
RIVISTA CRITICA

DEL

Anno XXX - 4
Dicembre 2012
Trimestrale

DIRITTO PRIVATO

30° Anno
19832012

Estratto

JOVENE EDITORE NAPOLI

I contratti d'impresa nel diritto italiano ed europeo: problemi attuali e prospettive future*

Luigi Nonne

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Atto di commercio e attività d'impresa. – 3. La contrattazione di impresa e l'unificazione del diritto privato. – 3.1. (*Segue*) Autonomia d'impresa e formante dottrinale nella prospettiva comparatistica. – 3.2. (*Segue*) Autonomia d'impresa e autonomia privata: le ragioni della distinzione. – 4. I contratti d'impresa e la legislazione speciale: rinascita di una categoria soppressa? – 5. Le regole dei contratti d'impresa alla luce del diritto europeo.

1. I contratti in cui una o entrambe le parti sono necessariamente imprenditori – o, meglio, in cui vi è una rilevanza almeno unilaterale dell'organizzazione e dell'attività d'impresa – pongono significativi problemi di ordine sistematico¹, attinenti alla loro collocazione nell'ambito della teoria generale del contratto, e di individuazione della relativa disciplina, se si accetta la premessa che «*l'attività economica esercitata è un coelemento del fatto, in assenza del quale quel (tipo di) contratto non potrebbe nemmeno aversi*»². Poiché, se sono diverse le esigenze dei relativi protagonisti, tale differenza dovrebbe opportunamente riflettersi in termini di disciplina rispetto a quella prevista per la generalità degli accordi contrattuali, per determinare le regole applicabili è opportuno domandarsi, tenendo conto dell'incidenza dei fenomeni in discorso sulle dinamiche di mercato, quale sia, in un dato momento storico, la normativa più coerente con le esigenze succitate, puntualizzando che i destinatari di questa potrebbero non coincidere con la figura dell'*homo oeconomicus*. In tal modo si potrà verificare la reale necessità di regole proprie dei soggetti che svolgono attività attinenti alla “materia di commercio”³.

Le esigenze dei contraenti, che trovano espressione e compimento in rapporti negoziali realizzati nell'esercizio dell'attività

* Il presente lavoro riproduce in larga parte, con gli opportuni adattamenti, il capitolo introduttivo della monografia *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, in corso di pubblicazione nella Collana “Comparazione e diritto civile” per l'editore Giappichelli di Torino.

¹ Al chiarimento dei quali giova senz'altro ripercorrere le argomentazioni proposte da R. Nicolò, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1980, 161 ss.

² Secondo la definizione di A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in «*Riv. dir. civ.*», I, 2008, 515 ss., a 528.

³ In questa prospettiva si pone la tesi di P. Raisch, *Die Abgrenzung des Handelsrechts vom bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, 1962, 15 ss.

di impresa, si determinano considerando che la relativa contrattazione assume il ruolo di strumento a disposizione dell'imprenditore per il governo e il dominio del mercato, per cui, alla sua originaria funzione, volta ad acquisire i fattori della produzione, far circolare i prodotti e soddisfare la domanda dei medesimi ad opera delle controparti – siano esse consumatori o altre imprese – si aggiunge la gestione della domanda di consumo (latamente inteso)⁴. Scopo principale delle imprese è, allora, quello di amministrare la domanda dei propri beni e servizi in un contesto di mercato contrassegnato da costi crescenti⁵. Nei rapporti tra imprese tale necessità, pare banale sottolinearlo, fa capo ad entrambi i contraenti, mentre nei rapporti tra impresa e consumatore quest'ultimo intende conseguire i beni offerti secondo un criterio di convenienza economica o di capacità di soddisfarne i gusti e/o i bisogni. Gli atti contrattuali in cui simili profili trovano composizione, allora, debbono essere valutati con riguardo alla coerenza del regolamento negoziale rispetto ai fini perseguiti dalle parti, intesi in senso tipico.

Ciò premesso, si pone all'interprete la seguente alternativa: il discorso dei rapporti tra imprese va condotto nella logica del contratto, come *atto* specifico intercorrente tra due soggetti, o nella prospettiva più ampia dell'impresa, ossia dell'*attività* dei contraenti, di cui il singolo negozio altro non è che punto di emersione e frammento⁶?

La seconda linea d'analisi, che in questa sede si presceglie per i motivi che verranno appresso chiariti, comporta la necessaria considerazione dell'impatto che la disciplina dell'attività è

⁴ Così B. Inzitari, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in *Trattato di dir. comm. e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, II, Padova, 1978, 309 ss., alle 322 s., il quale sottolinea il ruolo svolto in questa nuova funzione dalle operazioni di *marketing*, da intendersi come tutto ciò che è utile per indurre il consumatore all'acquisto o per rendere il prodotto vendibile, atteso che le imprese ritengono maggiormente conveniente investire sulla promozione dei prodotti piuttosto che per il miglioramento della produttività (in termini di quantitativi di beni e di risparmio dei costi di produzione).

⁵ Si veda G. Capo, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Milano, 2001, 51 ss., che evidenzia come le imprese rinvengano nella tecnica contrattuale, da un lato, una modalità di controllo delle ricadute che i flussi in aumento dei costi tendenzialmente assumono sulla curva della domanda e, dall'altro, uno strumento di sollecitazione ed orientamento delle scelte dei consumatori verso determinate categorie di prodotti.

⁶ Il che porterebbe a depotenziarne la qualificazione in termini negoziali, sussumendoli nella categoria degli atti giuridici in senso stretto, con conseguenti significativi problemi di regolamentazione, come fa notare G. Oppo, *I contratti di impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006, 665 ss., a 673.

suscettibile di produrre rispetto all'applicazione delle norme contrattuali; più precisamente, questa disciplina può risultare prevalente rispetto alla parte generale del contratto, e portare alla disapplicazione delle relative norme, anche imperative⁷, nel momento in cui il modello normativo non corrisponde al contratto concreto come risultante dall'inserimento nell'attività di impresa dei contraenti (secondo l'approccio dell'interpretazione orientata al tipo⁸). In tal modo, si ha un criterio di selezione delle regole applicabili coerente con i presupposti economici e col sistema nel quale si inscrivono gli accordi in esame. Imposto il piano dell'indagine, merita, allora, esordire affrontando il problema della presunta autonomia dei contratti d'impresa.

2. La riflessione prospettata muove dalla persistente identificabilità di un corpo disciplinare per quella che, nel vigore della distinzione in punto di fonti normative tra diritto civile e diritto commerciale, veniva denominata "materia di commercio", la quale ha trovato la sua ultima espressione, come nozione tecnica, nel relativo codice del 1882⁹. Si è constatato, al fine di distinguere il diritto civile dal diritto commerciale, che questa operazione non può essere condotta avvalendosi degli strumenti concettuali offerti dall'ordinamento in cui il problema si pone, essendo necessario effettuare un'analisi storico-comparativa delle tecniche utilizzate dal legislatore nei vari sistemi per realizzare la bipartizione, nonché dar conto delle idee dottrinali che hanno supportato i risultati normativi conseguiti, promuovendo la suddetta distinzione ovvero opponendosi ad essa¹⁰.

⁷ Sul ruolo delle norme imperative nell'ambito qui discusso rinvio ad A. Zoppini, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. Olivieri - A. Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008, 3 ss., alle pp. 20 s.

⁸ Sulla *typgerechte Auslegung* in relazione al problema *de quo* si v. da ultimo A. Zoppini, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in G. Gitti - G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, 223 ss., a 233.

⁹ Una compiuta sintesi della complessa questione si ritrova in G.B. Portale, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in «Riv. soc.», 2008, 1 ss., il quale, dopo un'articolata esposizione del problema in una prospettiva storico-comparatistica, approda alle seguenti conclusioni: a) attualmente si assiste ad una perdita di centralità del codice civile italiano per la regolamentazione dei rapporti economici, i quali, in base ad una considerazione unitaria dei principi costituzionali e del diritto europeo, possono dirsi oggetto di un diritto privato dell'impresa; b) la perdita di centralità del codice ha prodotto una frammentazione disciplinare delle materie in esso regolate (c.d. decodificazione), rendendo per l'Autore utopistica l'idea che si possa procedere ad una ricodificazione del diritto dell'impresa o del mercato.

¹⁰ In tal senso P. Raisch, *Die Abgrenzung des Handelsrechts vom bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert*, cit., 10 ss. e, in particolare, *Ge-*

Come è noto, il sistema delineato dal codice di commercio, basato sull'autonomia delle fonti di cui all'art. 1¹¹, ruotava intorno alla nozione di atto di commercio, inteso come operazione assoggettata, anziché alle norme del diritto civile, alle disposizioni speciali del diritto commerciale¹². Si è precisato che il rela-

schichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, Karlsruhe, 1965, spec. 3 ss., 25 ss., 105 ss., le cui tesi sono state peraltro sottoposte a revisione critica, specie per quanto concerne la valutazione dell'ordinamento italiano unificato (trattato alle pp. 146 ss.), da G. Cian, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in «Riv. dir. civ.», 1974, II, 523 ss., spec. 556 ss.

¹¹ L'art. 1 cod. comm. del 1882, com'è noto, prevedeva, in ordine alle fonti del diritto commerciale, che queste fossero costituite, anzitutto, dalle leggi commerciali, cui seguivano gli usi commerciali, mentre le leggi civili avrebbero potuto trovare applicazione solo qualora permanessero ulteriori lacune. È, peraltro, significativo che la concorrenza degli usi con il diritto commerciale scritto fosse originariamente prevista per la sola materia contrattuale, a sottolineare il forte collegamento tra tecniche negoziali e sviluppo delle attività economiche; così l'art. 89 del codice di commercio italiano del 1865, il quale deriva direttamente dall'art. 1 dell'*Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch* (ADHGB) degli stati tedeschi, che assegnava preminenza agli usi (*Handelsbräuche*) rispetto al diritto civile limitatamente ai contratti (cfr. sul punto F. Galgano, voce *Diritto commerciale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. IV, Torino, 1989, 345 ss., a 356, nt. 50). Attraverso la prevalenza degli usi sulla legge civile i commercianti furono posti dal legislatore in grado di salvaguardare i confini della propria disciplina, sotto un duplice profilo: difensivamente, qualora questa fosse suscettibile di essere limitata da una concorrente espansione del diritto civile; offensivamente, nel caso in cui l'espansione del potere economico mercantile sul mercato consentisse una maggiore incidenza della disciplina specialistica attraverso la prevalenza degli usi commerciali sul diritto civile (per questo rilievo si v. B. Inzitari, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, cit., 349).

Sui rapporti tra leggi e usi mantengono la loro attualità le considerazioni di C. Vivante, *L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma*, in «Riv. dir. comm.», 1925, I, 572 ss., il quale fu il principale fautore della tesi che vedeva l'interpretazione analogica delle leggi commerciali come prioritaria rispetto agli usi medesimi. In senso critico su questa tesi, oltre che per una valutazione dell'impatto sistematico derivante dall'abrogazione dell'art. 1 del codice di commercio del 1882 si cfr. le articolate riflessioni di G. Cian, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, cit., 538 ss., il quale conclude affermando che detta abrogazione non comporta nessun mutamento in ordine ai rapporti tra disciplina commercialistica speciale e norme civilistiche generali, risolvendosi semmai, sotto il profilo pratico, in una diminuita rilevanza degli usi mercantili.

G. Oppo, *Codice civile e diritto commerciale, in Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, 1279 ss., a 1290, evidenzia, peraltro, come, a questo proposito, anche l'art. 1340 c.c. vada interpretato come se prevedesse la derogabilità delle norme dispositive di legge da parte degli usi, pur se, nella materia economica, all'uso si è sostituita la predisposizione di schemi negoziali di diritto uniforme o di *soft law*.

¹² Da notare a tal proposito come G. Valeri, *Autonomia e limiti del nuovo diritto commerciale*, in «Riv. dir. comm.», I, 1943 (41), 21 ss., a 31, ritenesse la teoria dell'impresa in generale appartenente al diritto civile [«è una parte destinata, se così è lecito dire, a scarnificarsi sensibilmente, in quanto il suo sostrato economico tanto si presta di per sé alla emancipazione dei diritti speciali, ossia del diritto commerciale e del diritto della navigazione (anche, poi, del diritto agrario e del diritto del lavoro): fatalità, questa, che non ha nulla, beninteso, che vedere con la sua

tivo concetto, là dove è presente, è essenzialmente di diritto positivo e mostra un contenuto variabile rispetto agli ordinamenti che lo accolgono; in altre parole, esso non presenta profili di necessità logica, bensì acquisisce la forma e i contenuti che intende attribuirgli il legislatore, come è agevolmente ricavabile sia sotto il profilo dell'evoluzione storica sia a seguito della comparazione tra i sistemi che se ne avvalgono¹³.

La nozione di atto di commercio presupposta dal codice abrogato è scomponibile in due articolazioni¹⁴: a) atti qualificati come atti di commercio in quanto costitutivi di un'attività professionale e nei quali almeno uno dei due soggetti è commerciante; b) atti qualificati come atti di commercio in considerazione della loro individualità, cioè indipendentemente dal riferimento ad un'attività e che, conseguentemente, possono essere compiuti da non commercianti¹⁵. Da ciò deriva che presupposti di applicazione della normativa commerciale, nella logica dell'atto di commercio, sono la natura dell'attività esercitata e, quindi, degli atti che la compongono.

La differenza che sussiste tra l'atto di commercio previsto dal codice del 1882 e l'attività di impresa presupposta nel sistema del codice unificato del 1942 sta nella continuità e complessità di quest'ultima: la sequenza atto di commercio – attività commerciale – qualifica di commerciante si inverte nell'attuale sistema, organizzato intorno ad un'attività che si compone di articolazioni, negoziali e non negoziali, e che contribuisce a modificare la disciplina dell'atto che in essa si inserisce¹⁶.

importanza nel sistema»], mentre solo la teoria dell'impresa commerciale avrebbe propriamente formato parte del diritto commerciale («dal punto di vista privatistico, il solo tratto del cielo, in cui l'impresa abbia luce di stella di prima grandezza, è quello ove essa è impresa commerciale. Allora sì che è veramente, da un tal punto di vista, "ricca di situazioni giuridiche", allora sì che è idonea a divenire fondamento di un autonomo complesso di norme!»).

¹³ Si v. per questa constatazione M. Casanova, voce *Atti di commercio*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1987, vol. I, 518 ss., a 519.

¹⁴ Cfr. in tal senso G. Auletta, voce *Atto di commercio*, in «Enc. dir.», Milano, 1959, vol. IV, 196 ss., spec. 198.

