

PREMESSA

Nel corso degli ultimi anni accademici siamo stati chiamati, dapprima nell'Università di Pavia ed oggi nell'Università Cattolica di Milano, a tenere un corso dedicato allo studio della disciplina, quasi sempre di origine comunitaria, sulla contrattazione asimmetrica, tra imprese ovvero tra professionista e consumatore. La necessità pratica di assicurare ai nostri studenti un testo di riferimento, dotato di una certa sintesi ma che miri a sollecitare la riflessione critica del lettore, è all'origine dello sforzo, che confidiamo non sia stato vano, che ci ha portato alla scrittura di questo volume.

La bibliografia dedicata al contratto asimmetrico è invero assai larga: non si contano le trattazioni di taglio monografico – nonché le voci della saggistica scientifica – e pure non mancano manuali e trattati dal notevole approfondimento insieme critico ed informativo. A tali strumenti “nobili” della riflessione scientifica nei nostri ambiti di disciplina ci è parso utile affiancare, anche per le evidenziate finalità didattiche, un volume di taglio maggiormente istituzionale che pure illustri in modo organico e analitico le diverse discipline del contratto asimmetrico del consumatore e d'impresa.

Si tratta di un lavoro nel quale privilegiamo una linea di indagine orientata a evidenziare – anche *per differentiam* – le relazioni di tali recenti discipline sul diritto comune dei contratti, che gli studenti apprendono nel corso delle *Istituzioni* del diritto privato del primo anno. Nella convinzione profonda della necessità, per l'interprete del “diritto europeo dei contratti”, di quella consapevolezza sistematica che è unico strumento per una lettura non occasionale ed isolata di una disciplina di fonte legale così frastagliata.

La speranza è che quest'approccio sia in grado di soddisfare non solo le immediate esigenze didattiche universitarie – di chi si avvicina alla materia per la prima volta, con l'intenzione di alzare lo sguardo dal codice civile e di cominciare a misurarsi con il “nuovo diritto dei contratti” – ma anche le attese di chi, più maturo, si approcci al settore della contrattazione asimmetrica in termini maggiormente problematici, mirando ad inquadrare le discipline speciali in quel contesto di coerenza sistematica che si è evocato.

Vede allora la luce la prima edizione di quest'opera, per la rilettura critica della quale ringraziamo sentitamente il nostro più giovane collega dott. Luigi Regazzoni, che con noi condivide l'impegno didattico nei corsi dell'Università Cattolica.

A. D'Adda-V. Bachelet

PARTE PRIMA

**IL CONTRATTO TRA CONSUMATORE
E PROFESSIONISTA**

CAPITOLO PRIMO

**CONTRATTI DEI CONSUMATORI
E DISCIPLINA GENERALE DEL CONTRATTO**

di *A. D'Adda*

Sommario: 1. Il contratto nel codice civile. – 1.1. La centralità dell'atto di autonomia privata. – 1.2. I controlli sull'autonomia privata nel codice civile. – 1.3. L'integrazione cogente del contratto. – 1.4. L'intervento giudiziale sull'equilibrio contrattuale: rescissione e riduzione della clausola penale eccessivamente onerosa. – 1.5. La disciplina codicistica delle sopravvenienze. – 2. Dove le regole di diritto comune del contratto cedono il passo nelle discipline del contratto asimmetrico. – 2.1. *Segue.* La fase precontrattuale. – 2.2. *Segue.* Le pratiche commerciali scorrette. – 2.3. *Segue.* La forma del contratto. – 2.4. *Segue.* La determinazione del contenuto del contratto. – 2.5. *Segue.* I recessi. – 2.6. *Segue.* La disciplina della clausole c.d. vessatorie. – 2.7. *Segue.* Conclusione.

1. Il contratto nel codice civile

1.1. La centralità dell'atto di autonomia privata

La disciplina generale del contratto prevista nel codice civile (agli artt. 1321-1469) postula di regola una relazione tra contraenti in posizione bilanciata, i quali, all'esito di una trattativa tendenzialmente "ad armi pari" trovano un accordo che fonde le reciproche volontà.

