

CAPITOLO V

RIFLESSIONI SUI PRINCIPI GENERALI NEI PROGETTI DI CODICE CIVILE EUROPEO ED ARGENTINO

SOMMARIO: 1. Buona fede ed *ingiustizia contrattuale* - 2. La pratica applicazione del principio di buona fede in un'ottica di solidarietà tra parti - 3. Il ruolo della ragionevolezza nei progetti di codice civile europeo - 4. L'unificazione dei principi generali di diritto europeo sul piano dei rimedi - 5. I rimedi nella vendita dei beni di consumo e l'«obbligazione di saneamento» nell'ordinamento argentino - 6. Relazione di consumo e contratto nel progetto di codice civile argentino - 7. La disciplina delle clausole abusive e controllo giudiziale nel progetto di codice civile argentino

1. Buona fede ed *ingiustizia contrattuale*

Nelle norme dei progetti in esame il principio di buona fede è previsto in maniera diffusa, in *primis* nelle norme di apertura.

La Proposta di Regolamento, nel fornire le nozioni dei concetti da essa regolati, qualifica la buona fede e la correttezza come «uno standard di condotta caratterizzato da onestà, lealtà e considerazione degli interessi dell'altra parte della transazione o del rapporto in questione».

È poi l'art. 2 del diritto comune europeo della vendita a sancire, al co. 1, che «Le parti sono tenute ad agire secondo buona fede e correttezza». La violazione di questo dovere può precludere alla parte che l'ha posta in essere «l'esercizio di un diritto, di un rimedio oppure di un'eccezione di cui una potrebbe valersi, oppure può renderla responsabile per qualsiasi danno derivante dalla violazione all'altra parte»¹.

Anche il DCFR impone alle parti il divieto di porre in essere condotte illecite, disoneste oppure irragionevoli in esecuzione del regolamento negoziale²: l'art. I.-1:103,

¹ Nel Code européen des contrats la buona fede è criterio di condotta che guida le trattative precontrattuali concretizzandosi in doveri di correttezza (art. 6), doveri di informazione (art. 7) e doveri di riservatezza (art. 8). È criterio valutativo anche del contenuto contrattuale nella determinazione delle «Clausole implicite» ex art. 32. Esso si pone anche a fondamento dell'attività di interpretazione del contratto ai sensi dell'art. 39 co.4, e nella attività di individuazione di fattori extraconsensuali nella determinazione degli effetti del contratto (art. 44). Presiede alla esecuzione del contratto secondo quanto previsto dall'art. 75 sulle «Modalità di esecuzione» e dall'art. 78 circa la «Prestazione diversa da quella dovuta ed effettuata con cose di cui il debitore non poteva disporre», così come all'inesecuzione delle obbligazioni contrattuali (art. 94 su «Inadempimento degli obblighi di fare»). Ancora, essa si pone a fondamento della determinazione tra le parti delle clausole di esonero e limitazioni delle responsabilità (art. 106) e del regime delle restituzioni (art. 160).

² In tale ottica è previsto all'art. II.-3:301 che un soggetto coinvolto in una convenzione ha il dovere di negoziare secondo buona fede e correttezza e di non rompere le trattative contrariamente alla buona fede e alla correttezza. tale dovere non può essere escluso o limitato per contratto.

rubricato «Good faith and fair dealing», introduce il concetto in via preliminare, ed è destinato a trovare applicazione pratica nelle disposizioni successive, in particolare in quelle relative ai doveri di informazione nelle trattative precontrattuali³.

Il ruolo della buona fede sembrerebbe essere significativo, essendole assegnato il compito di mediare i conflitti tra autonomia privata e uguaglianza e svolgendo soprattutto una funzione di riequilibrio nel caso in cui una delle parti tragga un profitto ingiusto da una situazione di dipendenza oppure di fiducia dell'altra parte.

Ad essa è riservata la funzione di integrare il contratto oppure di fungere quale criterio di responsabilità nell'esecuzione del contratto e quindi nella attuazione del rapporto obbligatorio. In questa prospettiva la buona fede accresce ciò che le parti hanno stabilito e diventa un momento costitutivo della liceità, qualificando le condotte in termini di anti-giuridicità.

Il ruolo fondamentale viene giocato negli obblighi di informazione, di cui proprio la buona fede costituisce la matrice⁴, ed appare direttamente connessa al principio di