¹⁵ G. Cian, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, cit., 540, sottolinea come la nozione di atto di commercio in senso obbiettivo, in quanto interessa potenzialmente ogni categoria di soggetti, imprenditori e non imprenditori, sarebbe, paradossalmente, da considerare come concetto appartenente al diritto civile, se come tale si intende il diritto che concerne la generalità dei consociati.

¹⁶ Si veda Ric. Alessi, *Contratto e mercato*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, t. III, Milano, 1994, 2337 ss., alle pp. 2346 s., il quale, in riferimento alla legge n. 287 del 10 ottobre 1990 (c.d. legge *antitrust*), fa notare come pattuizioni e accordi che possono risultare pienamente validi e legittimi quando

Questo implica che, ove si voglia identificare i contratti d'impresa per l'applicazione non solo della specifica disciplina ad essi dedicata dal legislatore, ma delle regole che attengono all'impresa complessivamente considerata, si dovrà prospettare come criterio il collegamento dei suddetti contratti con l'attività di impresa *tipicamente* esercitata dalle parti contraenti o da una di esse. In ciò ritengo stia la rilevanza del richiamo, *in subiecta materia*, ad un concetto che, seppure tecnicamente non attuale¹⁷, conserva intatta la sua valenza euristica¹⁸, specie tenendo conto del fatto che proprio in ordine ai singoli atti mediante i quali si estrinseca l'attività economica è dato rinvenire l'aspetto in cui la differenziazione tra diritto civile e diritto commerciale è meno netta¹⁹. Ciò posto, pur se la questione relativa all'oggetto del di-

conclusi da soggetti non imprenditori o comunque estranei o indifferenti agli equilibri del mercato, sono valutati in modo opposto o diverso se inseriti in un'attività di produzione o scambio di beni e servizi, proponendo l'esempio del corrispettivo non congruo rispetto alla controprestazione e soggetto, secondo il diritto privato comune, ai difficili rimedi della rescissione o della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e che, in base al diritto della concorrenza, può essere sanzionato, invece, solo perché "eccessivamente gravoso".

¹⁷ Pur se potrebbe impostarsi un'indagine circa la sopravvivenza nel nostro ordinamento di rilevanti esempi di atti obbiettivi di commercio; per questa ipotesi cfr. G. Cian, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, cit., 557.

¹⁸ La scomparsa del sistema degli atti di commercio non ha, difatti, comportato il venir meno della principale peculiarità del diritto commerciale, ossia l'essere fonte della disciplina professionale dell'impresa; vi è stato, allora, chi ha parlato a questo proposito di unificazione soltanto di facciata: così la celebre critica alla tecnica utilizzata dai codificatori formulata da L. Mossa, *Die Kodifikation des Privat- und Prozeßrechtes in Italien 1939 bis 1948*, in AcP 150 (1949), 315 ss., spec. 322 s., ove si afferma inoltre, con particolare vigore espressivo, che «jedenfalls wissen wir, was jemand sagte, der dazu noch ein Italiener war: daß nämlich das Handelsrecht keine italienische Schöpfung sei und daß das Handelsrecht im Grunde nur ein Triumph der Spekulation sei. So sprach man geheimnisvoll von einer Neuordnung und verkündete den Niedergang des Kapitalismus im titanischen Kampf der Kontinente, - Worte, nichts als Worte, die heute sinnlos geworden sind, da die geschichtlichen Bedingungen fortgefallen sind und da die Tatsachen durch ihr bloßes Gewicht bestätigt haben, was die italienische Schule als Verteidigerin der glorreichen Tradition des Handelsrechtes gegen die Gewaltherrschaft des Regimes hochgehalten hatte» (p. 323).

¹⁹ Lo rileva G. Ferri, voce *Diritto commerciale*, in «Enc. dir.», vol. XII, Milano, 1964, 921 ss., a 927, il quale, premesso che allo studio del diritto commerciale dovrebbe spettare, a stretto rigore, l'analisi degli atti che necessariamente e ontologicamente si inseriscono in un'attività di impresa, ovvero dei riflessi che si determinano sull'atto per effetto dell'inserimento funzionale in un'attività, precisa che anche gli atti relativi solo indirettamente all'attività economica, nel senso che mantengono la propria fisionomia anche qualora non realizzati in connessione con essa, possono essere esaminati in questa prospettiva, con riflessi di carattere sistematico che agevolerebbero il cultore del diritto commerciale nel suo precipuo compito volto allo studio ed alla soluzione dei problemi posti continuamente al giurista dalla realtà economica. Ciò è tanto più vero quanto più si consideri come assai spesso gli istituti del diritto commerciale tendano, in una prospettiva diacronica

ritto commerciale e, conseguentemente, alla sua distinzione rispetto al diritto civile, ha progressivamente perso importanza dopo l'approvazione del codice unitario del 1942²⁰, essa ha riacquisito, come problema della categorizzazione dei contratti d'impresa, una sua rilevanza nell'attuale contesto normativo.

3. Deve subito avvertirsi, a questo proposito, che il problema dell'unificazione o della distinzione tra norme civili e norme commerciali, con particolare riguardo a quelle in tema di obbligazioni e contratti, non è necessariamente connesso all'unità o pluralità di codici²¹. Difatti, l'unificazione nel codice civile del 1942 non ha comportato il venir meno dell'interrogativo concernente l'eventuale distinta considerazione dei contratti stipulati da un'impresa nell'esercizio della propria attività²².

che ha trovato conferma proprio nel fenomeno della c.d. "commercializzazione", a tradursi in diritto privato comune, ossia a divenire diritto civile [per questa constatazione si rinvia a E.B. Pašukanis, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, trad. it., Modena, 1975, 55, citato da F. Galgano, voce *Diritto commerciale*, cit., 346 (*non vidi*)].

²⁰ La voce autorevole di P. Greco, *Il diritto commerciale fra l'autonomia e la fusione*, in «Riv. dir. comm.», 1947, I, 1 ss., spec. 2 s., ha sentito la necessità, comunque, di riprendere il tema del dibattito tra autonomisti e fusionisti, rappresentati emblematicamente, i primi, da Giuseppe Valeri, con la sua tripartizione tra norme eccezionali, norme speciali e norme di prevalente carattere commerciale, e, i secondi, da Francesco Ferrara il quale, pur negandone l'autonomia – sulla base dell'assorbente considerazione che non esiste la possibilità di assurgere, con i metodi propri di interpretazione e di integrazione, a principî opposti a quelli di sistemi paralleli o generali – ha riconosciuto la posizione distinta del diritto commerciale come parte speciale del diritto privato.

²¹ G. Cian, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, cit., 527, indica a questo proposito l'*Allgemeines Landrecht* prussiano, in cui è presente un ampio corpo normativo di carattere commerciale differenziato dalle disposizioni civili valevoli per la generalità dei consociati (per questo rilievo si v. anche P. Raisch, *Die Abgrenzung des Handelsrechts vom bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert*, cit., 17, il quale osserva che «im preußischen Rechtsgebiet sind Regeln, die im 18. Jahrhundert unter der Herrschaft des gemeinen Rechts nur für Kaufleute galten, vom ALR als bürgerliches Recht verallgemeinert, von ADHGB wieder für dessen Adressatenkreis zu Sonderrechtsregeln verengt und schließlich in das BGB aufgenommen worden»), ovvero il *Code de commerce* napoleonico del 1807, in cui sono presenti norme di diritto privato sostanziale, formalmente destinate a regolare la generalità dei rapporti.

²² Interrogativo da cui prende le mosse l'indagine di C. Angelici, *La contrattazione di impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Milano, 1985, 183 ss., il quale si incentra sull'impatto che la partecipazione dell'impresa produce, da un lato, sul contenuto del rapporto contrattuale, dall'altro, sul procedimento di formazione del contratto. Prima ancora, A. Dalmartello, *I contratti delle imprese commerciali*³, Padova, 1962 [(recensita da M. Porzio, in «Riv. dir. comm.», 1964, I, 324-330), con prima edizione del 1954 (recensita da W. Bigiavi, in «Riv. dir. civ.», 1955, 189-190) – mentre la seconda edizione è del 1958 –], 21, affrontando *ex professo* il problema dell'autonomia del diritto commerciale, ritiene che, diversamente da quanto si era soliti affermare nel vigore del codice di commercio del 1882, il fondamento dell'autonomia

Il riferimento ai “contratti d’impresa”²³ come strumenti dell’attività imprenditoriale ha portato a ritenere l’espressione più confacente al fenomeno che descrive rispetto ad altre definizioni: contratti commerciali²⁴; contratti aziendali; contratti del consumatore²⁵. Si è fatto giustamente notare che in tal modo vengono considerati esclusivamente *tipi* di contratti d’impresa che, peraltro, possono essere ulteriormente ampliati, anche all’interno delle rispettive categorie, se si fa riferimento alla natura del servizio o del prodotto scambiato o alla destinazione del medesimo, ovvero al tempo e al luogo dello scambio, o alla natura pubblica o privata dell’interesse dell’impresa. Peraltro, l’espressione “contratti di impresa” trova un corretto referente se il contratto è uno strumento esclusivo o tipico²⁶ dell’attività

suddetta debba essere rinvenuto non nell’esistenza di principi generali in tema di governo dei rapporti obbligatori commerciali, bensì nella specialità del suo oggetto e nella tradizione.

²³ Ric. Alessi, *Contratto e mercato*, cit., a 2346, sottolinea che l’espressione “diritto dei contratti d’impresa” rischia di nascondere la reale portata della disciplina, poiché essa suggerisce una diversa considerazione dello strumento contrattuale imposta dalla presenza di un’impresa, quando invece tale diversa considerazione sarebbe conseguenza della destinazione del contratto al mercato; pertanto, sarebbe più opportuno discorrere di diritto contrattuale del mercato (al cui interno troverebbe collocazione, nella prospettiva sviluppata dall’autore, la legge n. 287 del 10 ottobre 1990, sulla tutela della concorrenza e del mercato).

²⁴ Si è parlato anche di contratti delle imprese commerciali, da distinguersi rispetto ai contratti commerciali, espressione che designa in modo chiaro un fenomeno circolatorio di beni o servizi, mentre la precedente si confà anche a contratti organizzativi dell’attività (in questo senso si v. G. Valeri, *Brevi note per lo studio del nuovo diritto commerciale*, in «Riv. dir. comm.», 1943, I, 137 ss.); basa la distinzione tra contratti delle imprese commerciali e contratti d’impresa, in quanto questi ultimi sono riferibili all’esercizio delle attività previste nell’art. 2195 c.c., A. Dalmartello, voce *Contratti d’impresa*, in «Enc. giur.», IX, Roma, 1988, 1 ss., spec. 1 (il riferimento all’art. 2195 c.c. si rinviene anche in G. Valeri, *Autonomia e limiti del nuovo diritto commerciale*, cit., 33 ss.). Si è giustamente messo in rilievo come la dicotomia contratti civili – contratti commerciali non sia attualmente in grado di rappresentare la realtà delle dinamiche economiche, in quanto si rendono necessarie articolazioni più complesse come effetto, in particolare, dell’intervento comunitario nel processo di armonizzazione degli ordinamenti giuridici d’Europa; in tal senso G. Cian, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d’impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in «Riv. dir. civ.», I, 2004, 849 ss., a 852.

²⁵ In realtà questa opzione non è unanime, nel momento in cui si risolve la contrattazione di impresa nei soli contratti con il consumatore, come suggerisce P. Rescigno, *I contratti d’impresa e la Costituzione*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006, 27 ss., spec. 35.

²⁶ Può qui utilmente riprendersi una riflessione di P. Raisch, *Die Abgrenzung des Handelsrechts vom bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert*, cit., 10, il quale, nella classificazione delle norme di diritto commerciale, fa riferimento a disposizioni che mostrino di essere state pensate come adeguate al caso di realizzazione della loro fattispecie nell’ambito di un’attività imprenditoriale, pur se il fattore che le connota non presuppone necessariamente la presenza della suddetta attività, quantunque la relativa fattispecie sia normalmente realiz-

d'impresa, e riceve una definizione e disciplina coerenti con questa sua funzione; diversamente, qualora l'impresa non sia essenziale requisito della fattispecie legislativamente descritta, ma il contratto risulti di fatto posto in essere nell'esercizio della relativa attività, si potrà parlare di contratti *dell'impresa*, da considerare nella sua concreta esistenza²⁷.

Un'ultima classificazione, infine, distingue tra contratti unilateralmente o bilateralmente di impresa, a seconda che essi si svolgano tra imprenditori e consumatori, ovvero esclusivamente tra imprenditori²⁸.

Un argomento a favore della legittimazione sistematica e di diritto positivo dei contratti d'impresa si rinviene nella prospettazione della c.d. "autonomia d'impresa", la quale, distinta dall'autonomia privata, consentirebbe di ampliare gli ambiti di liceità dei negozî posti in essere dall'imprenditore. Più precisamente, si è detto che i tradizionali limiti alla libertà negoziale sarebbero meno intensi per chi eserciti un'attività d'impresa, essendo questa proiettata verso una funzione economica che dovrebbe poter essere perseguita con una molteplicità di strumenti, anche derogatori del diritto comune, ciò che viene delineato con l'espressione "ricommercializzazione del diritto commerciale"²⁹. In specie, si intende la ricommercializzazione come recupero dell'auto-

zata nel relativo ambito, il che ha mosso il legislatore ad apprestare la particolare e distinta disciplina.

²⁷ Cfr. sul punto le osservazioni di G. Oppo, *I contratti di impresa tra codice civile e legislazione speciale*, cit., 666.

²⁸ In realtà, anche la contrattazione che si svolge tra imprenditori e professionisti appare meritevole di considerazione disciplinare diversa, almeno per quanto concerne l'ordinamento italiano, essendo, com'è noto, il diritto comunitario orientato per l'equiparazione tra le due categorie (pur se, talvolta, la normativa comunitaria sancisce espressamente la non vincolatività della suddetta equiparazione per il legislatore nazionale oltre il campo di applicazione da essa puntualmente definito; cfr., per una conferma, il Considerando n. 14 della Direttiva n. 2000/35/CE, a mente del quale «il fatto che le professioni liberali ricadano nell'ambito di applicazione della presente direttiva non comporta per gli Stati membri l'obbligo di trattarle come imprese o attività commerciali per fini diversi da quelli della presente direttiva»).