Il codice del 1942 recepisce così il modello tradizionale di contratto, in cui si dispiega pienamente *l'autonomia* delle parti (cfr. l'art. 1322 c.c.), che «*possono liberamente determinare il contenuto del contratto*» ed anche «*concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare*».

Più nel dettaglio, il rilievo dell'autonomia privata si declina secondo diversi profili:

i) le regole costruite dai contraenti hanno «*forza di legge tra le parti*» (art. 1372 c.c.);

ii) il contratto regolato del codice civile non è normalmente sindacabile nel suo equilibrio (vale a dire nella sua “giustizia”);

iii) eventuali clausole c.d. vessatorie (e quindi significativamente favorevoli ad un contraente a discapito dell’altro) contemplate dall’accordo, e quindi volute da tutti contraenti restano comunque valide; e sono fatte salve persino se contenute in un contratto predisposto dal contraente “forte”, quando il contraente aderente, che ne sia pregiudicato, le accetti mediante una dichiarazione di volontà particolarmente qualificata (la specifica sottoscrizione della clausola vessatoria di cui all’art. 1341, secondo comma, c.c.);

iv) nella disciplina generale del contratto, le regole *dispositive* (che possono essere derogate dalle parti) sono più numerose di quelle *imperative*, le quali, vietando determinate pattuizioni tra le parti, controllano l’atto di autonomia sancendo la nullità delle clausole in conflitto con le scelte dell’ordinamento; nonché, ed ancor più, di quelle *inderogabili*, che stabiliscono i contenuti, imposti dalla legge alle parti, di un determinato tipo contrattuale;

v) la stabilità del contratto è generalmente assicurata in quanto il recesso unilaterale è consentito solo se il diritto allo scioglimento unilaterale del contratto è previsto dalla volontà delle parti (mediante un’apposita clausola contemplata nel contratto) ovvero quando la legge, in via tipica ed espressa, lo preveda.

In definitiva, la fisionomia del contratto tenuto in conto dal codificatore è giocata sull’incontro tra volontà delle parti che hanno modo di formarsi liberamente: i contraenti si confrontano, nella fase delle trattative, per dare contenuto ad un regolamento di interessi (sotteso al contratto) *che è in sé equilibrato in quanto frutto delle libere scelte dei contraenti*.

Sempre ovviamente che non si riscontrino patologie nella formazione della volontà, come accade quando ricorra uno dei vizi del volere, ed uno dei contraenti formi la propria volontà sul presupposto di un errore essenziale e riconoscibile, del dolo ovvero della violenza di controparte, nel qual caso il contratto è annullabile (artt. 1427 e ss. c.c.).

1.2. I controlli sull’autonomia privata nel codice civile

Per la verità già il codice civile contempla taluni strumenti che non si lasciano completamente inquadrare nella cornice appena delineata, e che consentono un controllo dell’ordinamento giuridico sul contratto, e talora anche sul suo equilibrio.

Ma si tratta di strumenti dalla portata (almeno secondo l’interpretazione che ne è stata data nella tradizione) tendenzialmente limitata – e che hanno nel passato guadagnato critiche severe da parte della dottrina più fedele agli antichi dogmi della volontà e quindi alla salvaguardia dell’autonomia privata e della “purezza” del contratto come “affare” delle parti – operanti a livelli tra loro diversi.

Soprattutto, si tratta, come vedremo, di modelli non sempre adeguati a gestire in modo soddisfacente le asimmetrie che connotano la contrattazione tra professionisti e consumatori (o tra imprese in posizioni squilibrate).

Ma vediamo i modelli di controllo dell'autonomia già propri della disciplina comune (e codicistica) del contratto.

In primo luogo talora anche il diritto dei contratti si avvale di discipline imperative di controllo dell'autonomia privata; arrivando in qualche caso a delineare una tecnica di correzione diretta del contratto, disciplinando la sostituzione automatica di clausole pattizie nulle ad opera della legge secondo il modello di cui agli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. (cfr. appresso il § 3).