³ Nel libro II, capitolo 3 su «Marketing and pre-contractual duties», sezione 3 intitolata «Negotiations and confidentiality duties», risulta emblematico l'art. 3:301 che impone al co. 2 che le trattative siano condotte in conformità a buona fede e correttezza, avvertendo, nel co. 3 che la violazione di questo dovere è fonte di responsabilità per ogni perdita cagionata all'altra parte. La norma in commento chiarisce che la responsabilità per violazione dei canoni di buona fede e correttezza nella fase delle trattative sussiste indipendentemente dalla conclusione del contratto. Si stabilisce infatti che «a person who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for any loss caused to the other party to the negotiations». L'obbligo risarcitorio delle trattative sussiste, quindi, sia nel caso di rottura delle trattative sia allorché le parti abbiano successivamente concluso il contratto. È questa una precisazione idonea ad eliminare dei dubbi persistenti in giurisprudenza secondo i quali non costituirebbe una ipotesi di responsabilità precontrattuale la fattispecie in cui l'accordo tra le parti si è formato ma a condizioni differenti da quelle che si sarebbero avute se una delle parti non avesse adottato nei confronti dell'altra una condotta contraria a buona fede. Due pronunce delle SS.UU hanno, invece, chiarito che la violazione del dovere di buona fede in sede di trattative e formazione del contratto assume rilievo oltre che in caso di ingiustificata rottura delle trattative, che in caso di contratto valido ma pregiudizievole comunque del comportamento scorretto. Cfr. Cass. Sez. Un., 19.12.2007, n. 26764 e n. 26725, in Contr., 2008, p.221 ss. Si tratta di un orientamento espresso già in precedenza da Cass. 29.12.2005, n. 19024, in Danno e resp., 2006, p. 25. Sul punto cfr. anche E.L. GUASTALLA, *Marketing e precontractual duties*, in *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, a cura di G.Alpa, G. Iudica, U. Perfetti, P. Zatti, Padova, 2009, p.140.

⁴ All'interno della CESL viene riservato a tale principio un notevole spazio applicativo nello scambio delle informazioni precontrattuali tra le parti, sia tra professionista e consumatore che tra professionisti. Con riferimento ai rapporti tra professionista e consumatore, è di tutta evidenza che l'obbligo di informazione precontrattuale riguarda soprattutto i contratti conclusi a distanza e quelli negoziati fuori dai locali commerciali (Sezione I, Capo 2, Parte II CESL), rispetto ai quali l'art. 13 fornisce un elenco di tutte le informazioni che devono essere comunicate al consumatore. La disposizione in commento, come quelle dell'intera sezione in cui è inserita, devono essere necessariamente correlata alle disposizioni della recente e già analizzate Dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, la quale ha abrogato la direttiva 85/577/CEE del Consiglio (sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali) e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (sui contratti a distanza). Di particolare rilievo risulta l'art. 17 che sancisce espressamente l'obbligo del professionista di informare il consumatore del diritto di recesso in caso di contratto negoziato fuori dai locali commerciali e di contratti a distanza, così come l'art. 22 che elimina ogni dubbio sul carattere imperativo delle norme circa gli obblighi informativi, essendo espressamente vietato, a danno del consumatore, escludere l'applicazione delle stesse, derogarvi o modificarne gli effetti. L'art. 23 riconosce anche nei rapporti tra professionisti l'esistenza di un obbligo di fornire informazione sui beni e sui servizi connessi. Tanto per i contratti tra professionisti, quanto per quelli tra professionista e consumatore sussiste

solidarietà, la cui rilevanza privatistica, pur stentando ad emergere tra i principi del diritto di origine comunitaria, guida l'azione del giudice attraverso l'integrazione del rapporto contrattuale accostando al dovere di adempiere la propria prestazione, quello di tutelare e preservare la sfera giuridica altrui⁵.

La circostanza che la buona fede rivesta un ruolo di mediazione tra tutela della persona e rapporto obbligatorio verrebbe confermata anche a livello europeo, in seguito alla modifica dell'art. 6 TUE di cui al Trattato di Lisbona, in cui è stato conferito pieno riconoscimento alla Carta dei diritti fondamentali all'interno del Trattato.

Una tale ricostruzione autorizzerebbe a pensare che nel diritto europeo, come foggiano dalle norme in commento, sia in corso una graduale oggettivazione della tutela contro l'ingiustizia del contratto, che configurerebbe di per sé quale elemento invalidante del regolamento negoziale proprio attraverso l'operatività del principio della buona fede.

È quanto si ricava dalle disposizioni in materia di tutela di consumatore, soprattutto da quelle in cui viene enucleato il significato di squilibrio nel rapporto tra professionista e consumatore⁶. A ben vedere, però, proprio dall'analisi di queste disposizioni non è possibile ricavare una dimostrazione dell'oggettiva esistenza di un principio generale che, in ogni caso, di per sé rilevi la iniquità dello scambio. In questi ipotesi, infatti, la ragione giustificativa dell'intervento correttivo esterno, limitativo della autonomia privata, deve essere rintracciata nella debolezza strutturale del processo formativo della regola, caratterizzato da una lacuna partecipativa nella formulazione del contenuto negoziale.