²⁹ Per questa impostazione si veda M. Libertini, *Profili tipologici e profili normativi della teoria dei titoli di credito*, ed. provv., Milano, 1971, spec. 312 s., (il quale imposta il problema dell'ammissibilità di titoli di credito "atipici" contrapponendo all'autonomia individuale l'autonomia di impresa, che ne consentirebbe la creazione); G.B. Portale, *Tra responsabilità della banca e "ricommercializzazione" del diritto commerciale*, in *Jus*, 1981, 141 ss., spec. 148; Id., *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, in *(1882-1982. Cento anni dal codice di commercio. Atti del Convegno internazionale di studi*, Taormina 4-6 novembre 1982, Milano, 1984, 225 ss., ed anche in) *Banca, borsa e tit. di cred.*, 1984, I, 14 ss.; Id., *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in «Riv. soc.», 2008, 1 ss., in cui l'Autore connota

nomia del diritto commerciale, non come presenza, nella disciplina codicistica, di una serie più o meno ampia di norme speciali destinate alla regolamentazione dell'attività commerciale o devianti rispetto al diritto comune qualora intervenga nella fattispecie l'impresa³⁰; ancora, la ricommercializzazione si attuerebbe mediante la costruzione sistematica di un diritto privato dell'impresa che vada oltre i limiti disciplinari derivabili dalle codificazioni e sia produttivo di nuovi schemi, concetti e discipline. Di questa tendenza sarebbero espressione non solo il settore negoziale in cui, per citare gli esempî più significativi, il contratto autonomo di garanzia (*Garantievertrag*), la fideiussione *omnibus* ovvero i titoli di credito atipici sono il risultato di un'estensione dei limiti di liceità dell'agire imprenditoriale, ma anche la responsabilità civile, in relazione alla quale si assiste ad un ampliamento delle forme di responsabilità oggettiva³¹. Nel settore negoziale, peraltro, vi sarebbe una più marcata esigenza, specie per quanto concerne le attività nei mercati internazionali, di superare determinati vincoli che l'ordinamento italiano pone; in particolare, essendo il nostro sistema fortemente causalista, vi sono difficoltà ad ammettere atti tendenzialmente astratti, come i citati contratti e negozi unilaterali, se l'astrazione si intende come indipendenza della validità dell'attribuzione dai vizi della sua funzione economica³².

La tesi della costruzione di un diritto privato dell'impresa, svincolato dai limiti di diritto comune, oltre che assumere a pro-

più decisamente la sua riflessione in senso costruttivo di un sistema del diritto dell'impresa, necessario, con l'elaborazione di nuovi concetti e di nuove categorie, per classificare e ordinare la congerie di disposizioni normative di cui attualmente questo diritto consta.

³⁰ Cfr., esemplificativamente, P. Greco, *Il diritto commerciale fra l'autonomia e la fusione*, cit., 8 ss., il quale, all'indomani della codificazione, concludeva nettamente - in linea con l'impostazione maggioritaria - per la specialità del diritto commerciale, il cui punto essenziale e dominante è la distinzione tra la sfera e le forme dell'economia individuale e quelle dell'economia organizzata per i bisogni del mercato e per i fini della giustizia sociale. Pur se questa specialità avrebbe il compito di costruire ulteriori forme giuridiche dell'organizzazione di impresa, specie quelle istituzionali, si ritiene opportuno che "il diritto commerciale non si isoli nell'angustia di un codice speciale, più o meno frammentario e disorganico, ma rimanga a spaziare nella sede generale del diritto privato" (p. 11).

³¹ Già adombrata da L. Mossa, *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, in «Riv. dir. comm.», 1926, I, 233 ss.; si v. inoltre P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, alle pp. 77 s.

³² Una peculiare ricostruzione del ruolo svolto dall'*Abstraktionsprinzip* nella circolazione dei beni, effettuata a seguito di una assai ampia indagine comparatistica, si rinvia in A. Stadler, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Tübingen, 1996, spec. 651 ss.

prio fondamento un dato positivo di rango costituzionale, come l'art. 41, commi 1° e 2°, Cost., mira a recuperare l'elasticità delle fonti del diritto commerciale che l'unificazione dei codici aveva eliminato, elasticità che consentirebbe di ammettere nel nostro ordinamento schemi negoziali non validabili in base alle fonti tradizionali. L'elasticità delle fonti del diritto commerciale, invero, è discussa in chiave problematica relativamente alla c.d. Lex Mercatoria, intesa come rinascita in epoca moderna di un diritto universale che riecheggia nella denominazione la sua origine medioevale. Si è sostenuto, difatti, che gli usi del commercio internazionale, nei quali consisterebbe il fondamento di questo fenomeno, costituirebbero veri e propri usi normativi, sorretti dalla *opinio necessitatis* circa la loro vincolatività in quanto espressione dei valori cogenti del ceto mercantile e di regole ad esso comuni, cui deve coordinarsi l'azione dei singoli³³. A questa prospettiva si è, però, efficacemente replicato che la moderna Lex Mercatoria si risolve nella pratica contrattuale internazionalmente uniforme, trattandosi, pertanto, non di usi normativi, bensì di usi contrattuali, i quali nel nostro ordinamento vincolano i contraenti a norma dell'art. 1340 c.c.³⁴.

Non essendo funzionale allo scopo qui evocato ricorrere ad una disciplina internazionale dei rapporti commerciali consolidatasi nella prassi, per indagare sui presupposti e i principi del diritto privato dell'impresa è opportuno far ricorso alla comparazione, tenendo conto dei risultati già conseguiti dagli interpreti che ne hanno prescelto l'ottica³⁵.

3.1. In una prospettiva comparatistica, il confronto merita di essere operato con sistemi vicini alla nostra tradizione culturale. L'analisi del formante dottrinale assume un particolare rilievo in

³³ Così Cass., 8 febbraio 1982, n. 722, in «Foro it.», 1982, I, 2285.

³⁴ La notazione è di F. Galgano, voce *Diritto commerciale*, cit., 363 s., testo e nt. 75; si veda dello stesso Autore, per una più ampia collocazione storico-sistemica del fenomeno in discorso, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2004, spec. 43 ss., 56 ss., 72 ss. I rapporti tra Lex Mercatoria e globalizzazione, per ciò che attiene al presente ambito di indagine, sono sintetizzati da P. Sirena, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in «Riv. dir. civ.», II, 415 ss., alle pp. 416 s., il quale, in particolare, suggerisce di considerare la globalizzazione non soltanto come un momento negativo di antitesi rispetto allo Stato, quanto come risultato razionale e positivo di alcuni processi di trasformazione e modernizzazione degli ordinamenti giuridici statuali e di quello internazionale; ciò sulla premessa che la concezione della Lex Mercatoria come alternativa al diritto degli Stati e delle loro organizzazioni internazionali si dimostra scarsamente realistica.

³⁵ Si vedano gli scritti di G.B. Portale citati alla precedente nt. 29.

materia, specie in sistemi che conoscono la bipartizione dei codici, come la Germania e la Francia³⁶.

Per quanto concerne l'ordinamento tedesco³⁷, possono individuarsi due tendenze contrapposte:

³⁶ Anche l'ordinamento spagnolo presenta una duplicità di codici, che genera, peraltro, problemi di non poco momento per lo sviluppo e la transnazionalità del diritto commerciale; sul punto cfr. R. Gay de Montellà, *Sobre la unificación de los derechos civil y comercial*, in M. Rotondi (a cura di), *Inchieste di diritto comparato*. 3. *L'unità del diritto delle obbligazioni*, Padova, 1974, 105 ss., spec. 109 s., il quale, nell'ottica della predisposizione di un Codice generale delle obbligazioni, suggerisce l'abrogazione dell'art. 2 del *Codigo de Comercio*, foriero di «numerosas interferencias de instituciones civiles en el campo del derecho comercial» in quanto l'originaria funzione ad esso attribuita dal legislatore, volta a chiarificare il problema degli atti di commercio, è stata frustrata dalla generalizzazione esasperata dei medesimi e dal ricorso sistematico all'analogia.

³⁷ Un'articolata sintesi della complessa vicenda concettuale e delle posizioni della dottrina sul tema dell'autonomia del diritto commerciale si rinviene in F. Bydlnski, *Handels – oder Unternehmens – recht als Sonderprivatrecht. Ein Modellbeispiel für die systematische und methodologische Grundlagendiskussion*, Berlin – New York, 1990, *passim*.

Tra le varie proposte ricostruttive, la negazione di un'autonomia del diritto commerciale, pur in relazione ad un ordinamento come quello tedesco che conosce la duplicità dei codici, è ascrivibile a W. Müller-Freienfels, *Zur "Selbstständigkeit" des Handelsrechts*, in *Festschrift für E. von Caemmerer*, Tübingen, 1978, 583 ss., in part. 615, ove si sottolinea l'identità di natura e la considerazione unitaria delle norme in tema di negozi giuridici del commerciante, contenute nello HGB, e delle disposizioni sul rapporto obbligatorio, di cui al BGB (le quali debbono essere distinte dalle previsioni in materia non patrimoniale, che svolgono compiti di natura sociale). La specialità risulta essere la concezione storicamente dominante nella dottrina tedesca, come può ricavarsi dalle osservazioni di L. Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrecht*, Stuttgart, 1876, 307 ss.; J. F. Behrend, *Lehrbuch des Handelsrecht*, Berlin-Leipzig, 1886, I, 11 ss.; J. Gierke, *Handelsrecht*, Berlin-Leipzig, 1929, 4, il quale afferma che il diritto commerciale «enthält Abwandlungen des bürgerlichen Rechts»; E.R. Locher, *Handelsrecht*, in H. R. Stammler (hrsg.), *Das gesamte Deutsche Recht*, I, Berlin, 1931, 1186, secondo il quale «systematisch betrachtet ist das Handelsrecht also kein selbständiger, seinen Stoff erschöpfend regelnder Rechtszweig, sondern ein Ausschnitt aus dem bürgerlichen Recht, der Sondernormen für das Kaufmännische Geschäftsleben im Sinne eines qualifizierten Geschäftsrecht enthält».

Ulteriori argomenti in merito sono offerti dai seguenti contributi: A. Nußbaum, *Die Auflösung des Handelsrechtsbegriffs*, in *ZHR*, 76 (1915), 325 ss.; E. Schwark, *Die Abgrenzung von Schuldrecht und Handelsrecht als legislatorisches Problem*, in H. Kindermann (hrsg.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung 1982*, Berlin - Heidelberg - New York, 1982, 11 ss.; H. Baumann, *Strukturfragen des Handelsrechts*, in *AcP*, 1984 (184), 45 ss.; U. Wolter, *Was ist heute Handelsrecht?*, in *Jura*, 1988, 169 ss.; W. Zöllner, *Wovon handelt das Handelsrecht?*, in *ZGR*, 1983, 82 ss. (Rezensionsabhandlung zu Karsten Schmidt, *Handelsrecht*, 1. Aufl., Köln, 1982, un 2. unveränderte Auflage, Köln, 1982); E. A. Kramer, *Handelsgeschäfte - eine rechtsvergleichende Skizze zur rechtsgeschäftlichen Sonderbehandlung unternehmerischer Kontrahenten*, in J. Aicher, H.-G. Koppensteiner (hrsg.), *Beiträge zum Zivil- und Handelsrecht*, *Festschrift für Rolf Ostheim*, Wien, 1990, 299 ss.; J. Neuner, *Handelsrecht - Handelsgesetz - Grundgesetz*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR)*, 157 (1993), 243 ss.; U. Preis, *Der persönliche Anwendungsbereich der Sonderprivatrechte. Zur systematischen Abgrenzung von Bürgerlichem Recht, Verbraucherrecht und Handelsrecht*, in *ZHR*, 158 (1994), 567 ss.;

a) da un lato, si invoca la costruzione di un diritto privato dell'impresa (c.d. *Unternehmensprivatrecht*) da intendersi come diritto privato dei rapporti esterni delle imprese³⁸. Questa tesi costituisce un'evoluzione della prospettiva volta a sostenere l'ammissibilità dell'applicazione in via analogica ai rapporti civilistici di talune norme dello *Handelsgesetzbuch*, sostituendo al non più attuale *Kaufmannsbegriff* un *Unternehmensbegriff* maggiormente coerente con questa finalità³⁹. La differenza tra le due, pur similari, argomentazioni pone l'accento sul profilo soggettivo, in quanto, mentre la seconda fa perno sulla figura dell'imprenditore (*Unternehmer*), la prima si caratterizza per evidenziare maggiormente il concetto di impresa, in quanto discorre di un mero "titolare" della medesima (*Unternehmensträger*)⁴⁰.

b) dall'altro lato, si nega l'autonomia concettuale del diritto privato d'impresa, sottolineando come, anche dopo la riforma dello HGB del 1998⁴¹, il codice di commercio resti ancora fondato sul *Kaufmannsbegriff* e risolvendo il rapporto tra diritto civile e diritto commerciale in senso unitario. Questa proposta, pur non negando la sussistenza di norme particolari per l'im-

U. Eisenhardt, *Zu den deutschrechtlichen Wurzeln des Handelsrechts oder Wie deutsch ist das deutsche Handelsrecht?*, in K. Schmidt (hrsg.), *Unternehmen, Recht und Wirtschaftsordnung. Festschrift für Peter Raisch*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995, 85 ss.

³⁸ Sull'*Außenprivatrecht der Unternehmen* si veda Kar. Schmidt, *Das HGB und die Gegenwartsaufgaben des Handelsrechts*, Berlin, 1983, *passim*; Id., "Unternehmer" - "Kaufmann" - "Verbraucher", in *Betriebs-Berater*, 2005, 537 ss.; nonché, riassuntivamente, Id., *Handelsrecht*, 5. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München, 1999, spec. 9-12, ove si precisa che «Das Handelsrecht trägt in sich den Keim eines allgemeinem Unternehmens-Außenrechts. Seine behutsame Fortbildung zu einem Außenprivatrecht der Unternehmen ist Gegenwartsaufgabe der Handelsrechtswissenschaft» (11 s., corsivi nel testo).

³⁹ Lo sviluppo compiuto di questa tesi si deve a P. Raisch, *Die rechtsdogmatische Bedeutung der Abgrenzung von Handelsrecht und bürgerlichem Recht*, in *Juristische Schulung*, 1968, 533 ss., anche in M. Rotondi (a cura di), *Inchieste di diritto comparato. 3. L'unità del diritto delle obbligazioni*, cit., 463 ss.; cfr., inoltre, Id., *Vom Kaufmannsbegriff zum Unternehmensbegriff*, in *Festschrift für K. Ballerstedt*, Berlin, 1975, 443 ss.; Id., *Handels - oder Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht?*, in *ZHR*, 1990, 567 ss.; Id., *Zur analogie handelsrechtlicher Normen*, in M. Lutter - H.J. Mertens - P. Ulmer, (hrsg.), *Festschrift für Walter Stimpel*, Berlin, 1985, 29 ss.