In altri casi ancora, pur marginali (v. *infra* il § 4), il codice si occupa direttamente dell'equilibrio negoziale, come avviene con la disciplina dell'azione di rescissione per stato di pericolo ovvero per stato di bisogno (artt. 1447 e 1448 c.c.) o con le regole che contemplano un controllo giudiziale sulla ragionevolezza della clausola penale (art. 1384 c.c.).

Ancora, il codice regola altresì gli effetti delle sopravvenienze (essenzialmente) nei contratti di durata, mettendo in dubbio, in presenza di determinate circostanze, il principio della «forza di legge» del contratto. Per tali casi (su cui il § 1.5) la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 e ss. c.c.) consente al contraente che si sente pregiudicato di liberarsi da un contratto reputato squilibrato, non “giusto” (anche se quell'equilibrio è stato in origine determinato dagli stessi contraenti).

Ci soffermeremo subito appresso intorno a tali modelli di intervento sull'autonomia privata già conosciuti alla disciplina comune del contratto e sul loro atteggiarsi nel contesto del contratto asimmetrico.

Prima di procedere in tal senso debbono tuttavia essere segnalati ulteriori tre ambiti della disciplina generale (e codicistica) del contratto che – pur non avendo sempre direttamente a che fare con un controllo delle condizioni contrattuali – debbono essere tenuti presenti, perché, questa volta, oggetto di evidenti discontinuità nel contesto delle discipline legali relative al contratto asimmetrico.

Si allude in particolare (ma v. *infra* anche il § 2):

i) alla disciplina della forma del contratto: improntata alla libertà salve eccezioni nel codice civile ed invece tendenzialmente vincolata nel contratto asimmetrico;

ii) a quella degli obblighi informativi nella fase precontrattuale: analiticamente determinati nelle discipline legali dei contratti asimmetrici ed invece eventualmente affidati alla clausola generale della buona fede nelle trattative nel codice civile;

iii) al requisito della determinatezza/determinabilità del contenuto del contratto;

iv) alle regole in punto di recesso: se la forza di legge del contratto può venire meno per mutuo consenso ovvero per dichiarazione unilaterale di un contraente,

ma in questo secondo caso solo quando le parti o la legge lo consentano, è sin d'ora da segnalare come assai frequenti siano le previsioni di recesso nella disciplina legale sul contratto asimmetrico.

1.3. L'integrazione cogente del contratto

Si è visto come le regole di diritto contrattuale abbiano per larga parte natura dispositiva, e possano pertanto essere derogate dalle parti nell'esercizio della propria autonomia contrattuale; il che non esclude peraltro come anche qui non difettino norme *imperative*, che invece limitano la libertà delle parti nel delineare l'oggetto del contratto.

Del resto, già l'art. 1322 c.c. stabilisce che la libertà delle parti di determinare il contenuto del contratto debba sempre dispiegarsi *«nei limiti imposti dalla legge»*, che infatti talora, con disposizione per l'appunto *imperativa*, vieta determinati patti (si pensi al divieto del patto commissorio *ex art. 2744 c.c.*), sottraendo ai contraenti, in ragione di interessi generali perseguiti dall'ordinamento, il pieno controllo del contenuto contrattuale; e commina la nullità delle clausole contrattuali in conflitto con la norma imperativa che i contraenti abbiano comunque voluto inserire nel contratto (nullità che a sua volta può estendersi, come vedremo, dalla singola clausola all'intero contratto).

Si intende allora dire, ai fini del nostro discorso, che lo strumento di controllo dell'autonomia privata mediante la norma imperativa appartiene già pienamente alla tradizione del diritto contrattuale di *civil law*.

Il punto è che le discipline legali del contratto asimmetrico registrano una frequenza di regole imperative, funzionali al controllo di sbilanciamenti ed abusi, certamente più significativa di quella del diritto contrattuale "comune".