l'obbligo di garantire la correttezza delle informazioni fornite (art. 28). In caso di violazione degli obblighi in commento, l'art. 29 co. 1 prevede che la parte che se ne è resa responsabile risponde di qualsiasi danno causato all'altra da tale violazione. In esecuzione della funzione sociale riconosciuta al contratto, il Progetto di codice civile argentino prevede all'art. 961 un generico dovere di buona fede, che trova specifica attuazione in fase di trattative precontrattuali nell'art. 991, con la responsabilità di risarcire il danno in caso di inadempimento. Lo stesso principio è a fondamento dell'art. 1100 sulle informazioni che il professionista è tenuto a fornire in modo chiaro e dettagliato sulle caratteristiche del bene o del servizio prestato al consumatore. La relazione tra la prima ed i secondi sussiste per la funzione ad essa riconosciuta in termini di integrazione del contratto. Tale funzione presenta, tuttavia, un raggio d'azione più ampio della semplice imposizione di obblighi informativi, coinvolgendo anche ulteriori categorie di obblighi, quali quelli di protezione del patrimonio e della persona di controparte, cfr. sul punto C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p.831.

⁵ Attraverso tale principio, il contratto non si configura più semplicemente come veicolo di ricchezza materiale, prestandosi invece a garantire la protezione della persona del contraente: l'ampliamento del contenuto determinato dalla integrazione secondo buona fede permette così una diretta connessione tra regolamento negoziale e la tutela della persona. Tale ampliamento permette anche il superamento delle perplessità in passato manifestate circa risarcibilità del danno non patrimoniale in sede contrattuale, cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 215, secondo cui la responsabilità per inadempimento appare in grado di tutelare in via risarcitoria anche gli interessi della persona attraverso canali autonomi rispetto alla rilevanza del danno non patrimoniale in sede aquiliana. A suddetta rivalutazione dell'ampiezza della responsabilità per inadempimento avrebbero contribuito anche la legislazione di provenienza comunitaria e la maggiore apertura alla clausola generale di buona fede che essa presuppone.

⁶ Cfr. art. 83 co.1 CESL, art. 30 co. 5 Code européen des contrats, art. II-9:403 DCFR che si riferiscono all'individuazione del significato del termine "abusivo".

La possibilità di dimostrare se effettivamente esista, o meno, un principio di rilevanza in sé dell'iniquità dello scambio potrebbe essere fornita da altre norme, quali quelle in materia di rescissione ed iniquo sfruttamento, suscettibili di una applicazione generalizzata.

L'analisi di tali norme sembra dimostrare che nelle norme dei progetti di diritto privato europeo l'ingiustizia contrattuale non goda di un'autonoma rilevanza, essendo necessario che lo squilibrio si accompagni ad ulteriori elementi: quello dello stato di bisogno e quello dell'approfittamento dell'altra parte.

È quanto si ricava dall'art. 51 CESL, rubricato «Iniquo sfruttamento», in base al quale «Una parte può annullare il contratto se al tempo della sua conclusione: a) essa si trovava in uno stato di dipendenza o aveva un rapporto di fiducia con l'altra parte, versava in condizioni di difficoltà economica o aveva urgenti necessità, era affetta da prodigalità, era ignorante o inesperta; e b) l'altra parte ne aveva conoscenza o doveva ragionevolmente averne conoscenza e, per le circostanze e lo scopo del contratto, ha approfittato della situazione in cui essa versava ottenendo un beneficio eccessivo o un vantaggio ingiusto»⁷.

Anche l'art. 30 co. 3 del Code européen del Contrats prevede nel medesimo senso che «É rescindibile, come previsto nell'art. 156, il contratto con il quale una parte, abusando dello stato di pericolo, di necessità, di incapacità di intendere e di volere, di inesperienza, di soggezione economica o morale della controparte, fa promettere o dare a sé o a terzi una prestazione, o altri vantaggi patrimoniali, manifestamente sproporzionati rispetto alla controprestazione da lei data o promessa».

Dalle norme appena richiamate si evince, però, che l'ingiustizia in sé del contratto appare un dato irrilevante in quanto il meccanismo di tutela, che consente di invalidare il contratto tramite l'annullamento o tramite la rescissione dello stesso⁸, può scattare

⁷ Nella medesima direzione va l'art II. – 7:207 del DCFR su «Unfair exploitation»: «(1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill; and (b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage. (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been observed. (3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for unfair exploitation, provided that this party informs the party who gave the notice without undue delay after receiving it and before that party has acted in reliance on it», in merito al quale si rimanda al commento di U. PERFETTI, *Giustizia contrattuale nel Draft common frame of reference*, in *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, cit., p. 188, che ne sottolinea la derivazione dall'art. 4:109 PECL data la sovrapponibilità delle disposizioni confermata anche dal Table of Destinations contenuta nel DCFR stesso.

⁸ Fermo restando il diritto al risarcimento del danno come previsto dall'art. 55 CESL ed art. II.-7:214 co. 1 DCFR.

soltanto in presenza di diverse condizioni, quali: a) l'asimmetria contrattuale generata da uno stato di minorazione in cui una parte si trova nei confronti dell'altra; b) la conoscenza da parte del contraente forte di suddetto stato di minorazione; c) l'approfittamento da parte del contraente forte della situazione dell'altro contraente; d) il conseguente beneficio eccessivo o vantaggio ingiusto realizzato.