⁴⁰ Sui concetti di commerciante e imprenditore nel diritto tedesco si diffonde l'analisi di H. Krause, *Kaufmannsrecht und Unternehmerrecht*, in *ZHR*, 105 (1938), 69 ss.; si veda, inoltre, M. Henssler, *Gewerbe, Kaufmann und Unternehmer. Herkunft und Zukunft der subjektiven Anknüpfung des Handelsrechts*, in *ZHR*, 161 (1997), 13 ss.; H. Leßmann, *Vom Kaufmannsrecht zum Unternehmensrecht?*, in W. Hadding (hrsg.), *Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/35*, Berlin-New York, 1999, 361 ss.

⁴¹ In tema cfr. A. Heinemann, *Handelsrecht im System des Privatrecht. Zur reform des deutschen Handelsgesetzbuchs*, in B. Großfeld [Hrsg.], *Festschrift für Wolfgang Fikentscher*, Tübingen, 1998, 349 ss.

presa, di carattere integrativo ed aventi natura eccezionale, afferma che le medesime non potrebbero costituire il fondamento di un'autonoma disciplina giuridica ma, tutt'al più, solo di una categoria storica⁴².

Nell'ordinamento francese⁴³, a fronte di taluna dottrina contraria all'unificazione del diritto privato, sia per quanto concerne le c.d. "règles professionnelles"⁴⁴, sia in riferimento alle previsioni in tema di obbligazioni e contratti⁴⁵, un'autorevole opinione, sul presupposto che molti istituti che il *Code de commerce* distingue dal diritto civile delle obbligazioni formano attualmente oggetto di pratiche comuni, le quali rendono artifi-

⁴² È la nota tesi di C.W. Canaris, *Handelsrecht*²⁴, München, 2006, § 1 III, Rn. 23-29., il quale propone una distinzione *de lege lata* e *de lege ferenda*: in riferimento alla prima ipotesi, l'Autore afferma recisamente che il concetto di diritto privato dell'impresa è eccessivamente ampio ed indefinito per poter costituire un'utile categoria sistematica (rn. 25, p. 9), mentre, in ordine alla seconda ottica, prospetta il pericolo che comporterebbe il concentrare la discussione in via esclusiva sul tema anzidetto, pericolo consistente nel mascherare il reale contenuto delle vigenti norme di diritto commerciale – con ciò vanificando anche un obiettivo importante della relativa riforma – mediante la considerazione del concetto di impresa come punto di raccordo comune delle suddette previsioni; ciò, difatti, evoca una unità che già non sussiste *de lege lata* e la cui conservazione in una prospettiva *de lege ferenda* condurrebbe a soluzioni errate. Altrettanto importante rispetto alla questione di individuare i giusti destinatari delle norme di diritto commerciale, conclude poi l'Autore, è il determinare la loro oggettiva portata ed il loro effettivo contenuto, sì che la discussione dovrebbe andare oltre l'ambito personale e sostanziale di applicazione delle disposizioni in discorso (rn. 25, p. 10).

Da notare che, in Austria, con la trasformazione nel 2005 dello *Handelsgesetzbuch* (HGB) in *Unternehmensgesetzbuch* (UGB, entrato in vigore nel 2007), si è abbandonata la figura del *Kaufmann*, così risolvendosi (legislativamente) l'alternativa dottrinale prima illustrata; cfr. sul punto G. Cian, *L'evoluzione del sistema privatistico italiano e l'influsso del diritto tedesco: spunti per una riflessione generale*, in *Parte generale e persone. Liber amicorum per Dieter Heinrich*, t. I, Torino, 2012, 1 ss., a 9, per un parallelo tra la riforma austriaca e la scelta unificatrice italiana, non dissimile, nonostante la dualità dei codici, dalla prospettiva soggettivistica tedesca nella formulazione delle regole concernenti l'attività commerciale.

⁴³ Per una sintesi del problema rinvio alla trattazione di J. Escarra, *Cours de droit commercial*, Paris, 1952, nn. 47-52 (27-30), il quale, concludendo per la necessaria autonomia del diritto commerciale, formula osservazioni di particolare rilievo sull'esatta portata della questione sistematica in discorso; difatti, il complesso delle regole di commercio «perd de plus en plus son ancien caractère contractuel, se détachant ainsi de la théorie civiliste des obligations. C'est un droit institutionnel, encombré de dispositions d'ordre public. La moindre opération déclenche tout un système d'interventions administratives, de restrictions, d'interdictions, qui font bon marché de la célérité et de l'absence de formalisme, caractéristiques des négociations entre commerçants. Le problème de l'unité du droit privé prend désormais une orientation inattendue. Il n'est plus question de fusion du droit civil et du droit commercial, mais d'absorption du droit commercial par le droit public».

⁴⁴ In senso negativo G. Ripert - R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*⁷, Paris, 1968, t. I, n. 11, 8.

⁴⁵ Così J. Hamel - G. Lagarde, *Traité de droit commercial*, Paris, 1954, t. I, n. 4, 4; R. Rodière - R. Houin, *Précis de droit commercial*⁶, t. I-1, Paris, 1970, n. 2, 2.

ciosa la loro attribuzione al diritto commerciale, ipotizza il passaggio da quest'ultimo ad un generale diritto economico dell'impresa. Tale complesso di regole, seppure funzionale ad esigenze cui provvede un'importante parte dello stesso diritto civile, continuerebbe a differenziarsene, specie per quanto attiene al concetto di ordine pubblico, nonché ai metodi con cui dovrebbero imporsi le relative regole. Esso, perciò, dovrebbe coesistere con il diritto civile, attribuendo a quest'ultimo quanto in esso non concerne la produzione e la distribuzione sociale della ricchezza, così da rimodulare la distinzione tra diritto civile e diritto commerciale col riconoscere l'autonomia, da un lato, di un *droit économique*, dall'altro lato, di un *droit social*⁴⁶.

Tra quanti hanno optato, invece, per l'unificazione del diritto privato, merita in questa sede analizzare il modello svizzero, che conosce nel 1881 un unitario Codice delle Obbligazioni⁴⁷, e la cui dottrina, in merito all'autonomia del diritto commerciale, ha espresso opinioni articolate. Tra le diverse prospettive formulate sul punto possono citarsi in questa sede:

1) la valutazione degli effetti prodotti dalla c.d. *schweizerische Lösung*, ossia dall'attuazione di un codice unico, in funzione della quale si pongono tre quesiti: *i*) sussistono in un determinato diritto positivo speciale regole legislative distinte per i commercianti – o per le attività commerciali – o per gli atti di commercio? *ii*) Queste regole sono sostanzialmente riunite in un proprio codice? *iii*) Esiste un diritto commerciale come concetto

⁴⁶ Così R. Savatier, *Droit civil et commercial*, in M. Rotondi (a cura di), *Inchieste di diritto comparato*. 3. *L'unità del diritto delle obbligazioni*, cit., 529 ss., spec. 532 s. Cfr., inoltre, R. Houin, *Droit civil et droit commercial en France*, ivi, 187 ss., spec. 194-197, il quale, pur auspicando la necessità di eliminare le differenze tra regole civili e norme di diritto commerciale là dove la relativa distinzione si rivela inutile, ritiene che non si debba prendere posizione in senso sistematico sul tema dell'unità o duplicità delle regole privatistiche, concludendo per una sicura azione di avvicinamento tra le medesime nell'ordinamento francese, esplicita dall'appartenenza alla (allora) CEE.

Si veda, infine, A. Jauffret, *Le rapports entre le droit civil et le droit commercial en France*, ivi, 237 ss., spec. 243 s., che sottolinea gli ostacoli derivanti all'unificazione, sia in virtù di una antica tradizione, a partire dalle *Ordonnances* di Luigi XIV del 1673 (*Ordonnance du commerce*) e del 1681 (*Ordonnance de la marine*), sia per la scarsa desiderabilità della medesima (specie vista la tendenza della legislazione francese a configurare per ciascuna attività uno statuto particolare).

⁴⁷ CO, denominato anche *Obligationenrecht* – OR –, sul quale, in termini generali, si v. G.B. Portale, *Lezioni di diritto privato comparato*², Torino, 2007, 131; A. Gambaro - R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*³, Torino, 2008, 287 ss., ove si afferma (p. 290, testo e nt. 38) che l'OR rimane tutt'ora il cuore della codificazione svizzera, costituendo, seppur formalmente separato da esso, un quinto Libro del ZGB (il *Zivilgesetzbuch*, approvato, invece, nel 1907, è difatti entrato in vigore nel 1912).

e come disciplina scientifica? La risposta alle prime due domande è data dal sistema adottato in Svizzera nel 1881, per cui le regole in discorso sussistono ma non sono riunite in un unico codice, essendo frammiste alla normativa civilistica, così come, in ordine al terzo quesito, sicuramente il diritto commerciale esiste sia sotto il profilo concettuale sia come disciplina scientifica. Il codice unico ha realizzato, perciò, un monismo formale cui si accompagna un dualismo sostanziale, essendosi, peraltro, l'unificazione legislativa specificamente concentrata sui contratti⁴⁸. Dopo un esame delle differenti soluzioni ai problemi descritti in precedenza nei diversi ordinamenti (per lo più contigui a quello svizzero), questa opinione si risolve nell'individuare una tendenza contraria ai tentativi di unificazione, la quale deriva essenzialmente da tre ambiti: *i*) l'inclinazione verso la codificazione speciale; *ii*) la creazione di un diritto professionale; *iii*) il sempre più massiccio e ampio coinvolgimento del diritto amministrativo nello sviluppo dei processi economici⁴⁹.

2) la circostanza che è controverso se le norme di diritto commerciale, malgrado la scelta per una soluzione legislativa dualistica o monistica, possiedano un valore dogmatico autonomo rispetto al diritto civile⁵⁰;

3) la c.d. *Integrationstheorie*, nel senso della reciproca integrazione del diritto civile e del diritto commerciale, assumendo che il sistema del codice unico abbia realizzato una via di mezzo in tal senso (il c.d. *mittlerer Weg*); i sostenitori della suddetta teoria precisano, inoltre, che ci sono senz'altro ancora ambiti nei quali la soluzione di un problema giuridico dipende dai principi civilistici o al contrario da quelli commercialistici, ma vi è anche un intero settore, quello delle relazioni d'affari, in cui la tradizionale separazione non ha più alcuna giustificazione pratica,

⁴⁸ In tal senso K. Oftinger, *Handelsrecht und Zivilrecht. Monismus oder Dualismus des Privatrechts und seiner Gesetzbücher*, in *Schweizerische Juristen-Zeitung/Revue Suisse de Jurisprudence*, 1954, 153 ss., spec. 154 s.

⁴⁹ K. Oftinger, *Handelsrecht und Zivilrecht. Monismus oder Dualismus des Privatrechts und seiner Gesetzbücher*, cit., 162 s. Cfr., per un'analoga lettura del nostro ordinamento, Ric. Alessi, *Contratto e mercato*, cit., 2348 s., in riferimento all'istituzione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, la quale, oltre a manifestare scetticismo verso una gestione della normativa interamente rimessa ai privati, è significativa della rilevanza pubblicistica attribuita alla conservazione della struttura concorrenziale del mercato.

⁵⁰ H. Merz, *Das schweizerische Obligationenrecht von 1881. Übernommenes und Eigenständiges*, in H. Peter - E.W. Stark - P. Tercier (hrsg.), *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht - Le centenaire du Code des Obligations*, Freiburg (Schweiz), 1982, 3 ss., spec. 17 s., il quale afferma che in maggioranza e a ragione si nega un tale valore.

dove possono e debbono essere valide le stesse norme sia per i commercianti che per i non commercianti⁵¹;

4) la difesa della specialità del diritto commerciale, unitamente all'evidenza dei pericoli cui la *Kommerzialisierung des Zivilrechts* potrebbe condurre⁵².

All'esito dell'analisi comparatistica può concludersi che, oltre il sistema dei codici e al di là delle opinioni variegiate che sono state formulate sul punto, l'autonomia del diritto commerciale, modernamente intesa, può derivare dal ruolo propulsivo che ad esso si intende attribuire nella materia dei rapporti economici, anche là dove lo stesso diritto civile si mostra di per sé inadeguato a soddisfare le esigenze degli operatori del mercato, nei settori di propria competenza. Non si tratta, pertanto, di replicare una distinzione di fonti e di ambiti disciplinari, bensì di accertare una differenziazione di funzioni, rivalizzando la vocazione generalista cui lo stesso Codice civile italiano si è informato mediante l'opera di "commercializzazione", la quale merita di essere ripresa e ammodernata negli strumenti e nelle modalità attuative. Ne consegue la legittima prospettabilità teorica di un'autonomia d'impresa, fonte di un nuovo sistema dei relativi rapporti contrattuali.

3.2. La ricommercializzazione del diritto commerciale come autonomo diritto privato dell'impresa⁵³ dovrebbe effettuarsi, allora, secondo due opzioni alternative: a) mediante un'ampia opera riformatrice⁵⁴; b) tramite l'attività della giurisprudenza, ciò che sa-

⁵¹ R. Patry, *Grundlagen des Handelsrecht. Das Handelsrecht*, in M. Gutzwiller - H. Hinderling - A. Meier-Hayoz - H. Merz - P. Piotet - R. Secrétan - W. v. Steiger - F. Vischer (hrsg.), *Schweizerisches Privatrecht*, Basel-Stuttgart, 1976, vol. VIII, t. 1, 4 ss., spec. 17 ss., 20; cfr. anche Id., *L'unità du droit des obligations*, in M. Rotondi (a cura di), *Inchieste di diritto comparato. 3. L'unità del diritto delle obbligazioni*, cit., 417 ss.

⁵² E. Bucher, *Der Gegensatz von Zivilrecht und Handelsrecht: Bemerkungen zur Geschichte und heutigen dogmatischen Bedeutung der Unterscheidung*, in U. Falkner - M. Zweifel (hrsg.), *Festgabe für A. Meier-Hayoz*, Zürich, 1972, 1 ss., spec. 8 ss., 12 ss.

⁵³ Un'argomentazione di particolare rilevanza sull'esigenza della ricommercializzazione può rinvenirsi nelle riflessioni di G. B. Portale, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, cit., 14, il quale parla di una mortificazione delle capacità creative del diritto commerciale come esito negativo della commercializzazione - o meglio della conseguente civilizzazione del diritto commerciale. Inoltre, si fa notare che il sacrificio del diritto commerciale, da sempre in osmosi proficua con il diritto civile, si risolverebbe a danno di quest'ultimo (così J. Riesser, *Der Einfluss Handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, Stuttgart, 1894, spec. 71 ss.).