Talora, tuttavia, le regole di carattere imperativo sono ancor più stringenti: nel senso che il legislatore in qualche caso non si limita a vietare clausole, ma impone ai contraenti una disciplina cui essi non possono sottrarsi se decidono di concludere quel contratto oggetto di "regolazione" cogente ad opera del legislatore.

Al riguardo gli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. delineano un modello di *integrazione cogente* del contratto prevedendo l'inserzione nel contratto di clausole o prezzi imposti dalla legge *«anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti»*.

Il che significa che quando la legge impone che determinati contratti possano essere appunto stipulati solo rispettando taluni requisiti previsti dal medesimo legislatore (es.: ad un certo prezzo, con una certa durata, etc.), le eventuali pattuizioni delle parti non conformi (e che quindi prevedano un prezzo od una durata del contratto diversi da quelli imposti per legge) sono nulle e sostituite di diritto dalle condizioni imposte dal legislatore.

Si assiste allora ad un fenomeno di *integrazione* del contratto con clausole che non costituiscono uno sviluppo dell'atto di autonomia – come si ritiene avvenga nell'ipotesi di integrazione dispositiva delle lacune lasciate dalle parti nel regolare il contratto, di cui all'art. 1374 c.c. – bensì *si contrappongono* alle clausole volute dalle parti. Si pensi ad un contratto di locazione: qui il legislatore (con le leggi 392 del 1978 e 431 del 1998) prevede di regola termini di durata del rapporto locatizio non “disponibili”, e quindi non derogabili dalle parti; se queste pattuiscono termini diversi, ad esempio prevedendo un termine di locazione ridotto rispetto a quello minimo legale, la durata del rapporto verrà rideterminata dal giudice – per ipotesi chiamato ad accertare la finita locazione ai fini dello sfratto – secondo il termine ordinario di legge. Il contratto pertanto si trasforma (ad esempio la locazione biennale diviene, secondo quanto impone la legge, almeno quadriennale) in ragione di un intervento *tout court* correttivo ad opera della legge.

Una siffatta tecnica di (radicale) intervento della legge sull'autonomia privata è quindi legittimata già dal codice civile, ma postula precise scelte del legislatore volte ad imporre clausole, prezzi e condizioni ai contraenti, cui sono evidentemente sottese politiche pubbliche a forte impronta dirigitica, che oggi suscitano più di una perplessità. Come vedremo, si tratta allora di tecnica di intervento che fatica ad operare negli ambiti della contrattazione dei consumatori, ed in quella tra imprese squilibrate, qui oggetto di indagine, ove la preoccupazione non è l'imposizione di contenuti contrattuali predeterminati, ma piuttosto il superamento di asimmetrie informative tra le parti; ovvero il contrasto a pattuizioni dal contenuto abusivo.

Eppure non mancano opinioni, su cui ci soffermeremo, che ritengono il modello di cui all'art. 1339 talora utile anche nel gestire le invalidità di protezione così frequenti nella disciplina della contrattazione asimmetrica.

1.4. L'intervento giudiziale sull'equilibrio contrattuale: rescissione e riduzione della clausola penale eccessivamente onerosa

Come si accennava il codice civile, in taluni limitati casi, si preoccupa finanche di controllare l'equilibrio dello scambio delineato dai contraenti: in particolare, la disciplina della *rescissione* del contratto legittima un sindacato sulla “giustizia” delle pattuizioni negoziali tradizionalmente estraneo al diritto contrattuale classico: nel caso in cui il contratto presenti “condizioni inique” o grave sproporzione tra le prestazioni corrispettive, allora il contraente pregiudicato potrebbe sciogliersi dal vincolo contrattuale mediante l'azione di rescissione.

Non si tratta tuttavia di uno strumento che consente *tout court* un controllo sulle condizioni economiche del contratto: al contrario le due fattispecie di rescissione di cui agli artt. 1447 e 1448 c.c. coprono un'area ben delimitata.