La disciplina offerta in materia dalla CESL si distingue da quella prevista dal DCFR e dal Code nella possibilità per le parti di richiedere al giudice di rielaborare il contenuto del contratto per ricondurlo ad equità.

Il co.2 ed il co.3 dell'art. II.-7:207 DCFR prevedono, infatti, la possibilità di un intervento sul contratto frutto di unfair exploitation, conferendo al giudice la facoltà di rielaborarne il contenuto allo scopo di renderlo conforme a quello che avrebbe dovuto avere se per la sua conclusione fossero stati rispettati i principi di buona fede e di correttezza⁹.

Nello stesso senso, il co.6 dell'art. 156 del Code, in materia di rescissione per lesione, stabilisce che «il contratto rescindibile non è soggetto a convalida ma la rescissione non ha luogo se il contenuto di esso viene ricondotto ad equità in base all'accordo delle stesse parti o, su istanza di una di esse, da un provvedimento del giudice».

Disposizione simile non sembrerebbe prevista dal diritto comune europeo della vendita, al cui interno le parti avrebbero invece la possibilità di convalidare il contratto, così come sancito dall'art. 53: «La parte legittimata all'annullamento ai sensi del presente capo, qualora convalidi il contratto in maniera espressa o tacita dopo aver avuto conoscenza delle circostanze rilevanti o dopo essere diventata capace di agire liberamente, non può più annullare il contratto».

Da ciò sembra essere confermato che il contratto giusto o equo non costituisce un valore in sé da tutelare mediante interventi strutturali della regola privata, se non quando lo squilibrio dipenda da una patologia della stessa volontà oppure da una debolezza strutturale del processo formativo del contenuto negoziale¹⁰.

⁹ Si rileva la novità della disposizione del DCFR anche rispetto alla disciplina italiana in materia di *reductio ad equitatem* del contratto, nella quale l'art. 1450 del codice civile prevede che «Il contraente contro il quale è domandata la rescissione può evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità». La novità del DCFR sta nella circostanza che l'iniziativa modificativa può partire tanto dal contraente responsabile della iniquità (co.3) quanto dalla vittima della condotta ingiusta (co.2). U. PERFETTI, Giustizia contrattuale nel Draft common frame of reference, in Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo, cit., p. 177 sottolinea che il sistema tracciato dal DCFR risulta maggiormente equilibrato rispetto a quello italiano per il quale il potere di riconduzione ad equità viene attribuito al solo contraente approfittatore.

¹⁰ Nello stesso senso depone anche il progetto di codice civile argentino, il cui art. Art. 332 prevede l'istituto della «Lesión», per il quale «Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando

Nemmeno sembrerebbero deporre nel senso di un' autonoma rilevanza del concetto di giustizia contrattuale le norme che esprimono un principio di adeguamento del contratto.

L'art. 89 CESL, «Mutamento delle circostanze», autorizza le parti ad avviare trattative tese a modificare o a risolvere il contratto nel caso in cui la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per un eccezionale mutamento delle circostanze. Prima ancora di procedere alla eliminazione del contratto o dei suoi effetti, alle parti spetta il compito di verificare se l'operazione negoziale possa o meno essere adattata alle sopravvenute circostanze, ciò che giustifica l'intervento da parte del giudice, il quale su richiesta delle parti potrà modificare il contratto in base a quanto sarebbe stato ragionevolmente stabilito dalle parti al momento della conclusione; oppure alla risoluzione del contratto.

In chiave di una vera e propria attività di rinegoziazione del contratto si esprime il Code européen des contrats, che all'art. 157 prevede espressamente per le parti la facoltà di rivedere le condizioni contrattuali in seguito al verificarsi di eventi straordinari ed imprevedibili che abbiano resa eccessivamente gravosa l'esecuzione della prestazione.

La disciplina si fonda su una peculiare e specifica regolamentazione dell'attività delle parti che intendano avvalersi della facoltà di riadattare il contenuto contrattuale alle circostanze sopravvenute, caratterizzandosi per la previsione di scadenze e tempistiche entro cui esercitare il potere di adeguamento del contratto, laddove nel diritto comune europeo della vendita si fa riferimento ad un criterio di ragionevolezza per la fissazione di un termine entro cui le parti devono raggiungere un accordo¹¹.

una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción».