⁵⁴ In questa prospettiva andrebbe riguardata la recente riforma italiana del diritto societario, il cui impatto sull'autonomia del diritto commerciale deve an-

rebbe senz'altro coerente con le esigenze di adattabilità ai mutamenti del mercato proprie del diritto commerciale. Va verificato, allora, se, nell'ambito dei rapporti contrattuali d'impresa, possono individuarsi significativi spunti in tal senso, il che implica la necessità di

1) esaminare le fattispecie "ordinarie" sottoposte dai giudici ad uno specifico trattamento normativo, qualora in esse siano riscontrabili collegamenti con l'impresa – possono citarsi a tal proposito il divieto di patto commissorio⁵⁵, la fideiussione *omnibus*⁵⁶ e il contratto autonomo di garanzia⁵⁷ – ovvero

2) considerare le disposizioni, prevalentemente concernenti la patologia dei rapporti di mercato, in cui la presenza dell'impresa ha spinto il legislatore a delineare una disciplina strutturale (spesso indistinta nei presupposti e requisiti, la cui determinazione è lasciata all'interprete⁵⁸) cui non corrisponde una com-

cora essere compiutamente definito. Un tentativo in tal senso si rinviene in G. Palmieri, *Le grandi riforme del diritto dell'impresa nell'Italia contemporanea*, in «Banca, borsa e tit. di cred.», I, 2012, 251 ss., spec. 260 ss., 270 ss.

⁵⁵ In particolare, l'indagine si concentrerebbe sull'inserimento del patto commissorio in rapporti tra imprese che, se complessivamente riguardati, potrebbero fondare una valutazione di liceità del medesimo nella prospettiva del saldo globale tra vantaggi e svantaggi, il che è suscettibile di comportare una radicale revisione del contesto sistematico in cui si è soliti riguardare l'istituto e la relativa funzione (su quest'ultima, oltre al lavoro di A. Luminoso, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in «Riv. dir. civ.», 1990, I, 219 ss., si veda Alb. Candian, *Appunti dubbiosi sulla ratio del divieto di patto commissorio (nota a Cass., 29.08.1998 n. 8624)*, in «Foro it.», 1998, I, 175).

⁵⁶ In relazione a questo modello negoziale, una prospettiva apparentemente diversa dall'autonoma valorizzazione dell'autonomia d'impresa è seguita da G. Meo, *Impresa e contratto nella valutazione dell'atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione omnibus*, Milano, 1991, spec. 85 ss., il quale valorizza la causa, da intendersi come valore obbiettivo perseguito dalle parti, nella prospettiva del controllo di meritevolezza cui sottoporre gli schemi atipici, pertanto anche la fideiussione *omnibus*, e del criterio di selezione della relativa disciplina, che manifesta la misura del confronto tra il valore obbiettivo privato e la tavola dei valori in cui si articola il sistema.

⁵⁷ Sul quale, da ultimo, può confrontarsi G. Barillà, *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag. Categorie civilistiche e prassi del commercio*, Frankfurt am Main, 2005, spec. 199 ss. (nel senso dell'auspicio circa la codificazione del modello in discorso ad opera degli ordinamenti nazionali), nonché Id., *Il Garantievertrag da prassi a legge: il caso francese*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2007, I, 217 ss.

⁵⁸ A questo proposito si è sottolineata (da parte di A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., 534-536) l'inidoneità della teoria della fattispecie produttiva di effetti a rappresentare coerentemente il fenomeno dei contratti tra imprese, in quanto la medesima, ordinata sulla relazione atto-diritto soggettivo, «porta a negare un valore del fatto che possa dirsi autonomo e distinto rispetto all'effetto che ne deriva, in quanto la rilevanza del fatto è risolta in termini di mera alterazione della realtà giuridica, di cui diviene una componente essenziale». In particolare, poiché il fenomeno in discorso vede elementi esterni rispetto alla sua struttura formale, o anche

piuta determinazione degli effetti (ciò che si evince con chiarezza in ordine all'abuso di dipendenza economica – di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 18 giugno 1998 – e dell'abuso di posizione dominante previsto all'art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 –).

La distinzione rispetto all'autonomia privata, peraltro, tende a sfumare per chi ritiene che la funzione svolta dall'impresa come strumento di valorizzazione dell'attività negoziale ad essa inerente, e la conseguente minore ampiezza dei vincoli normativi cui la medesima è soggetta, trovino un sufficiente riconoscimento a livello causale, come speciale interesse meritevole di tutela idoneo a legittimare negozi atipici (intesi come non vincolati o con maggiori capacità di perseguire gli scopi d'impresa) nel senso delineato dall'art. 1322, comma 2°, c.c.

La fondatezza di questa argomentazione, però, va giudicata, anzitutto, alla luce delle proposte di disciplina europee e internazionali, le quali sono volte ad espungere la causa dagli elementi essenziali del contratto, sia per l'ideologia iperliberistica che ha costituito la cifra ultima e significativa di tali interventi normativi⁵⁹, sia per la ritenuta difficoltà di individuare, nel quadro giuridico europeo, criteri di controllo politico in senso ampio del contenuto del contratto. In particolare, la causa non è menzionata né dai *Principi di diritto europeo dei contratti* (c.d. Principi Lando) – ove, all'art. 2:101, in tema di requisiti dell'accordo delle parti, consistenti nella volontà di vincolarsi giuridicamente e nella sufficienza dell'accordo, espressamente si prevede che “non è richiesto alcun altro requisito” –, né dai *Principi*

cronologicamente successivi al perfezionarsi del contratto, assumere il ruolo di antecedente necessario per l'applicazione di regole che operano sul piano della validità, dell'efficacia o del sorgere di obbligazioni risarcitorie, è necessario abbandonare lo schema della fattispecie produttiva di effetti e rinvenire il paradigma di comprensione del problema evocato nel nesso atto-attività (considerando quest'ultima come fenomeno la cui valutazione avviene in ragione della rilevanza di dati che appartengono all'organizzazione dell'attività economica e, quindi, al mercato di riferimento). Ciò sulla base delle argomentazioni prospettate da P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, ristampa, Milano, 2001 (ed. or. 1969), spec. 131 ss., 206 ss., il quale, considerato ai fini del presente discorso, osserva che nell'individuazione dei vari tipi di attività occorre tenere rigorosamente distinti i caratteri che dell'attività debbono essere propri perché ad essa si applichi una certa disciplina, dai caratteri che la disciplina tende ad imprimere all'attività (211 s.).

⁵⁹ Cfr. M. Libertini, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, in *Jus*, 2009, 273 ss., spec. 279, il quale precisa che l'ideologia immanente al nuovo diritto dei contratti è costituita essenzialmente dall'accettazione dell'ordine spontaneo, fatto di scelte contrattuali e sentenze correttive fondate sul principio di buona fede negli scambi, oltre che dall'innammissibilità di controlli di merito più incisivi sull'assetto di interessi voluto dalle parti.

dei contratti commerciali internazionali (c.d. Principî Unidroit) – in cui si legge, all'art. 3.2., che “un contratto è concluso, modificato o sciolto con il semplice accordo delle parti, senza bisogno di ulteriori requisiti” –, ma è sostituita dal riferimento alla natura e allo scopo del contratto⁶⁰.

Queste discipline, peraltro, affrontate in una chiave normativa analitica, poiché temperano il riconoscimento giuridico del nudo patto e delle nude promesse con una pervasiva applicazione del principio di buona fede, costituiscono, in realtà, una conferma dell'applicazione di parametri causalistici orientati al controllo della giustizia sostanziale degli scambi⁶¹. Pertanto, scompare il concetto di causa ma non la norma che con tale concetto viene riassunta; conseguentemente, al di là delle dichiarazioni, la regola operativa domestica, costituita dagli usi giurisprudenziali e dottrinali della nozione di causa in concreto (che viene piegata allo scopo di verificare l'equità dello scambio), riceve una conferma, nell'ambito del *soft law* europeo e internazionale, dalle previsioni miranti a sottoporre a scrutinio il contratto con il medio logico della buona fede.

Ad ulteriore conforto di ciò, si è prospettato un controllo oggettivo della causa mediante il ricorso al modello fornito dalla disciplina sulle intese restrittive della concorrenza⁶². Infatti, in base al Regolamento del Consiglio n. 1/2003 (approvato il 16 dicembre 2002 e concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato UE), la verifica circa la

⁶⁰ Cfr. esemplificativamente, per i Principî Unidroit (versione 2010), l'art. 3.2.7 (nella versione del 2004 l'art. 3.10) in tema di eccessivo squilibrio, che ne fa menzione al comma 1°, lettera *b*) e l'art. 4.3, il quale, elencando le circostanze rilevanti per l'interpretazione, fa riferimento alla natura e allo scopo nella relativa lettera *d*); per i Principî Lando, l'art. 5:102, anch'esso in tema di circostanze rilevanti, che cita alla lettera *c*) la natura e l'oggetto del contratto, come anche l'art. 6:102, il quale riconduce ad essi (lett. *c*) la fonte di clausole implicite. Sul punto cfr.: C. Scognamiglio, *Problemi della causa e del tipo*, in V. Roppo (a cura di), *Trattato del contratto*, vol. II, *Regolamento* (a cura di G. Vettori), Milano, 2006, 97 ss., il quale, nell'operare una valutazione complessiva del problema, afferma che «sia i Principi Unidroit che i *Principles* contengono previsioni che sembrano accreditare un sindacato sui termini dello scambio contrattuale assai più penetrante di quello che lo strumento della causa avrebbe consentito». ⁶¹ Si veda M. Nuzzo, *La causa*, in P. Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., 195 ss., il quale approfondisce il problema della causa nei contratti d'impresa rilevando come, nonostante i citati Principî Unidroit e Lando abbiano abbandonato il concetto di causa, comunque essa ritorna, seppure con altra veste formale, nella disciplina della fattispecie contrattuale, come strumento di soluzione di problemi sempre attuali.

⁶² Così l'articolata riflessione di M. Libertini, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, cit., 279 ss.

sussistenza dei criteri automatici di esenzione dal divieto di intese restrittive della concorrenza è oggi effettuabile in via autonoma da qualunque giudice di uno Stato membro dell'UE che venga investito di quesiti concernenti intese di siffatto genere (ai sensi dell'art. 3, 1° co., del Regolamento citato), il che implica un'analisi di merito approfondita degli effetti economici che queste producono. L'art. 81, § 3, del Trattato, secondo questa chiave di lettura, costituirà la *rule of reason*⁶³ alla luce della quale dovrà essere valutata l'intesa, per verificare se questa produca effetti sistemici ritenuti contrari all'utilità sociale. Un siffatto modello normativo, come sinteticamente descritto, si ritiene costituisca l'applicazione specifica di una più generale disciplina degli atti di autonomia d'impresa, da differenziarsi rispetto ai meri atti di scambio, in ordine ai quali la scelta anti-causalista può non essere censurabile nel momento in cui si volesse sottrarre i medesimi all'incertezza che il concetto sottende, mentre l'abbandono della stessa prospettiva non può considerarsi giustificato là dove ci fossero più puntuali parametri di valutazione ai quale ancorare la regola operativa che il modello causale intende esprimere.

Pertanto, se la disciplina delle intese restrittive costituisce il punto di emersione sistematica della perdurante rilevanza della causa, da intendersi come funzione economica dell'atto di autonomia privata imprenditoriale (mediante il quale le parti perseguono interessi da valutare secondo criteri di meritevolezza), ciò evidenzia come la differenza tra la serie di atti di autonomia, con cui si esplica l'attività d'impresa, e i contratti di scambio c.d. occasionali impliciti, singolarmente, la conservazione del requisito, in origine pensato per i secondi, nella sola disciplina dei primi. Il recupero del concetto di causa (o, meglio, delle regole operazionali che a questo concetto fanno riferimento), come delineato a livello europeo, sarebbe, allora, funzionale al valore sistematico (e non meramente descrittivo⁶⁴) dei contratti d'impresa⁶⁵.

⁶³ Cfr. da ultimo in tema P. Manzini, *The European Rule of Reason - Crossing the Sea of the Doubt*, in 23 *European Competition Law Review* 392 (2002).

⁶⁴ In questi termini, invece, F. Di Marzio, *Contratti d'impresa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Aggiornamento ****, Torino, 2007, 313 ss., a 349, il quale evidenzia come la figura in questione abbia minori ambizioni, ma maggiore capacità determinativa ed utilità pratica se usata per designare esclusivamente i contratti stipulati tra imprese (p. 350).

⁶⁵ Anche sotto questo aspetto merita di essere evidenziato il contributo del diritto comparato alla creazione e alla precisazione dei tipi giuridici, sul quale, in

Ciò premesso, l'opinione in base alla quale l'autonomia d'impresa sarebbe un'articolazione dell'autonomia privata che si caratterizza per la natura economica dell'interesse considerato⁶⁶ tiene senz'altro conto dell'esigenza di costruire regole diverse da quelle pensate per gli scambi occasionali ed appropriate all'efficiente svolgimento dell'attività d'impresa, specie valorizzando la causa oggettiva dei relativi contratti, ma si rivela inadeguata alla soluzione dei problemi complessivi cui l'autonomia d'impresa, se valorizzata nella sua specificità, presiederebbe, come esemplarmente dimostra la questione della validità di negozi astratti, giustificati dalla necessità dello sviluppo economico (in particolare, i titoli di credito atipici e i contratti autonomi di garanzia), in un ordinamento, come il nostro, basato sul principio causalista⁶⁷.

In effetti, anche per quanto concerne la configurazione del rapporto tra attività di impresa e interesse collettivo (cui si riferisce l'utilità sociale che l'art. 41, 2° co., Cost. indica tra i limiti alla iniziativa economica privata e, conseguentemente, agli atti in cui essa si esprime, i quali limiti, peraltro, si reputano estensibili alla generalità dei rapporti negoziali⁶⁸), parlare di auto-

un'ottica speculara a quella dianzi esposta, rinvio alla valutazione positiva formulata da O. Sandrock, (*Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung*, Frankfurter a.M.-Berlin, 1966, nella trad. it.) *Significato e metodo del diritto civile comparato*, Napoli, 2009, 81 s.

