenerne l'inclusione espressa, investendo più tempo e risorse nella contrattazione, ed eventualmente offrendo un *bargain* migliore, un prezzo più alto, suoi impegni ulteriori, alla controparte. Se ciò non ha fatto (il che diviene un nuovo perno dell'asse della causa) ma ciò viene creato, con costi sociali, a scapito di una controparte, che, a questo punto, riceve meno di quanto aveva pattuito, dato che il suo impegno tacito si rivela superiore all'impegno espresso cui si era vincolata, allora, in nome della buona fede o altro, si crea, in realtà, uno squilibrio contrattuale a favore di una parte contro un'altra, che può essere giustificato solo politicamente, ma non da un punto di vista di terzietà neutrale. Agire altrimenti significherebbe sopperire, con aggravio della collettività, ad una *failure* nella strategia di contrattazione di una delle parti in gioco, sostanzialmente sovvenzionandola nelle sue pretese. Il che quindi diventa ammissibile solo in presenza di parti dotate all'origine di beni situazionali assai diversi (appunto, ad esempio, il caso dell'impresa e del consumatore).

D'altronde espungere la materia collegata, ma non coperta espressamente dal testo contrattuale, non significa respingerla in un vuoto giuridico. Essa può divenire precisamente oggetto, non di una responsabilità contrattuale, bensì di una responsabilità extracontrattuale. Il diritto della responsabilità civile, in quanto appunto prescinde dagli impegni contrattuali, è sempre lì, ed anzi si chiarisce come sia lì quale sfondo, o sponda, per quei comportamenti che il processo di contrattazione non ha chiaramente riportato all'interno del contratto stesso.

In sostanza, si ha qui un contrasto netto fra un contratto rugiadoso (buona fede, obblighi di *renseignements*, cooperazione, giustizia) ma roc-

cioso (causa, tipi, blocchi); ed un diverso contratto più rude (importanza estrema dei testi, e quindi loro lunghezza, con pochi obblighi e poche responsabilità fuori dal testo) ma fluido (autonomo, atipico, sfuggente alle qualificazioni).

#### 4. Il problema della causa e della qualificazione degli accordi

Da quanto veniamo dicendo risulta anche evidente, allora, come, all'interno del modello antagonista del contratto, salti l'impostazione della causa quale scopo oggettivo comune dei contraenti, che, lo si vede, trae la sua giustificazione dall'assunto della natura cooperativa dell'accordo. In luogo di essa rimane la teoria della causa come asse, stabilito dalle parti, fra gli impegni dell'una e quelli dell'altra, onde, appunto, quanto viene offerto determina la misura di quanto viene richiesto, ma non nel senso del riequilibrio delle prestazioni, sibbene nel senso della loro non estendibilità al di là del contenuto esplicito del contratto. Nella loro tregua le parti hanno stabilito che A era il corrispettivo di B, onde né A né B possono venire diversamente estesi.

Un tale slittamento di senso non è privo di conseguenze dal punto di vista della qualificazione del rapporto. Se infatti viene meno la nozione oggettiva di causa, che come tale prescinde dal voluto soggettivo delle parti, e dagli interessi contrastanti delle parti stesse, per accomunarle in un unico destino normativo, viene meno anche lo strumento principe per la qualificazione in tipi del loro rapporto, e la sua disponibilità da parte del giudice, anche al di là, e contro, le qualificazioni stesse operate dalle parti. Delle due l'una: o le parti hanno fatto espressa e congiunta menzione di uno dei tipi contrattuali, o non l'hanno fatta. Se esse hanno proceduto alla qualificazione, evidentemente esse hanno inteso con ciò richiamare tutte le varie regole che automaticamente si riallacciano a quel tipo contrattuale. Esse cioè le hanno espressamente recepite nell'ambito esplicito del contratto.

Ciò deve pure significare qualcosa per il giudice, che non è più lì per rifare il contratto per le parti, per la buona ragione che le parti non sono una coalizione unitaria, che unitariamente chiede aiuto al giudice, ma rappresentano poli antagonisti, onde se il giudice rifà il contratto, lo rifà non per le parti, ma per una delle parti. Il che è politicamente giustificato solo in casi determinati di protezione, ma non nella generalità dei casi.