¹¹ Cfr. Art. 197 del Progetto preliminare di Code européen des contrats, rubricato «Rinegoziazione del contratto»: «Se si sono verificati degli avvenimenti straordinari e imprevedibili, quali indicati nell'art. 97 comma 1, la parte che intende avvalersi della facoltà prevista da tale norma deve indirizzare alla controparte una dichiarazione che contenga le necessarie indicazioni e inoltre precisi - a pena di nullità della richiesta - quali diverse condizioni ella propone per mantenere in vita il contratto stesso. A tale dichiarazione si applicano le disposizioni di cui agli artt. 21 e 36 comma 2. 2. Nessuna azione può essere iniziata prima che siano decorsi sei (tre) mesi dal ricevimento della dichiarazione indicata nel comma precedente, per dar modo alle parti di comporre stragiudizialmente la questione. E' fatta salva la facoltà, in caso di urgenza, di chiedere al giudice le misure di cui all'art. 172. 3. Se si verifica il caso di cui al comma 1 che precede, la controparte può intimare, al soggetto legittimato ad esercitare la facoltà ivi prevista, di dichiarare entro un termine non inferiore a sessanta giorni se egli intende chiedere o meno la rinegoziazione del contratto. Decorso inutilmente tale termine, si considera ad ogni effetto che il soggetto medesimo abbia rinunciato a procedervi. Alla predetta intimazione si applicano le disposizioni di cui agli artt. 21 e 36 comma 2. 4. Se entro il termine di cui al comma 2 che precede le parti non raggiungono un accordo, il soggetto legittimato ha l'onere nei sessanta giorni successivi, a pena di decadenza, di formulare la sua richiesta al giudice osservando le norme processuali in vigore nel luogo in cui il contratto deve essere eseguito. 5. Il giudice, valutate le circostanze e

Le norme summenzionate, nell'attivare un meccanismo di adeguamento del contratto, mediante un compromesso tra ragioni di efficienza economica del mercato e riconoscimento della libertà di scelta delle parti, sono volte al recupero dell'operazione negoziale, e dunque ad evitare un ipotetico failure del mercato, piuttosto che al recupero di un'effettiva giustizia della medesima operazione.

Il mutamento delle circostanze è oggetto delle disposizioni anche dell' art. III.-1:110 DCFR, rubricato «Variation or termination by court on a change of circumstances»¹².

Le norme ricalca l'art. 6:111 dei PECL¹³ ed attribuisce al giudice il potere di risolvere il contratto oppure di modificarlo, potere esercitabile solo dopo che il debitore abbia tentato, ragionevolmente e in buona fede, di raggiungere mediante rinnovate trattative un adeguamento ragionevole ed equo delle condizioni contrattuali (cfr. art. III.-1:110 DCFR, co. 3, lett. d).

Anche in questo caso la buona fede rileva, ma non quale veicolo di una giustizia contrattuale in sé rilevante ma quale criterio di esercizio dell'equità, dettando al giudice una soluzione conforme all'interesse che le parti intendono raggiungere sia attraverso una

tenuto conto degli interessi e delle richieste delle parti, può, ricorrendo eventualmente ad una consulenza tecnica, modificare o risolvere il contratto nel suo complesso o nella parte ineseguita, e, se del caso e ciò gli venga richiesto, ordinare le restituzioni dovute e condannare al risarcimento del danno.

¹²Ammessa la presenza nel tessuto normativo di diritto privato europeo di un principio di adeguamento del contratto che conferisce alle parti la facoltà di procedere ad una rivisitazione del contenuto negoziale, ci si chiede che cosa comporti l'esercizio di tale facoltà, e se è vero, come ritenuto dalla dottrina, che, nell'esecuzione del rapporto obbligatorio, l'esercizio della buona fede, svolgendo anche un'attività di salvaguardia degli interessi dell'altra parte, incontri il limite dell'apprezzabile sacrificio. Si vuole dunque verificare quali esiti possano palesarsi a fronte di un rifiuto alla rinegoziazione. Diversi scenari possono tracciarsi: avviate le trattative, le parti possono raggiungere l'accordo modificativo; se le parti entro un ragionevole termine non dovessero raggiungere tale accordo, può essere richiesto l'intervento di un giudice teso rendere conforme il contratto secondo quanto le parti avrebbero convenuto al momento della conclusione se avessero tenuto conto del mutamento di circostanze. I dubbi maggiori sorgono proprio nel caso in cui sia necessario un adeguamento del contenuto negoziale ad opera del giudice. Quest'ultimo potrebbe essere chiamato a proporre una nuova valutazione del corrispettivo di tale contratto, e la sua scelta dovrebbe passare attraverso una valutazione equitativa, realizzata attraverso i valori espressi di mercato, al fine di evitare una valutazione eccessivamente soggettiva e non rispettosa dell'equilibrio contrattuale, Cfr. F. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale tra onere ed obbligo per le parti*, in *Obb. e contr.*, 2012, p. 447.