⁶⁶ Così A. Dalmartello, voce *Contratti d'impresa*, cit., 7 s.; che la c.d. autonomia d'impresa sia già desumibile dall'art. 1322 c.c., essendo gli interessi che fanno perno attorno all'impresa in grado di legittimare strumenti di realizzazione di per sé meritevoli di tutela alla stregua del requisito causale sembra anche l'opinione di G. Oppo, *I contratti di impresa tra codice civile e legislazione speciale*, cit., 674.; cfr. anche Id., *Codice civile e diritto commerciale*, cit., 1292, in cui ancor più recisamente si afferma, in relazione alla c.d. ricommercializzazione, che funzione o bisogno, sia pure del mercato, possono presiedere (causalmente) alla formazione di una fattispecie giuridica, ma non possono costituirla perché non hanno di per sé capacità di effetti giuridici, poiché capaci di tali effetti sono solo la norma (legale o consuetudinaria) e l'autonomia privata.

Si veda, inoltre, V. Buonocore, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, spec. 176 ss., il quale, sottolineando come la presenza dell'impresa condizioni in modo significativo il rapporto contrattuale, aderisce alla valorizzazione dell'autonomia d'impresa come distinta dall'autonomia negoziale; a conferma di ciò, come impostazione di carattere generale, si veda Id., *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2002, spec. 410 ss.

⁶⁷ Così M. Libertini, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, cit. 289.

⁶⁸ Per questa notazione cfr. G. Oppo, *I contratti di impresa tra codice civile e legislazione speciale*, cit., 676. Sul rapporto tra impresa, utilità sociale e dignità umana, nella prospettiva della salvaguardia dei diritti fondamentali, cfr. L. Delli Priscoli, *Mercato e diritti fondamentali*, Torino, 2011, spec. 15 ss., il quale fa notare, icasticamente, che l'impresa «da un lato gode di particolare favore quanto alla valutazione della meritevolezza degli interessi perseguiti e quindi della possibilità di ideare nuovi strumenti contrattuali quando gli stessi siano funzionali alle esigenze

mia d'impresa o di causa non produce significativi scostamenti in punto di disciplina. Difatti, sia la speciale autonomia considerata sia la meritevolezza di tutela dell'interesse economico consentono un ampliamento dello strumentario disponibile all'imprenditore così che, qualunque sia l'argomento sistematico utilizzato, l'obbiettivo di attribuire all'attività negoziale dell'operatore economico un respiro più ampio, ammesso che sia configurabile, può essere perseguito mediante entrambe le ipotesi ricostruttive. Questo rilievo si giustifica in base al fatto che i parametri di valutazione dell'autonomia di impresa e della causa – specie se si accetta l'idea che tale analisi debba essere operata secondo criteri attenti dall'attività complessiva dell'impresa di cui il singolo atto costituisce un epifenomeno – sono, nel settore dei rapporti di mercato, sostanzialmente gli stessi, attenendo alle regole di formazione e di funzionamento delle relazioni commerciali secondo la disciplina che per esse ha predisposto il legislatore. È anche vero, peraltro, che la causa mira a validare schemi atipici⁶⁹ ma è inidonea a comportare la disapplicazione di norme imperative pensate per il paradigma socioeconomico del contratto di scambio, per cui le argomentazioni che si fondano su di essa, pur estendendo il campo d'azione negoziale dell'imprenditore, non risolvono il problema dei limiti a questo apposti.

Tenendo conto, oltre a quanto d'anzì osservato, anche dell'origine dell'autonomia d'impresa, la cui prospettazione si radica nel contesto dei titoli di credito⁷⁰, ove il profilo dell'astrattezza, quindi l'assenza del requisito causale, rende necessario il ricorso ad uno strumento differente per ampliare l'autonomia privata in questo settore (oltre l'astrattezza, per i titoli di credito depone in tal senso il principio di tipicità degli atti unilaterali⁷¹),

dell'impresa, ma dall'altro è pur sempre assoggettata alle norme imperative che l'ordinamento giuridico pone a salvaguardia di diritti fondamentali».

⁶⁹ Di autonomia d'impresa come distinta dall'autonomia privata parla anche C. Angelici, *La contrattazione di impresa*, cit., 193, che ne sottolinea, per l'appunto, la funzione giustificativa di taluni schemi negoziali (p. 188).

⁷⁰ Il riferimento è al lavoro di M. Libertini, *Profili tipologici e profili normativi della teoria dei titoli di credito*, cit.

⁷¹ La complessa questione dell'ammissibilità di titoli di credito atipici si trova esemplarmente riassunta in M. Callegari - G. Cottino - E. Desana - G. Spatazza, *I titoli di credito*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. VII, Padova, 2006, 193 ss., spec. 204-207, ove si espone la teoria oggettivistica, la quale collega la creazione e l'emissione di un titolo di credito atipico al manifestarsi di un'esigenza di mercato volta a rendere disponibile uno strumento negoziabile che consenta una circolazione della ricchezza maggiormente rapida e sicura.

allora proprio per legittimare gli atti astratti atipici strumentali all'esercizio dell'impresa essa può rientrare in gioco, come necessario criterio di argomentazione sistematica volta alla costruzione di nuovi schemi e discipline. In sintesi, l'autonomia di impresa, nel valorizzare l'attività negoziale dell'imprenditore avrebbe un ruolo infungibile sia per gli atti astratti, siano essi contratti o atti unilaterali, sia per i negozi causali atipici, dei quali configurerebbe la struttura ed i limiti di operatività.

4. Un'analisi delle disposizioni contenute nel codice civile che avesse preceduto le integrazioni operate dal diritto comunitario in tema di contratti d'impresa⁷² si sarebbe concentrata su elementi significativi, ma sporadici, in cui ricorre una differenziazione di disciplina rispetto al diritto comune in connessione con il fenomeno "impresa"⁷³. Difatti, seppur presenti e significative nei contenuti, le disposizioni che il legislatore unificante ha voluto connettere, esclusivamente o tipicamente, con l'attività di impresa nel codice civile⁷⁴ non appaiono in grado, da sole, di esplicitare sotto il profilo sistematico una valenza ordinante, né possono costituire il substrato di diritto positivo di una teoria (o categoria) dei contratti di impresa. In particolare, nella disamina delle varie implicazioni che talune norme codicistiche presuppongono tra i due poli dell'espressione, emerge come la supposta deviazione rispetto ai principî del diritto comune sia più evocata che reale, in quanto a questi principî ci si riferisce, sostanzialmente, proprio per giustificare l'amplificazione dell'autonomia negoziale conseguente all'esercizio dell'impresa⁷⁵.

Una vastità e profondità di riflessioni decisamente significativa sui contratti d'impresa si è dispiegata, allora, solo in seguito alla formazione di un quadro disciplinare di riferimento assai ar-

⁷² Quale quella operata da C. Angelici, *La contrattazione di impresa*, cit.

⁷³ La differenziazione è concetto qui speculare alla *indifferenza* che si predica come caratteristica principale del nuovo diritto delle obbligazioni all'indomani dell'unificazione dei codici, ovvero come connotato centrale della forma teorica dell'obbligazione moderna, secondo l'impostazione seguita da A. Di Majo, *Profili del diritto delle obbligazioni*, Roma, 1976, 69 ss. (cfr. sul punto B. Inzitari, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, cit., 319).

⁷⁴ Per una più articolata illustrazione delle medesime rinvio al mio lavoro *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, in corso di pubblicazione.

⁷⁵ Singolarmente, proprio nel riferire alla causa la più estesa attribuzione di autonomia dei contratti d'impresa, A. Dalmartello, *Contratti d'impresa*, cit., 8, vede in ciò la riprova di una utilità e legittimità di una considerazione particolare dei contratti d'impresa, quando invece sotto il profilo disciplinare non è dato riscontrare uno scostamento rispetto ai principî di diritto comune.

ticolato; per la costruzione del suddetto quadro, è bene sottolinearlo, non sono stati ritenuti sufficienti i soli provvedimenti in tema di tutela del consumatore, ma è stata la contrattazione tra imprese a fornire il vero impulso per un ripensamento complessivo e per un'esigenza di categorizzazione dei relativi fenomeni⁷⁶.

La recente legislazione, in particolare, ha predisposto, nel settore *de quo*, una serie di tutele che, anzitutto destinate al mercato, si riverberano indirettamente a protezione dei consumatori o degli operatori che entrano in contatto con l'impresa, limitando l'autonomia di quest'ultima. In tale integrazione dell'ordinamento, il ruolo preminente è svolto dalla normativa comunitaria, ma anche a livello nazionale vi sono provvedimenti che apprestano significativi strumenti di protezione del mercato o dei singoli operatori.

Possono qui indicarsi, oltre all'attuazione della Direttiva 93/13 sui contratti con i consumatori, cui sono seguite altre discipline che si trovano sistemate e compendiate nell'attuale Codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005), le disposizioni in tema di tutela della concorrenza e del mercato, contenute nella legge 10 ottobre 1990 n. 287; la disciplina della subfornitura di cui alla legge n. 192 del 18 giugno 1998⁷⁷; la disciplina sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali prevista nel decreto legislativo n. 231 del 9 ottobre 2002; la disciplina dell'affiliazione commerciale di cui alla legge 6 maggio 2004, n. 129, per citare le previsioni più significative.

Queste norme consentono di superare la valutazione di episodicità formulata con riguardo alle disposizioni del codice civile in cui emergeva una deviazione disciplinare, derivante dal collegamento con l'impresa, rispetto alle regole di diritto comune, episodicità che ne impediva la considerazione come componente di un sistema⁷⁸. Peraltro, la presenza di un corpo consi-

⁷⁶ Come si evince dai temi affrontati nei due maggiori consessi scientifici dedicati alla contrattazione d'impresa, il primo tenutosi a Siena il 22-24 settembre 2004 (i cui atti sono raccolti nel volume, a cura di P. Sirena, *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e tecniche di regolazione del mercato*, Milano, 2006), il secondo svoltosi a Milano il 10 febbraio 2006 (i cui atti sono raccolti nel volume, a cura di G. Gitti - G. Villa, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008).

⁷⁷ La quale offre un vero e proprio spaccato della politica legislativa seguita in materia di contrattazione fra imprese; così, testualmente, G. Capo, *La normativa sull'affiliazione commerciale e la tutela contrattuale dell'imprenditore debole. Appunti per uno studio sulla disciplina della contrattazione asimmetrica fra imprese*, in *Studi in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, vol. IV, 4299 ss., a 4313.

⁷⁸ P. Sirena, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, cit., 426, sottolinea, peraltro, che la ricomposizione unitaria del diritto contrattuale

stente di fattispecie in cui l'impresa svolge un ruolo significativo nella giustificazione della *ratio* della relativa disciplina non sottende, per ciò solo, l'automatica ammissibilità di una categoria dei contratti d'impresa che non abbia una valenza meramente descrittiva, e che si risolva in uno strumento di individuazione, e articolazione, di regole valide per i casi non previsti dal legislatore, ma strutturalmente assimilabili a tali fattispecie tipizzate.

La ricerca di uno statuto unitario dei contratti d'impresa, e la conseguente costruzione di una categoria concettuale riassuntiva di una normativa speciale e della *ratio* che la giustificerebbe, può essere delineata attraverso due differenti percorsi argomentativi: a) ribadendo l'autonomia del diritto commerciale dal diritto civile⁷⁹ e valorizzando, secondo lo schema sopra sintetizzato, la c.d. autonomia d'impresa, non solo ai fini dell'applicazione di una determinata disciplina ma anche per estendere i confini posti all'autonomia privata⁸⁰; b) proseguendo nel solco dell'asimmetria di potere contrattuale che autorevole dottrina⁸¹

(al di là, si potrebbe specificare, delle sue articolazioni in Primo, Secondo e Terzo contratto), basata sul nesso costitutivo con il mercato, porterebbe (e porta nel pensiero dell'Autore) ad una riscoperta del codice civile, in quanto custode dei valori e della razionalità del sistema.

⁷⁹ L'accertamento del relativo criterio di distinzione, in tal caso, esplicherebbe una funzione disciplinare che va oltre la valenza meramente ermeneutica di norme come gli artt. 1330, 1341-1342, 1368, 1722, n. 4, c.c.

⁸⁰ Sarebbe, però, contraddittorio ricavare un potere di controllo del giudice, che si risolve in un limite all'autonomia privata, più ampio di quello previsto nelle fattispecie di diritto comune, dal fatto che detto potere andrebbe ad incidere sull'esercizio dell'attività di impresa (peraltro, in modo assai più netto nei rapporti tra imprese, dove il collegamento con la suddetta attività è bilaterale, con la possibile riformulazione del contenuto contrattuale – ad es., in virtù dell'art. 7, 3° co., del d.lgs. n. 231/2002 – rispetto ai contratti dei consumatori, che invece vedono un potere di controllo giudiziale più limitato e circoscritto sotto il profilo applicativo).

⁸¹ Il riferimento è alla prospettiva seguita da V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in («Riv. dir. priv.», 2001, 697 ss., e anche in) Id., *Il contratto del duemila*³, Torino, 2011, 65 ss., su cui si veda la critica di A. Zoppini, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, cit., 236 s., il quale sottolinea la presenza di «recise differenze tecniche quanto all'impianto normativo e alle finalità» che distinguono il regime normativo dei contratti con i consumatori da quello dei contratti tra imprese in posizione di asimmetria reciproca, sì che per i contratti d'impresa (bilateralmente tali) si discorre di un «regolamento contrattuale negoziato tra le parti che sono informate e rispetto alle quali acquista rilievo la collocazione del contratto nel quadro delle relazioni complessive dei rapporti economici e di mercato». Una replica a siffatte argomentazioni, ulteriormente sviluppate in A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., 536-541, si rinviene in V. Roppo, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in Id., *Il contratto del duemila*³, 125 ss., alle pp. 140-144. Cfr. C. Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni*

ha suggerito come criterio di collegamento funzionale all'applicazione del rimedio correttivo da parte del giudice (il che, peraltro, decreterebbe lo stemperamento della supposta categoria, e quindi del collegamento con l'impresa, a vantaggio di una costruzione concettuale che valorizza la posizione reciproca delle parti piuttosto che il contesto in cui l'operazione contrattuale viene posta in essere⁸²).