Il contratto è infatti impugnabile mediante l'azione di rescissione dalla parte che si assume pregiudicata da pattuizioni giudicate inique solo quando lo squilibrio sia effetto dell' *approfittamento*, ad opera della controparte, dello *stato di bisogno* (art. 1448 c.c.) ovvero dello *stato di pericolo* (1447 c.c.) del contraente vittima dell'iniquità.

Solo in tale ipotesi quest'ultimo potrà sciogliersi, mediante l'azione di rescissione, dal contratto a suo tempo concluso a condizioni sfavorevoli, appunto accettate solo per fuggire da una condizione di pericolo (caso di scuola: una tempesta mi impone di attivare un servizio di recupero natanti) ovvero per sopperire ad un proprio stato di bisogno (una condizione di necessità economica che induce ad accettare, pur di reperire con urgenza mezzi economici, condizioni contrattuali inique).

Peraltro, ad ulteriormente limitare l'area del rimedio, la rescissione del contratto concluso da una parte profittando dello stato di bisogno di controparte potrà essere pronunciata dal giudice solo nel caso in cui lo squilibrio tra le prestazioni attinga un livello *minimo*: la *lesione* (e quindi lo squilibrio) in capo al contraente in stato di bisogno deve infatti eccedere della metà il valore che la prestazione della parte danneggiata aveva al tempo della conclusione del contratto (art. 1448 comma 2, c.c.: si pensi a chi, privo di liquidità ed avendo urgente necessità di reperirne, venda un proprio bene a meno della metà del suo valore di mercato).

Nella disciplina del codice civile non si rinvengono molte altre fattispecie di controllo dell'ordinamento sull'equilibrio tra le prestazioni.

All'ipotesi della rescissione appena evocata si potrebbe aggiungere tuttavia quella della riduzione equitativa della clausola penale eccessivamente onerosa pattuita dalla parti.

Come è noto, la clausola penale è quel patto con cui si preveda che, nel caso di inadempimento di uno dei contraenti, questi sia tenuto a pagare a titolo di risarcimento una prestazione (di regola una somma di denaro) predeterminata, senza la necessità di dare prova del danno effettivamente conseguente all'inadempimento.

Ora, il codice civile, all'art. 1384, consente un sindacato sulla ragionevolezza di tale pattuizione, attribuendo al giudice la facoltà di procedere alla riduzione ad equità della clausola il cui importo è reputato «*manifestamente eccessivo*», in relazione «*all'interesse che il creditore aveva all'adempimento*», e quindi ai valori in gioco nel contratto. Qui l'iniquità della pattuizione autorizza, in via eccezionale, il giudice addirittura ad intervenire sull'atto di autonomia privata, *modificandone* i contenuti.

Nel "sistema" del codice civile il controllo sulla giustizia del contratto è quindi davvero limitato a fattispecie patologicamente ben connotate.

Come vedremo, anche la disciplina dei contratti dei consumatori, nonché quello della contrattazione asimmetrica tra imprese, non autorizza un generale controllo

sulla giustizia del contratto; anzi, si è soliti sottolineare, specie con riguardo all'area dei contratti dei consumatori, che le discipline protettive mirano non tanto a correggere l'equilibrio economico tra le prestazioni che i contraenti si sono dati, bensì a porre rimedio ad un eventuale squilibrio di natura c.d. regolamentare o normativa, ad esempio attestato dalla presenza nel contratto di clausole vessatorie od abusive. Ma è indubitabile che, rispetto a tali modelli contrattuali, più attento si riveli il controllo sull'abuso contrattuale, che talora potrebbe anche attingere il "cuore" economico dell'operazione economica voluta dalle parti (come vedremo in particolare trattando dell'abuso di dipendenza economica).

1.5. La disciplina codicistica delle sopravvenienze

Sotto altro profilo, si è visto come anche la disciplina dell'*eccessiva onerosità sopravvenuta* possa portare qualche elemento di discontinuità rispetto al modello contrattuale codicistico fondato sull'autonomia privata e sulla forza vincolante per le parti delle regole su cui hanno raggiunto un accordo.