¹³ Art. 6:111 PECL, «Mutamento delle circostanze» che recita: «(1)Ciascuna parte è tenuta ad adempiere le sue obbligazioni anche quando la prestazione sia divenuta più onerosa o perché il costo ne sia aumentato o perché sia diminuito il valore della prestazione alla quale ha diritto. (2)Se però la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il mutamento delle circostanze, le parti sono tenute a intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto, nel caso in cui: (a) il mutamento di circostanze si verifichi dopo la conclusione del contratto, (b) il mutamento di circostanze non fosse una possibilità suscettibile ragionevolmente di essere presa in considerazione al momento della conclusione del contratto, e (c) il rischio di mutamento delle circostanze non sia uno di quelli che, in relazione al contratto, la parte che lo subisce possa essere tenuta a sopportare. (3)Se le parti non riescono a raggiungere un accordo in un tempo ragionevole, il giudice può (a) sciogliere il contratto a far data da un termine e alle condizioni che il giudice stesso stabilirà o (b) modificare il contratto in modo da distribuire tra le parti in maniera giusta ed equa le perdite e i vantaggi derivanti dal mutamento di circostanze. Nell'un caso e nell'altro il giudice può condannare al risarcimento dei danni per la perdita cagionata dal rifiuto di una parte di intavolare trattative o dalla rottura di esse in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza»

nuova proiezione dell'assetto negoziale modellato sulle nuove circostanze venutesi a creare sia attraverso lo scioglimento del contratto.

2. La pratica applicazione del principio di buona fede nell'ottica di solidarietà tra parti

In prospettiva solidaristica può essere letto invece il ruolo che la buona fede assume nel diritto europeo allorché si traduca nel concreto obbligo delle parti di collaborare tra loro «nella misura in cui vi siano ragionevolmente tenute ai fini dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali», secondo il disposto dell'art. 3 CESL¹⁴.

La rilevanza e l'adeguata considerazione degli interessi dell'altra parte, a fini di una tutela degli stessi, in un'ottica di solidarietà tra parti si concretizzano nell'art. III.-1.104 DCFR, che prevede come debitore e creditore siano obbligati a collaborare tra loro ai fini dell'adempimento delle obbligazioni del primo¹⁵.

¹⁴ Il considerando n.31 della Proposta di Regolamento per il diritto comune europeo della vendita precisa che il principio generale di buona fede trovi una sua specificazione a seconda del rapporto di volta in volta posto in essere: «È auspicabile che la collaborazione fra le parti sia improntata al principio della buona fede e della correttezza. Alcune disposizioni costituiscono manifestazioni specifiche del principio generale della buona fede e della correttezza e dovrebbero pertanto prevalere sul principio generale, che quindi non deve servire per modificare gli specifici diritti e obblighi delle parti definiti nelle norme. Gli obblighi concreti che discendono dal principio della buona fede e della correttezza dovrebbero dipendere anche dal livello relativo di perizia delle parti e non essere quindi gli stessi nelle transazioni tra imprese e consumatori e nelle transazioni fra imprese. Nei rapporti tra imprese, è opportuno che le buone pratiche commerciali della specifica situazione interessata costituiscano un fattore rilevante a questi fini».

¹⁵ È nell'ambito delle regole dedicate al contratto di costruzione, inserite all'interno delle disposizioni in materia di contratti di servizi, che gli obblighi di cooperazione trovano maggiore riconoscimento. Già l'art. IV.C.-2:103, «Obligation to cooperate», prevede che il committente è tenuto a rispondere alle ragionevoli richieste di informazioni provenienti dal prestatore di servizi per l'esatto adempimento della sua obbligazione, ad impartire direttive per la prestazione del servizio e, in quanto vi sia tenuto, ad ottenere permessi e licenze nel tempo ragionevolmente necessario per porre in condizione il prestatore di servizi di adempiere alla sua obbligazione secondo il contratto. Il prestatore di servizi dovrà permettere all'altra parte di verificare che l'adempimento abbia luogo in base a quanto previsto dalle previsioni negoziali. Le parti sono tenute a coordinare i rispettivi sforzi per quanto sia ragionevolmente necessario ai fini dell'adempimento delle proprie obbligazioni secondo le previsioni contrattuali. Quanto alla disciplina del contratto di costruzione, l'art. IV.C.-3:102, «Obligation of client to cooperate» stabilisce che il committente è tenuto ad assicurare al costruttore l'accesso al luogo di esecuzione dei lavori, nonché a fornire, in quanto vi sia tenuto, componenti, materiale e strumenti. Ulteriore specificazione del principio si rinviene nella regola per cui il debitore non è ritenuto responsabile della perdita subita dal creditore nella misura in cui quest'ultimo avrebbe potuto ridurre la perdita adottando misure ragionevoli (Art. II.-3:705 DCFR «Reduction of loss»); così come nell'esigenza di fornire un preavviso ragionevole prima che determinate misure, dannose per l'interesse del destinatario, vengano adottate (art. II.-6:103 «Apparent authority of representative»; art. II.-9:201 «Effect of simulation»); Cfr. G. IUDICA, *Il contract for construction nel Draft Common Frame of*

La norma è dotata di una portata quasi del tutto corrispondente a quella dell'art. 1175 del Codice civile italiano, come attestato anche dalla collocazione della norma immediatamente precedente e cioè l'art. III.- 1:103 rubricata «Good faith and fair dealing», per cui «A person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship».