La relativa questione è stata trattata approdando a risultati non unanimi: tra le opinioni sul punto, variamente motivate, talune negano che possa parlarsi di una categoria nel senso tecnico del termine⁸³, specie considerando che non appare sufficiente alla configurazione del tipo contrattuale il riferimento alla qualità di imprenditore per uno o entrambi i contraenti⁸⁴

sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari», in «Riv. crit. dir. priv.», 2005, 549 ss., la quale, a seguito di un'articolata riflessione che fonda sul contesto dei rapporti di rete l'analisi concernente l'asimmetria di posizione contrattuale, conclude recisamente affermando la valenza prevalentemente descrittiva del relativo paradigma e negando che lo stesso possa essere configurato come «nuovo principio che legittima il controllo e la sanzione di qualsivoglia squilibrio contrattuale sia derivato da comportamenti scorretti o abusivi, prepotenti o arroganti di un contraente forte su di un contraente debole, sì che il contratto ne risulti “ingiusto”» (p. 572).

⁸² La funzione euristica del riferimento al criterio soggettivo come metodo di classificazione risulta attualmente preminente, come può riscontrarsi nella riflessione di G. Cian, *Contratti civili, contratti commerciali, contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, cit., 861 s., il quale individua, essenzialmente in base a criteri soggettivi (ad eccezione del seguente n. 1), cinque differenti categorie generali che ordinano il sistema dei rapporti obbligatori nel diritto italiano: 1) disciplina particolare dei rapporti internazionali contenuta nelle convenzioni di diritto uniforme (si citano la Convenzione di Vienna del 11 aprile 1980 sulla compravendita internazionale di beni mobili e la Convenzione di Ottawa del 26 maggio 1988 sul factoring internazionale); 2) disciplina dei c.d. contratti civili, relativi a soggetti considerati a prescindere dallo svolgimento di attività economiche (la cui regolamentazione è, pertanto, suscettibile di applicazione anche ai rapporti tra imprenditori); 3) contratti che ricevono una particolare disciplina per la presenza, almeno su un lato del rapporto, di un imprenditore; 4) disciplina dei contratti con i consumatori, la quale può integrare le disposizioni relative ad uno schema contrattuale legislativamente tipico, come la compravendita o l'appalto; 5) contratti che non possono denominarsi come contratti con i consumatori, poiché questi ultimi sono identificati dalla legislazione vigente come persone fisiche.

⁸³ Così A. Falzea, *Introduzione*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, cit., 1 ss., spec. 4 ss., il quale parte dalla considerazione che, a proposito dei contratti d'impresa, dovrebbe parlarsi, forse, di categorie dogmatiche, da contrapporsi alle categorie in senso filosofico, in quanto le prime non possiedono le essenziali caratteristiche di queste ultime consistenti nel massimo grado di generalità e nel più esteso livello di purezza. Ciò premesso, un raccordo con le categorie filosofiche potrebbe rinvenirsi, a detta dell'Autore, sulla base del comune rapporto con l'etica.

⁸⁴ A. Falzea, *Introduzione*, cit., 11, specifica a questo proposito che occorrerebbe, ai fini della costruzione di una categoria dogmatica dei contratti di impresa, spiegare e dimostrare come l'interesse della parte imprenditrice si traduca in una componente della causa del contratto di impresa. Perplesità sull'identificazione ti-

mentre altri osservano che la stessa disciplina normativa mostra regole comuni solo con riferimento ai sottosettori in cui la con-

pologica in base al collegamento con l'impresa sono mostrate da G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 101. G. Cian, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, cit., 550 ss., argomenta la tipizzazione di taluni contratti in base ai soggetti che li pongono in essere, il che costituisce un criterio di differenziazione rispetto ad altri negozi che sotto il profilo strutturale appaiono simili. In specie, l'Autore porta gli esempi *a*) dell'assicurazione, la cui serialità (e la necessaria connessione con la professionalità richiesta per l'impresa dall'art. 2082 c.c., oltre che l'appartenenza al *Voltypus* di imprenditore costituito dall'espressa previsione dell'attività assicurativa tra le imprese commerciali di cui all'art. 2195, n. 4, c.c.) vale a distinguerla dalla semplice scommessa; *b*) della commissione, la cui disciplina dovrebbe essere interpretata recuperando la connessione storica con il codice di commercio del 1882, considerando, pertanto, l'istituto come una fattispecie di mandato senza rappresentanza connesso allo svolgimento di attività imprenditoriale; *c*) degli artt. 1341 e 1342 c.c., i quali, al di là della formulazione letterale, si giustificano in un contesto di esercizio dell'attività di impresa, non essendo presente nelle altre situazioni la loro ragion d'essere, poiché farebbe difetto ogni elemento di garanzia dell'altro contraente (questo ragionamento non appare peraltro puntualmente replicabile qualora le condizioni generali di contratto venissero utilizzate nell'ambito dell'adesione ad un ente associativo ideale, in cui, pur essendo assente – o non essendo strutturalmente presente – l'attività di impresa, si impongono comunque esigenze di tutela dell'aderente) (p. 550, nt. 32).

La ragione dirimente dell'impossibilità di ricostruire una categorizzazione attorno alla partecipazione dell'imprenditore al contratto dovrebbe risiedere nella circostanza che, astrattamente, sono ipotizzabili in questo ambito tre differenti articolazioni: contratti tra imprenditori, contratti tra imprenditori e consumatori, contratti tra imprenditori e lavoratori subordinati. Orbene, in questo caso, pur essendovi in tutte le suddette articolazioni un'impresa, è evidente la diversità di struttura tra le relazioni che si instaurano per le parti contraenti e, conseguentemente, la necessità di una disciplina ispirata ad una differente *ratio* per ciascuna tipologia di relazioni. Potrebbe, in astratto, ipotizzarsi una classificazione che vede l'unitarietà nell'esigenza di proteggere la parte debole del rapporto in tutti e tre i casi, ma il vincolo così strutturato sarebbe eccessivamente tenue per fondare un'omogeneità di soluzioni per i relativi problemi. Un'allocazione sistematica delle tipologie menzionate potrebbe consistere, con i conseguenti riflessi disciplinari, oltre che nell'ovvio inserimento dei rapporti tra imprenditori e lavoratori subordinati nell'ambito del diritto del lavoro (P. Rescigno, *I contratti d'impresa e la Costituzione*, cit., 35 s., ritiene, peraltro, indispensabile, per una più compiuta sistemazione concettuale ed operativa dei contratti d'impresa, considerare anche il profilo giuslavoristico, in ciò trovando conforto nelle affermazioni di F. Santoro Passarelli, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, cit., 381, il quale, nella prospettiva sistematica in cui si inscrivono le relative riflessioni, afferma con nettezza che gli aspetti peculiari del lavoro subordinato nell'impresa sono aspetti dell'impresa come attività interna, collegata o organizzata), nell'ascrizione dei rapporti tra imprenditori e consumatori al diritto civile, mentre l'ambito sistematico più idoneo ad assicurare il rispetto della specificità per i rapporti tra imprese sarebbe fornito dal diritto commerciale. Tuttavia, in questo modo si oblitererebbe il fatto che contratti d'impresa propriamente detti sono solo quelli che costituiscono esercizio dell'attività tipica, risultando in tal modo ascrivibili con certezza alla nozione solo i contratti con i consumatori, mentre i contratti con i lavoratori subordinati sarebbero piuttosto da qualificare come contratti di organizzazione (per questa terminologia cfr. G. Oppo, *Note sulla contrattazione d'impresa*, in «Riv. dir. civ.», 1995, I, 629 ss.; prima ancora un accenno in tal senso si rinviene in F. Santoro Passarelli, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, cit., 382, per il quale la distinzione tra contratto di organizzazione dell'impresa e contratti attraverso i quali si svolge l'attività esterna dell'impresa, ovvero che la

trattazione d'impresa può essere scomposta⁸⁵; le voci favorevoli all'esistenza di una categoria di contratti d'impresa muovono invece dalla caratterizzazione dei medesimi sotto il profilo causale, sottolineando a questo scopo il ruolo svolto dalla presenza dell'imprenditore come parte contrattuale⁸⁶. Si è osservato, vagliando in chiave problematica l'utilizzazione della categoria, che l'abbandono della medesima nella sua funzione di medio logico, sul presupposto dell'ostacolo da essa frapposto all'individuazione di concreti esiti interpretativi, comporterebbe, se sostituita con schemi diversamente caratterizzati, talune difficoltà nel dialogo tra giuristi e, in sostanza, una difficile operatività sotto il profilo pratico dei risultati raggiunti dall'analisi teorica⁸⁷. I tentativi di argomentare soluzioni ai problemi specificamente posti nel settore della contrattazione di impresa esigono, allora, che si chiarisca se possa parlarsi a tal proposito di una mera categoria euristica – in grado, perciò, di orientare la soluzione delle questioni inerenti all'applicazione della disciplina protettiva, ma non necessaria per il reperimento degli strumenti concettuali e tecnici con cui affrontarle – ovvero di una categoria

presuppongono ai fini della deviazione dai principi comuni, è sostanzialmente topografica, trovandosi i primi disciplinati nel libro V, mentre i secondi sono previsti nel libro IV del Codice civile) e i contratti tra imprenditori, a seconda del concreto contenuto, presenterebbero natura programmaticamente anfibia (si pensi ai patti di non concorrenza ovvero all'acquisto di materie prime o, invece, ai contratti di compravendita tra grossisti e rivenditori al dettaglio).

⁸⁵ G. Alpa, *I contratti d'impresa, i regolamenti e gli usi normativi*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, cit., 37 ss., a 38, nell'ambito di una riflessione propensa comunque a giustificare la categorizzazione, nel momento in cui alla medesima si assegni una funzione disciplinare. Cfr., inoltre, C. Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, cit., 555 ss., in cui si afferma che «già gli elementi posti dal legislatore quali tratti caratteristici dei contesti di mercato nei quali si producono, rispettivamente, gli scambi di consumo e, ad esempio, gli scambi denominati di subfornitura, suggeriscono estrema prudenza nel formulare facili analogie» (p. 557).

⁸⁶ E la tesi di G. Oppo, *I contratti di impresa tra codice civile e legislazione speciale*, cit., la quale viene confutata da N. Lipari, *Introduzione*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, cit., 67 ss., alle 70 s. Peraltro, lo stesso G. Oppo, *Codice civile e diritto commerciale*, cit., 1285, fa notare come senza identificazione di una massa di rapporti sociali e senza principi e norme che specificamente li regolino, non è configurabile un sistema giuridico: e così non è costruibile un sistema intorno al regolamento di una condizione o di uno *status* soggettivo, quand'anche esso abbia qualche riflesso, in una o altra occasione, sulla disciplina degli atti del soggetto (conclusione, interpretazione, prova dei contratti, sorte dei rapporti nell'insolvenza).

⁸⁷ N. Lipari, *Introduzione*, cit., 69 s. Si veda anche per considerazioni affini R. Goode, *Commercial Law in the Next Millennium*, London, 1998 (trad. it. *Il diritto commerciale del terzo millennio*, Milano, 2003, dalla quale si cita), 42-44.

normativa, la quale si pone come antecedente logico-tecnico per le attività dell'interprete.

In una prospettiva che si rifà, nei presupposti teorici, a schemi coerenti con la contrattazione di impresa si colloca chi, al fine di poter assumere i "contraenti" come elementi della relativa disciplina, ha inteso superare lo schema formale del contratto e la logica astratta che sottende la nozione di parte contrattuale, per assumere come oggetto di analisi l'operazione economica⁸⁸, alla realizzazione della quale è funzionale l'accordo tra i contraenti⁸⁹. Tuttavia, la conseguenza logica di un simile approccio, ossia la riconduzione alla categoria dei contratti di impresa della disciplina prevista per i contratti dei consumatori non viene ritenuta praticabile⁹⁰ in quanto, da un lato, taluni problemi che si pongono nel primo tipo di relazioni non sembrano riproporsi quando da questo tipo si fuoriesce⁹¹, mentre, dall'al-

⁸⁸ E. Gabrielli, *Il contratto e l'operazione economica*, in «Riv. dir. civ.», 2003, I, 93 ss.

⁸⁹ E. Gabrielli, *I contraenti*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, cit., 113 ss., a 114.

⁹⁰ A prescindere dalla circostanza che la tendenza ad inserire i contratti dei consumatori nell'ambito dei contratti d'impresa, pur riscontrabile nel nostro pensiero dottrinale, si scontra con le esperienze di altri ordinamenti in cui la categoria dei contratti dei consumatori è senz'altro ascrivibile al diritto civile; per questo rilievo si v. G. Cian, *Contratti civili, contratti commerciali, contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, 853, il quale cita come esempio la *Modernisierung* del diritto delle obbligazioni tedesco, che ha riportato all'interno del BGB, nel II libro, l'intera disciplina dei contratti con i consumatori, con notevoli conseguenze sotto il profilo sistematico ed interpretativo (cfr. sul punto – oltre alla traduzione italiana delle nuove disposizioni codicistiche in C.W. Canaris, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003, 153 ss. - G. De Cristofaro, *L'inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto*, in «Riv. dir. civ.», 2004, I, 667 ss., spec. 690-693, ove si enfatizza la riduzione degli spazi concessi all'autonomia privata a seguito dell'individuazione di "wesentliche Grundgedanken" nella nuova disciplina legislativa, atteso che, a norma del par. 307, co. 2°, n. 1, del BGB, tutte le clausole inserite in condizioni generali di contratto che siano derogatorie o integrative rispetto alla suddetta disciplina e che risultino incompatibili con i principi fondamentali da essa ricavabili, determinano, nel dubbio, uno svantaggio irragionevole, dovendosi considerare, pertanto, inefficaci. Da ciò si evince – 692 – l'inaccettabilità di una considerazione dello *Schuldrecht* come diritto dispositivo e liberamente derogabile dall'autonomia privata, poiché ampi settori del diritto delle obbligazioni – in particolare, quello della responsabilità del venditore e del prestatore d'opera per i vizi (materiali o giuridici) della prestazione traslativa o di fare – non sarebbero più derogabili, se non attraverso pattuizioni individualmente negoziate dalle parti, sia nei rapporti tra imprenditori e consumatori, sia nel contesto dei contratti tra imprese – anche se con un minor grado di rigidità, poiché non sono applicabili in questo ambito i parr. 308 e 309 BGB – e, quindi, ad un livello generale).

⁹¹ Cfr. C. Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, cit., 573 ss., la quale sottolinea come negli stessi contratti tra imprese si pongano problemi,

tro lato, non si tiene conto del fatto che ad un medesimo problema possono essere date soluzioni diverse a seconda delle circostanze. La categoria dei contratti del consumatore, difatti, sul presupposto di una disuguaglianza sostanziale, rifiuta il principio di eguaglianza formale e costruisce la funzione protettiva del contraente debole attorno allo *status* di consumatore⁹². Questo assunto è, tuttavia, oggetto di vivace critica, in quanto non considera che la definizione di consumatore posta dalla disciplina interna (e mutuata dalle direttive comunitarie) gode di un'estensione tale da ricomprendere soggetti dotati di capacità e competenze assai diverse, il che pone in una prospettiva critica l'affermazione circa la relativa debolezza strutturale⁹³.