L'applicazione di una qualificazione, diversa da quella stabilita dalle parti, ha senso solo in quanto applicazione di una regola imperativa, che richiede di essere applicata in quel rapporto, onde, in tal caso, il comportamento qualificatorio, attuato dalle parti, si pone come elusivo di una disciplina imperativa. Finché, però, parliamo di applicazione di regole dispositive, la scelta contrattata sulla qualificazione dell'accordo fa sì che la

parte, che ora disconosce la qualificazione cui aveva aderito, debba soccombere e ad essa rimanere legata.

Le conseguenze ulteriori del venir meno della causa come scopo oggettivo dei contraenti, per la teoria dei tipi contrattuali necessitano, con evidenza, d'un ulteriore meditato approfondimento, ma intanto appare chiaro come i vari tipi si pongano solo come depositi di regole per abbreviare, qualora le parti lo vogliano, mediante accordo sulla qualificazione, i testi contrattuali stessi. Cioè «il» contratto, in generale, deve prendere finalmente il sopravvento sui singoli contratti. Anzi, quei singoli contratti devono, e finalmente, diventare le semplici ancelle del contratto, il quale solo occasionalmente trova presso di loro la sua dimora. La riconduzione dell'accordo ad uno dei tipi, legislativamente o giurisprudenzialmente previsti, tiene solamente luogo delle clausole, e dei termini, che le parti non hanno creduto di riproporre nello scritto.

La questione dell'eventuale contratto incompatibile con il tipo prescelto dalle parti deve, nuovamente, porsi in questi termini: o il rapporto richiede l'applicazione di una disciplina impositiva, che le parti hanno cercato di eludere, ed allora essa dovrà venire applicata; oppure, per quanto concerne le mere norme dispositive, si è in presenza di pezzi di dichiarazioni incongruenti e contraddittorie, e si dovrà allora procedere in tal senso, come già oggi avviene in tali casi, senza però poter semplicemente obliterare la scelta qualificatoria operata dalle parti, proprio perché essa è un pezzo della dichiarazione, che si è chiamati a risolvere, ed ha lo stesso valore degli altri pezzi della medesima.

Se, dunque, muoviamo in questa direzione, allora, a ben vedere, la causa si pone come il nesso stabilito dalle parti tra le loro prestazioni, rimanendo oggettiva, in quanto scambio, e perciò fattore governante, misura, di quanto è dovuto, ragione dell'impegno, e quindi anche delle responsabilità, ma non in quanto scopo cooperativo comune, sibbene quale misura della tregua, allorché questa venuta meno, l'una e l'altra parte cercano di invocare di più di quanto l'una e l'altra vorrebbero ora concedere. Del resto il contratto concerne uno scambio di cui l'una e l'altra danno ora interpretazioni opposte, e sul quale, quindi, il giudice deve ragionare come di fronte ad un fatto economico, in presenza di considerazioni giuridiche opposte, non per rifare il contratto per le parti, ma per determinare, nell'agon delle parti, quale interpretazione può vincere, quale non si spinge troppo oltre l'orizzonte dei fatti di scambio; così come nella considerazione delle dichiarazioni, quale fatto storico, determina quale interpretazione della volontà meglio si adatta a tale storicità delle dichiarazioni. In questo senso le dichiarazioni sono tanto oggettive quanto lo scambio, mentre l'intento non è che il risultato di una argomentazione su questi fatti.

Tutto ciò, infine, non muta di fronte all'impegno gratuito, laddove, riempite le condizioni varie che rendono giuridico tale impegno nel nostro

ordinamento, l'assenza di contropartita onerosa vale proprio a determinare la minor ampiezza degli obblighi e delle responsabilità. Ed, anzi, proprio la gratuità dell'impegno lo fa apparire come episodio circoscritto, dove spetta al giudice stabilirne i confini, più che scoprirne i risvolti inaspettati. Il giudice è più un agrimensore, che un Cristoforo Colombo.

### **5. Il contratto: civilistico, fra imprese, col consumatore, fra soggetti professionalmente ineguali**

Le conseguenze del discorso fin qui condotto vanno nella direzione di indicare una divaricazione netta nel percorso del contratto europeo: da un lato il contratto concluso fra impresa e consumatore (transazione commerciale unilaterale), dall'altro il contratto come transazione commerciale bilaterale. In questo modo la tutela contrattuale del consumatore si pone come schema generale alternativo, con pari dignità, come fattispecie coordinata di impostazione generale nel proprio campo di applicazione. In essa le ragioni di tutela, legislativamente vagliate, impongono considerazioni peculiari, in ragione della stessa efficienza economica delle transazioni.