Partecipando della medesima natura del principio di buona fede sancito in ambito contrattuale, l'obbligo di cooperazione tra le parti richiede un'opera di concretizzazione ispirata dalla specificità della natura degli interessi in gioco, così come del livello di correttezza che ci si attende nel settore economico e sociale in cui è sorto il rapporto obbligatorio.

Sarà necessario, in questo senso, valutare la contrarietà a buona fede del rifiuto della prestazione da parte, ad esempio, del creditore, o se debba essere salvaguardato solo l'interesse del debitore alla liberazione o all'attuazione del rapporto obbligatorio, a prescindere dall'obbligo di risarcire il danno che discende dall'illecito comportamento del creditore.

La condotta del creditore che si concretizza nel rifiuto della prestazione si inquadra, nella tradizionale impostazione, nella responsabilità da inadempimento, discendendo dalla violazione di un obbligo specifico di matrice legale a carico del creditore.

Una lettura differente sarebbe però possibile: un tale generico dovere di cooperazione potrebbe essere letto come espressione di un più ampio dovere di correttezza che impone di rispettare, e dunque tutelare, la situazione giuridica altrui in qualsiasi ambito della vita di relazione. In tal senso potrebbe ritenersi che l'obbligo previsto dalla CESL e dal DCFR nelle disposizioni summenzionate sia previsto al fine di tutelare un interesse generale¹⁶.

Tale riflessione evidenzia i tratti peculiari di una previsione, quella dell'obbligo di

Reference, in *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, cit., p.117.

¹⁶ In tale prospettiva, la concezione dualistica della responsabilità civile, tra contrattuale ed extracontrattuale, appare difficile da giustificare in quanto non è dato comprendere le ragioni per le quali la riparazione del danno ingiusto debba avvenire a seconda che esso sia esito di un illecito contrattuale o extracontrattuale. Cfr. F. PROSPERI, *Cooperazione del creditore all'adempimento del debitore*, in *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, cit., p. 211, che segnala che da tempo il concorso alternativo delle due forme di responsabilità viene ammesso. Di recente la giurisprudenza sembra orientata a convertire la responsabilità extracontrattuale in responsabilità contrattuale riferendosi al contatto sociale che lega le parti prima del verificarsi del danno, pur confermando che la responsabilità precontrattuale configuri una ipotesi di responsabilità extracontrattuale. In ciò viene segnalata l'esigenza di percorso di armonizzazione/uniformazione anche rispetto ai diversi modelli europei di responsabilità civile, in modo che il rapporto obbligatorio, a prescindere dalla sua fonte costituisca l'elemento base della costruzione non solo di un comune diritto contrattuale, ma di un comune diritto privato.

cooperazione, che appare una declinazione applicativa del principio di buona fede nel senso di un effettivo riconoscimento del dovere di solidarietà intercorrente tra le parti del rapporto contrattuale.

3. Il ruolo della ragionevolezza nei progetti di codice civile europeo

Il novero dei principi di diritto privato europeo prevede anche quello della ragionevolezza, più volte contemplato nelle norme dei progetti di codice civile, i quali però non ne forniscono un'esplicita definizione¹⁷.

L'art. 1:302 dei PECL prevede che «è da ritenersi ragionevole ciò che chiunque in buona fede e nella stessa situazione delle parti dovrebbe considerare ragionevole».

Il riferimento alla buona fede, nella ricostruzione della ragionevolezza, viene però meno nelle definizioni offerte dal DCFR e della CESL.

L'art. I.-1:104 del DCFR stabilisce, infatti, che «Reasonableness is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices».

Definizione simile viene fornita dalla CESL che all'art. 5 sancisce che «La ragionevolezza deve essere accertata obiettivamente, tenendo conto della natura e dello scopo del contratto, delle circostanze della fattispecie, degli usi e delle pratiche vigenti nelle attività commerciali o professionali di cui trattasi. Qualunque riferimento a ciò che si può pretendere da un determinato soggetto, a ciò che un determinato soggetto può pretendere e a ciò che si può presumere in una determinata situazione s'intende fatto a quanto è ragionevolmente pretendibile o presumibile».

Nel Code européen des contrats un riferimento alla ragionevolezza è contenuto nell'art. 39, co.4 relativo all'interpretazione del contratto: «In ogni caso l'interpretazione del contratto non deve condurre ad un risultato che sia contrario a buona fede o a

¹⁷ Cfr. S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1. Si tratta di un tema attuale, il cui utilizzo sta diventando criterio interpretativo di norme che incongrue, illegittime o contraddittorie: l'impiego di tale principio risponde all'esigenza di tracciare la soluzione più adatta ai tempi, alle circostanze ed alle esigenze economico-sociali del momento, senza la preoccupazione della conformità della soluzione fondata sul dato positivo, rappresentando una parte essenziale della norma giuridica così come della decisione giudiziale. La valutazione su di esso fondata dovrebbe tener conto della natura e dell'oggetto del contratto, così come delle circostanze del caso, degli usi e pratiche dei traffici.

ragionevolezza».