Inoltre, assumendo che il consumatore sia una figura eminentemente negativa, in quanto raggruppa le controparti dell'impresa che appaiono ontologicamente differenti da quest'ultima, si è evidenziato come su di essa non si possa costruire uno *status*⁹⁴, il che è confermato dalla definizione contenuta (prima nel Codice civile, all'abrogato articolo 1469*bis*, e ora) nel Codice del Consumo, che parla, all'art. 3, lett. *a*), del consumatore al singolare, così sottolineandosi che il riferimento è al fenomeno quantitativo di massa, ossia al reiterarsi di un determinato tipo di negozio al quale prende parte un soggetto la cui identità è costruita in termini negativi. Ne consegue che sussistono differenze strutturali tra le due diverse articolazioni dei contratti

tipizzati dalle relative discipline, affatto diversi a seconda dell'assetto di rapporti considerato.

⁹² V. Zeno Zencovich, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra contratti commerciali e contratti dei consumatori)*, in «Giur. it.», 1993, 57 ss.; conforme N. Lipari, *Introduzione*, in Id., *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, I, 1 ss., spec. 11 (si v. anche, a cura del medesimo, *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2003) il quale sottolinea l'inversione rispetto alla legge annunciata da H.J.S. Maine (in *Ancient Law: its Connection with the early History of Society, and its Relation to modern Ideas*, London, Dent, 1972 [ma 1861], 100) relativa alla evoluzione dallo *status* al contratto (movement from status to contract). Si assiste, pertanto, alla progressiva espansione, dall'origine risalente, del fenomeno della diversificazione dei regolamenti giuridici in ragione delle differenti posizioni professionali, in base ad un processo opposto a quello che aveva condotto alle moderne codificazioni, come già rilevato da G. Cian, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, cit., 558 s.

⁹³ Secondo E. Gabrielli, *I contraenti*, cit., 120 s., la *ratio* della protezione del consumatore non può essere rinvenuta in una situazione di strutturale debolezza del medesimo.

⁹⁴ N. Irti, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, cit.; se ne ricava che non si può parlare di *status* in riferimento al consumatore, in quanto la disciplina dei relativi contratti sarebbe uno strumento di regolamentazione indiretta del mercato, per cui la nozione di consumatore costituisce esclusivamente il limite soggettivo di applicazione di quella disciplina.

d'impresa, le quali inducono a vagliare ulteriormente nell'ottica del diritto contrattuale europeo il relativo problema, poiché esso ha assunto dimensioni concrete proprio in virtù dell'influenza esplicata dalla legislazione comunitaria e dalla disciplina interna che a quest'ultima si ispira⁹⁵.

5. Il contesto cui sopra si accennava è connesso al mutamento del mercato, che da nazionale diviene europeo e poi globalizzato; in esso cresce un'esigenza di solidarietà che si manifesta, sotto il profilo normativo, nella previsione di forme di controllo del contenuto contrattuale, ove questo non sia conforme alla suddetta esigenza. La legislazione comunitaria ha determinato, a tale proposito, profondi rivolgimenti, non solo sotto il profilo economico, bensì anche nella prospettiva del rapporto con la società complessivamente considerata.

In quest'ottica, al fine di individuare le caratteristiche dei contratti d'impresa, anche nella prospettiva di un'adeguata reazione alle relative patologie, debbono mettersi in risalto due letture o contesti ermeneutici: uno è dato dal mercato in sé considerato, in cui la patologia contrattuale dovrebbe essere inserita tra i *market failures*⁹⁶ e portare alla predisposizione di rimedi conseguenti, aventi il solo scopo di ripristinare condizioni di efficienza nell'allocazione delle risorse⁹⁷; l'altro viene definito a seguito dell'emersione del conflitto sociale latente nelle manifestazioni negoziali in discorso, il che richiederebbe un differente metro di valutazione da parte del giudice chiamato ad operare

⁹⁵ A. Gentili, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, cit., spec. 110, ha cercato di dimostrare, in una prospettiva di analisi del linguaggio, come quest'ottica dissolva qualunque tentativo di costruire una categoria funzionale all'applicazione di regole comuni, risolvendo l'utilità della denominazione nella sintesi del fenomeno noto come contrattazione diseguale e ponendo l'accento, quindi, sulle tecniche di tutela di colui che, in veste di consumatore o come altro contraente, contratta con l'imprenditore (o, nel linguaggio comunitario più estensivo, professionista)

⁹⁶ L'espressione *market failure* è intesa da P. Carbone, *Il contratto del monopolista*, Milano, 2010, 5, nt. 11, non nel senso usuale di "fallimento del mercato" bensì come «mercato in cui le risorse non sono efficientemente allocate», il che da un lato contribuisce ad eliminare la valenza dispregiativa insita nell'espressione "fallimento", dall'altro dà conto della frequenza con cui si verificano le suddette inefficienze, le quali, lungi dal costituire eccezione, sono invece la regola.

⁹⁷ In quest'ottica si pone la normativa comunitaria, nei confronti della quale è stata rivolta la critica di prescindere dai riflessi sociali delle politiche economiche da essa implementate al fine della realizzazione di un mercato unico; in questi termini vedi A. Somma, *Verso il diritto privato europeo? Il Quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2008, 1097 ss., spec. 1118.

un eventuale controllo, il quale non dovrebbe arrestarsi alla considerazione dei riflessi di questi rimedi sul solo mercato, bensì dovrebbe operare in una prospettiva globale, misurandone, pertanto, l'effetto complessivo sulle dinamiche sociali⁹⁸.

Il fondamento di queste considerazioni trova conferma in tema di contratti con i consumatori, se si considera che le regole volte alla loro tutela tendono a porre rimedio ad una debolezza di carattere informativo⁹⁹, per cui, allo stato attuale, il modello apprestato dalla relativa disciplina non può essere sovrapposto ai rapporti tra imprese, che debbono ricercare altrove il loro paradigma di protezione (ad esempio, come si è proposto da taluno, nella disciplina antitrust¹⁰⁰).

Quanto alle modalità di regolamentazione, il diritto comunitario può distinguersi, nella distribuzione delle previsioni legali di tipo sostanziale-imperativo e di tipo informativo, in due settori: uno concernente la disciplina a carattere verticale, relativa cioè a settori di mercato concernenti beni o servizi specifici, ovvero specifiche modalità di conclusione del contratto o specifi-

⁹⁸ Per questa lettura si veda A. Somma, tra le cui molteplici opere dedicate al tema può citarsi *Buona fede contrattuale e gestione del conflitto sociale*, in A. D'Angelo - P.G. Monateri - A. Somma, *Buona fede e giustizia contrattuale*, Torino, 2005, 75 ss., spec. 118 ss.

⁹⁹ Cfr. sul punto E. Gabrielli, *I contraenti*, cit., 131 s., 134 ss., il quale, muovendo da una critica verso la distinzione tra atti della professione e atti relativi alla professione, da un lato dimostra che, nel secondo caso, vi possono essere atti non tipici che sono compiuti in una situazione di asimmetria informativa, la quale giustifica l'applicazione della disciplina protettiva del consumatore (si tratterebbe, in questo caso, di consumo non privato ma professionale), ma, dall'altro lato, afferma che giustamente la Corte costituzionale, stante la diversità di problemi che si pongono nei rapporti B2C – o *einseitige Handelsgeschäfte* – rispetto ai contratti B2B – o *beiderseitige Handelsgeschäfte* –, ha escluso l'applicazione degli artt. 1469bis ss. c.c. (ora artt. 33 ss. d.lgs. 206/2005) a favore di professionisti, piccoli imprenditori e artigiani [cfr. Corte cost., sent. 22 novembre 2002, n. 469; sui riflessi che la sentenza in discorso presenta nell'ottica dell'asimmetria di potere contrattuale, anche per i contratti d'impresa bilaterali, si veda M. Orlandi, *Dominanza relativa ed illecito commerciale*, in G. Gitti - G. Villa, *Il terzo contratto*, cit., 149 ss., il quale ipotizza un'estensibilità analogica della disciplina dell'abuso negoziale oggettivo – segnatamente, della regolamentazione consumeristica in tema di clausole abusive – al fine di configurare uno statuto minimo dei diritti indisponibili per l'imprenditore debole (p. 153)].

¹⁰⁰ In questo senso si v. Ric. Alessi, *Contratto e mercato*, in Scintillae iuris. *Studi in memoria di Gino Gorla*, t. III, Milano, 1994, 2337 ss., spec. 2344, ove si afferma che la legge n. 287/1990 «è una disciplina della tutela del mercato. Solo di riflesso ha attenzione alle posizioni soggettive di chi in esso opera, e che sono sì quelle dei consumatori, ma anche e soprattutto quelle delle imprese» (enfasi mia); M. Libertini, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in «Riv. dir. comm.», 2002, I, 433 ss., spec. 456 ss., con riferimento precipuo alla nullità dei contratti dell'impresa dominante ex art. 3 l. n. 287/1990 (ed ex art. 9 l. n. 192/1998), da qualificarsi, per l'appunto, come “nullità di protezione”.

che tecniche di commercializzazione, in cui prevalgono regole di tipo informativo, mentre nella regolamentazione a carattere orizzontale, ossia quella dedicata a tipi o categorie contrattuali generali, prevalgono le regole sostanziali-imperative¹⁰¹. Ciò ha una sua giustificazione poiché, quando si ha a che fare con beni, servizi o tecniche di commercializzazione specifici, sembra opportuno prescrivere specifici doveri di informazione¹⁰².

Una sintesi tra i due approcci è stata effettuata nel diritto tedesco con la *Modernisierung des Obligationenrechts*; nel BGB si è realizzato un raccordo tra la logica della *Inhaltskontrolle*, che costituisce la consacrazione legislativa (nella legge del 1976 sulle *Allgemeinengeschäftsbedingungen*) di una prassi giurisprudenziale formatasi sul par. 242 del BGB, e la logica degli *status* tipica delle direttive comunitarie, con i conseguenti riflessi in termini di obblighi informativi, accogliendo nei parr. 13 e 14 del libro I (*Allgemeiner Teil*) le definizioni di *Verbraucher* (consumatore) e *Unternehmer* (nel senso di professionista, anche se il significato letterale è quello di imprenditore), tramite un'estensione ai *Verbraucherverträge*, indicata e prevista dal par. 310 BGB, delle norme sulle condizioni generali di contratto¹⁰³. Proprio nella rinnovazione e nell'ammodernamento della disciplina di queste ultime è stato intravisto il nucleo fondativo di una futura categoria dei contratti di impresa¹⁰⁴. Più precisamente, l'in-

¹⁰¹ Così V. Roppo, *L'informazione precontrattuale*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, cit., 148 s. Per la proiezione del principio di trasparenza sul contenuto del contratto, al fine di consentire alle parti di acquisire tramite il medesimo gli elementi di valutazione sui vincoli negoziali assunti, nei termini del neoformalismo negoziale, si v. A. Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in AA.VV., *Diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, vol. II, Padova, 1997, 489 ss., spec. 511 ss.

¹⁰² In relazione ai contratti tra imprese, sulla logica dell'informazione sembra prevalere la logica della regolamentazione imperativa (ci si potrebbe chiedere, allora, se l'art. 4 della legge n. 129/2004 sull'affiliazione commerciale costituisca un'eccezione a questo assunto, nel momento in cui, in relazione ad esso, si è parlato di un esempio di manierismo informativo, per la presenza di un numero notevole di *Informationspflichten*, privi però di una chiara indicazione in termini di sanzioni e rimedi; cfr. V. Roppo, *op. ult. cit.*, 148).

¹⁰³ G. De Cristofaro, *L'inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto*, cit., 684 ss., il quale ben descrive l'integrazione tra il controllo contenutistico ed il principio di trasparenza (*Transparenzgebot*), previsti nel par. 307 del BGB ed entrambi applicabili ai contratti conclusi tra imprenditori (e non soltanto a quelli stipulati da consumatori con imprenditori).

¹⁰⁴ F. D. Busnelli, *Conclusioni*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, cit., 151 ss., a 160. P. Sirena, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, cit., 426 s., si dichiara favorevole all'operazione inclusiva e considera il modello tedesco degno di essere imitato, in base all'assunto che le discipline del contratto di derivazione comunitaria meritano di essere organicamente inserite nel codice civile, perché partecipano della sua essenziale razionalità sistematica.

tervento modificatore dovrebbe avere riguardo precipuamente al requisito della buona fede¹⁰⁵, la quale, ai sensi dell'art. 1337 c.c., deve essere osservata non solo nella fase, meramente eventuale, delle trattative, ma anche in quella, necessaria, della formazione del contratto. Ne consegue che potrebbe essere attuato sulle condizioni generali di contratto un controllo giudiziale di tipo contenutistico, in questa fase assai più penetrante di quello, meramente formale, previsto dagli artt. 1341 e 1342 c.c. In una prospettiva *de iure condendo*, il legislatore potrebbe optare, allora, per un'eventuale unificazione della disciplina dei contratti del consumatore e dei contratti tra imprese, seguendo il modello tedesco della estensione delle regole in tema di condizioni generali di contratto¹⁰⁶; ciò, peraltro, comporterebbe la dissoluzione del problema attinente ai contratti d'impresa, facendolo rifluire nella più ampia tematica dei rapporti tra soggetto forte e soggetto debole¹⁰⁷.

¹⁰⁵ P. Sirena, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, cit., 423, sottolinea che proprio in virtù della buona fede – da considerarsi non in senso solidaristico, bensì come lemma riassuntivo dei principî generali inderogabili dell'ordinamento giuridico in materia economica che si esprimono nell'utilità sociale di cui all'art. 41, 2° co., Cost. – i contratti dei consumatori non presentano alcuna soluzione di continuità rispetto a quelli conclusi tra imprenditori, poiché le loro rispettive discipline giuridiche realizzano interventi di regolazione che sono indispensabili per prevenire o porre rimedio ai fallimenti del mercato.

¹⁰⁶ Sotto il profilo ermeneutico, invece, il paradigma del "contratto con asimmetria di potere contrattuale" mostra profili di incertezza che rendono controverso un suo eventuale accoglimento come criterio di verifica delle opzioni giudiziarie (cfr. *supra*, nt. 81).

¹⁰⁷ Per questo rilievo si veda S. Patti, *L'accordo e la sua formazione*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, cit., 179 ss., a 192.