Si tratta, quindi, di assistere al sorgere di due orizzonti contrattuali diversi e paralleli. Da un punto di vista teorico è facile vedere nel contratto col consumatore un'ipotesi speciale rispetto alla fattispecie generale del contratto, e costruire, quindi, il classico rapporto di specialità fra la prima e la seconda figura di contratto. Nondimeno tale facile specialità nasconde in realtà una vera e propria diversa valutazione dei rapporti in gioco, così che – soprattutto se si accentua la considerazione del *trend* finora visto dell'antagonismo contrattuale, onde la figura generale del contratto si indirizza verso una particolare considerazione dell'accordo raggiunto in termini di tregua provvisoria fra parti essenzialmente contrastanti – altrettanto evidentemente la figura del contratto col consumatore vede una peculiare valutazione legislativa della «tregua» che può essere raggiunta, che legittima, infine, una costruzione di tale figura speciale di contratto come vero e proprio paradigma alternativo, che, pur rimanendo nell'ambito dell'accordo contrattuale, segue logiche sue proprie particolarmente divergenti da quelle seguite nella costruzione odierna del contratto in generale. Queste ragioni inducono quindi alla considerazione del contratto col consumatore come categoria coordinata e parallela a quella del contratto in generale, e non come mera ipotesi speciale del primo.

Una tale visione non può che uscire rafforzata dalle considerazioni pratiche che attengono al contratto e al commercio elettronico, dove, evidentemente, si pone in modo ben diverso la costruzione di un eventuale accordo elettronicamente perfezionato fra, ad esempio, imprenditori, e la disciplina dei contratti *click and point* con i consumatori in un mercato

che non conosce per definizione confini nazionali facilmente maneggiabili dalle tecniche consuete del diritto.

In sostanza così come, nel settore della responsabilità civile, si è giunti a riconoscere un rapporto di coordinazione fra ipotesi fondate sulla colpa, e ipotesi di *strict liability*, che prescinde dal mero rapporto di specialità fra fattispecie, pur riconoscendo alla colpa le caratteristiche di un criterio generale di prevenzione degli incidenti, allo stesso modo si può, e si deve, giungere alla costruzione di un rapporto di coordinazione fra le ipotesi contrattuali che valgono come paradigma di sfondo dei contratti, e le ipotesi di contratti coi consumatori, che, pur riconoscendo la paradigmaticità delle prime, disconosca la mera costruzione di specialità delle seconde, in favore della costruzione di una coordinazione parallela tra figure che non seguono più la medesima logica, ma anzi logiche divergenti.

Tale divaricazione del percorso del contratto non esaurisce però tutti gli ambiti che oggi si pongono come tendenzialmente difformi. Come dicevamo all'inizio, infatti, oltre alle aree dei contratti «B to B», e «B to C», si pone il problema delle altre due aree: quelle contrassegnate come «c to c» e come «b to b».

La prima è, per ora, estranea alle tematiche del diritto europeo, ma è ovviamente rilevante. In essa si ritrova l'idea di un contratto puramente civilistico fra soggetti che non operano professionalmente. Questo è probabilmente l'ambito in cui meglio si esplica il modello del contratto cooperativo, così come per l'ordinamento italiano è delineato dallo schema classico del Codice, laddove l'autonomia negoziale viene temperata dalla considerazione della buona fede oggettiva, della causa come scopo oggettivo comune ai contraenti, e quindi della tipizzazione sociale degli accordi sulla base dello schema della causa stessa.

Il tema del contratto «b to b», che ben attiene, come transazione commerciale bilaterale, anche all'ambito del diritto europeo, e che tanta parte gioca nei contratti di distribuzione, quindi in tutti quegli accordi che servono al funzionamento concreto della grande impresa al di fuori delle sue strutture interne, rimane invece un'area che deve ancora essere compiutamente rimeditata e ricostruita. E questo è, forse, uno dei maggiori problemi che, oggi, ci stanno di fronte nel campo del diritto dei contratti.