In particolare gli artt. 1467 e ss. consentono alla parte di un contratto di durata ad esecuzione periodiche o continuative (o di un contratto ad esecuzione differita che pure debba essere oggetto di esecuzione per il futuro), di eccepire che l'equilibrio originariamente tenuto in conto dalle parti con la conclusione del contratto è venuto meno per accadimenti che, nel tempo, hanno reso significativamente onerosa, la propria prestazione.

La disciplina in esame regola il fenomeno delle c.d. *sopravvenienze quantitative* in grado di incidere sull'originario equilibrio del sinallagma contrattuale: si pensi ad uno straordinario incremento del prezzo del petrolio, conseguente ad un embargo internazionale, che riduce la disponibilità del prodotto da somministrare sul mercato mondiale e quindi rende irrisorio il corrispettivo originariamente pattuito per la fornitura; ovvero – esempio purtroppo resosi attuale – alla diffusione di un'epidemia che altera radicalmente le regole di vita dei consociati e, per l'effetto, i presupposti economici di taluni modelli contrattuali (così, ad esempio, il canone di locazione pattuito da una struttura alberghiera o commerciale si rivela eccessivamente oneroso, in ragione dei provvedimenti statali di forzata chiusura dei suddetti esercizi commerciali).

In tale caso, ai sensi degli artt. 1467 e ss., il contraente pregiudicato potrebbe chiedere la risoluzione del contratto, e quindi liberarsi da un affare divenuto per lui assai oneroso, provando che gli eventi sopravvenuti *dopo* la stipulazione del contratto piegano l'assetto negoziale su condizioni significativamente divergenti da quelle tenute in conto al tempo della conclusione del contratto, liberarsi da un contratto divenuto per lui troppo oneroso (ad oggi, e diversamente da quel che occorre in altri ordinamenti, la legge non prevede invece il diritto di tenere fermo il

contratto chiedendo la revisione delle condizioni economiche dell'affare, prevista invece con riguardo a taluni contratti tipici, come l'appalto).

Si tratta allora di un rimedio non del tutto stridente con le regole dell'autonomia privata: il contraente pregiudicato può scegliere se svincolarsi dal contratto o tenerlo in piedi: ma non può pretendere una modificazione delle condizioni pattuite a suo tempo con controparte.

Inoltre, ad evitare che un tale rimedio pregiudichi arbitrariamente la stabilità del contratto, stringenti sono i limiti all'operatività della risoluzione, che può essere pronunciata solo se l'onerosità sopravvenuta è (i) *eccessiva* e (ii) deriva da circostanze *straordinarie ed imprevedibili*.

Sicché il rischio della ordinaria sopravvenienza, considerata fisiologica entro certi limiti nei rapporti di durata, è ritenuto accettato dai contraenti e grava su di essi.

2. Dove le regole di diritto comune del contratto cedono il passo nelle discipline del contratto asimmetrico

Abbiamo posto sin qui in evidenza regole di diritto del contratto che, pur radicate nella tradizione del codice civile, evidenziano qualche forma di controllo dell'atto di autonomia, spesso da ultimo accentuate dalle discipline del contratto dei consumatori e del contratto asimmetrico tra imprese.

In altri ambiti, invece, le regole tradizionali del "contratto del codice civile" trovano più netta smentita nelle discipline del contratto asimmetrico: le regole tradizionali si mostrano, in vari ambiti, non in grado di governare in modo adeguato quei contratti in cui invece, *fisiologicamente*, le parti si pongono in posizioni disomogenee; perché provviste di un diverso potere contrattuale; ovvero perché in possesso di un livello di informazioni non omogeneo in relazione all'operazione contrattuale perseguita.

Come accade, in primo luogo, nei contratti conclusi tra professionisti e consumatori, ove l'asimmetria informativa è elemento costante della fattispecie; ma talora anche in taluni modelli di contrattazione tra imprese, che avremo modo di esaminare nella seconda parte di questo volume, in cui di regola si profila un'asimmetria, questa volta, di potere contrattuale.

2.1. *Segue*. La fase precontrattuale

Un primo segno di chiara discontinuità tra siffatte discipline speciali e quella con cui il codice civile regola – agli artt. 1321-1469 – i «contratti in generale» si coglie già con riguardo alla fase di formazione del contratto.

Il codice civile è al riguardo piuttosto laconico, per un verso limitandosi all'art. 1337 a prevedere l'obbligo delle parti a comportarsi secondo buona fede e correttezza nella fase delle trattative (e la tradizionale interpretazione della disposizione, almeno sino a tempi recenti, è stata assai prudente nel ravvisare forme di responsabilità per difetto di trasparenza); per altro verso sanzionando le condotte arbitrarie tenute nella fase di formazione del contratto essenzialmente in quei contesti patologici in cui la condotta di uno dei contraenti integra quegli artifici e raggiri idonei a legittimare *tout court* l'annullamento del contratto per dolo, poiché senza di essi la controparte non avrebbe contrattato (art. 1439 c.c.), ovvero gli estremi della violenza psicologica, consistente nella minaccia di un male ingiusto e notevole (art. 1435 c.c.).

Il panorama muta radicalmente se si ha riguardo all'assai articolata disciplina della fase precontrattuale nei contratti conclusi tra un professionista ed un consumatore (ovvero un investitore, od un cliente di una Banca): qui la legislazione speciale (come vedremo: il codice del consumo, il TUF, il TUB, il codice del turismo, etc.) gravano il professionista di una larga sequenza di obblighi informativi; sia, *ab origine*, nel contesto promozionale dei "prodotti" offerti, sia nella fase di più concreta trattativa prenegoziale intrattenuta con un potenziale acquirente di beni o di servizi.

In particolare, poiché l'asimmetria è qui di carattere, in primo luogo, "informativo", molte deroghe alla disciplina generale del contratto mirano esattamente a colmare il fisiologico divario di conoscenze che connota la posizione dei due contraenti, imponendo sul professionista analitici obblighi di trasparenza, che talora investono finanche il dettaglio dell'offerta commerciale.

2.2. *Segue. Le pratiche commerciali scorrette* *

Con riguardo alla fase precontrattuale, va segnalata anche la disciplina che vieta le pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori, introdotta nel codice di consumo agli artt. 18 e ss. dal d.lgs. 145/2007, in attuazione della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. Essa merita, sia pure sommariamente, di essere illustrata già in questa sede introduttiva, perché non sarà ripresa in seguito, se non per quanto concerne i profili della tutela amministrativa (v. *infra* cap. VI, § 3.9).

Ciò premesso, occorre anzitutto osservare che la nozione di "pratica commerciale" è particolarmente ampia, perché comprende qualsiasi azione, omissione, condotta, dichiarazione o comunicazione commerciale, inclusa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto che un professionista pone in essere in relazione alla

* Il testo è di Vittorio Bachelet.

promozione, alla vendita o alla fornitura di beni o servizi¹ ai consumatori (art. 18, lett. *d*), cod. cons.), ovvero alle cosiddette microimprese (entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro: cfr. l'art. 18, lett. *d-bis*), cod. cons., introdotta dal d.l. 1/2012, convertito con modifiche dalla legge 27/2012).

Una pratica commerciale è qualificata come "scorretta" quando, in contrasto con il principio di diligenza professionale, falsa o è comunque idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio che raggiunge, o al quale è diretta (art. 20, secondo comma, cod. cons.).

Le pratiche commerciali scorrette si distinguono in ingannevoli (artt. 21 e ss. cod. cons.) e aggressive (artt. 24 e ss. cod. cons.). Le prime sono idonee a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso. L'induzione in errore può riguardare, tra l'altro, tanto l'esistenza o la natura del prodotto, ovvero le sue caratteristiche principali, inclusi i rischi connessi al suo impiego, quanto il suo prezzo. Il legislatore qualifica specificamente come scorrette alcune pratiche, quali ad esempio quelle che inducono il consumatore a trascurare le normali regole di prudenza o vigilanza relativamente all'uso di prodotti pericolosi per la salute e la sicurezza o che possono, anche indirettamente, minacciare la sicurezza di bambini o adolescenti (art. 21 cod. cons.). Sono poi da considerarsi in ogni caso ingannevoli una serie di pratiche commerciali, tra cui dichiarare, contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da ottenere un acquisto immediato e privare il consumatore della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole (art. 23).

È, invece, ritenuta aggressiva la pratica commerciale idonea a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso attraverso molestie o coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o all'indebito condizionamento (art. 24). Nel valutare l'aggressività vanno tenuti presenti vari elementi, tra cui i tempi, il luogo, la natura o la persistenza, l'eventuale ricorso alla minaccia fisica o verbale (art. 25). Sono considerate in ogni caso aggressive una serie di pratiche, come esemplificativamente quelle che creano nel consumatore l'impressione di non potere lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto, le visite a domicilio nel corso delle quali il professionista ignora gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza, le ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali (art. 26).

Come anticipato, contro le pratiche commerciali scorrette è prevista la tutela amministrativa (art. 27 cod. cons.), su cui torneremo in seguito. Nel fare salva l'ap-

¹ La nozione di beni di cui alla lett. *c*) dell'art. 18 cod. cons. ricomprende anche i servizi, inclusi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni.

plicazione delle norme di diritto contrattuale (artt. 3 della direttiva 2005/29 e 19 cod. cons.), il legislatore lascia all'interprete il compito di individuare i rimedi civilistici esperibili dinanzi al giudice ordinario, come ad esempio quello dell'annullamento del contratto, qualora la pratica scorretta raggiunga la soglia del dolo (si pensi a una pratica ingannevole), ovvero della violenza (in caso di pratica aggressiva).

La prospettiva del codice civile è evidentemente diversa da quella del codice di consumo: il rimedio dell'annullamento postula una valutazione sugli effetti che il vizio in concreto determina sul consenso del singolo contraente, essendo rivolto a tutelare una situazione giuridica soggettiva di quest'ultimo, mentre una pratica commerciale scorretta è tale perché astrattamente idonea a incidere sulla decisione del consumatore medio, in funzione dell'obiettivo del legislatore comunitario di disciplinare attraverso regole oggettive e prevedibili il comportamento dei soggetti del mercato.

Quanto qui importa sottolineare è, però, soprattutto che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette contribuisce a dare rilievo a condotte precontrattuali che possono comportare il risarcimento del danno a favore del consumatore, arricchendo così il ventaglio di fattispecie riconducibili alla violazione della buona fede *ex art. 1337 c.c.* (ritenuto applicabile, sempre più spesso, anche in presenza di un contratto valido, ma sconveniente).

2.3. *Segue.* La forma del contratto

Il superamento delle asimmetrie informative tra professionisti e consumatori (ovvero investitori o clienti di una banca) non passa, però, solo per la definizione di stringenti vincoli informativi precontrattuali estranei alla tradizione del diritto contrattuale, ovvero per un'articolata disciplina delle pratiche commerciali scorrette idonee a falsare il comportamento economico del consumatore medio, pur senza necessariamente integrare gli estremi dei classici vizi della volontà. Passa altresì per un'altrettanto significativa deroga alla regole ordinarie sulla forma del contratto; nonché sui requisiti (di determinatezza o determinabilità) del contenuto del contratto.

Quanto al primo profilo ben poco resta, nel contesto del contratto asimmetrico, della regola di tendenziale libertà di forma sancita dall'art. 1325 c.c., per cui la forma è elemento essenziale del contratto – e quindi il contratto privo di un determinato requisito di forma è in radice nullo – solo quando la legge espressamente stabilisca che un certo contratto debba essere concluso, a pena di validità, in una determinata forma. Se infatti il codice civile delinea un sistema in cui la libertà di forma si attegga quale regola, mentre l'eccezione è la prescrizione di un vincolo di forma ad opera di una specifica previsione legale, la legislazione speciale del contratto asimmetrico contempla quasi sempre forme scritte a pena di nullità.