L'impiego della ragione è alla base dell'operatività del principio di buona fede nel progetto di codice civile argentino, che all'art. 962 lo inserisce espressamente quale criterio di individuazione della misura dell'obbligo di un contraente attento e previdente¹⁸.

Il suo utilizzo in quanto principio del diritto generale dei contratti è alla base anche dell'attività di integrazione del contratto, costituendo criterio di valutazione rispetto agli usi ed alle pratiche del luogo di celebrazione del contratto in quanto dichiarate obbligatorie dalle parti oppure conosciute o regolarmente osservate nell'ambito in cui si celebra il contratto¹⁹.

La ricostruzione teorica effettuata²⁰ dalla dottrina lo colloca tra le clausole generali del diritto, in particolare connotandolo quale giudizio/criterio comportamentale²¹ o canone di razionalità impiegato dai giuristi europei²².

Intesa come principio generale, il significato e la portata della ragionevolezza nel diritto privato europeo possono essere individuati considerando la funzione svolta all'interno degli ordinamenti che la contemplano.

Si rinvencono nei codici alcune basi testuali, le quali permettono di concludere che essa è un concetto sostanzialmente estraneo alla tradizione di diritto civile del continente europeo, risultando piuttosto uno strumento di ragionamento del giudice²³.

¹⁸ Cfr. art. 962 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, rubricato «Buena fe», che recita «Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor».

¹⁹ Cfr. art.964 lett.c) «Integración del contrato», Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación: «los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable».

²⁰ Diversi autori la qualificano anche come clausola generale, ad es. L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars interpretandi*, Padova, 2002, p. 373; C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione, in I contratti in generale*, 2, II, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 1073; F. GALGANO, *Il contratto*, 2, Padova, 2011, p. 583. La ricostruzione in termini di clausola generale è legata al dibattito sul diritto flessibile, la cui applicazione ingenererebbe uno spostamento del potere decisionale dal legislatore al giudice. La riduzione della ragionevolezza al catalogo delle clausole generali comporta infatti il problema dello spazio applicativo del potere del giudice e dunque il rapporto tra discrezionalità e certezza del diritto.

²¹ E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 23.

²² M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, 2008, p. 201.

²³ La ragionevolezza viene inserita nel codice civile e nella legislazione italiana a séguito di direttive europee e convenzioni internazionali: è il caso dell'art. 1748, comma 3°, c.c., modificato a séguito dell'attuazione della Dir. n. 86/653, che stabilisce che l'agente ha diritto alla provvigione anche sugli affari conclusi dopo la data di scioglimento del contratto, purché entro un tempo ragionevole; dell'art. 1783, comma 2°, n. 3, c.c., che, modificato dalla convenzione sulla responsabilità degli albergatori del 1962, prevede che sono considerate cose portate in albergo quelle di cui l'albergatore assume la custodia «durante un periodo di tempo ragionevole, precedente o successivo, a quello in cui il cliente dispone dell'alloggio». Il principio viene impiegato anche nel codice del consumo dove in tema di responsabilità per danno da prodotto difettoso, si fa

Negli ordinamenti continentali la ragionevolezza acquista il ruolo di ulteriore parametro di valutazione, da utilizzare al fianco di altri, laddove è differente il ruolo svolto negli ordinamenti di common law, in cui essa non è semplicemente un criterio di misura e di valutazione, ma si caratterizza per essere una tecnica di argomentazione giuridica²⁴, quasi una lente al cui vaglio sottoporre la fattispecie, valutando se il comportamento possa configurarsi come lecito o meno²⁵.

La struttura riflessiva in termini di ragionevole e di ragionevolezza ha negli ultimi

riferimento alle condizioni di uso normali o ragionevolmente prevedibili oppure all'effetto del prodotto su altri prodotti qualora sia ragionevolmente prevedibile l'utilizzazione del primo con i secondi (art. 103 cod. cons.) e, in tema di vendita di beni di consumo, l'art. 129 cod. cons. stabilisce che si presume che i beni siano conformi al contratto se presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenendo conto di una serie di parametri indicati dalla stessa norma. Poco rilevante, tuttavia, anche in queste previsioni, il significato specifico del «ragionevolmente», forse addirittura inutile, perché la valutazione della prevedibilità o delle legittime aspettative non muterebbe in sua assenza. S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, cit. p. 2, rileva che alcune basi normative si ritrovano anche in altri codici civili europei. Ad esempio, l'art. 1112 code civil definisce l'influenza esercitata su uno dei contraenti facendo riferimento alle impressioni di una personne raisonnable. Come criterio di valutazione dello sforzo diligente, il Code civil utilizza l'antica figura del bon père de famille, certamente una persona ragionevole. Nel Bürgerliches Gesetzbuch il termine non compare. La ragione, die Vernunft, così presente nelle pagine dei filosofi, è assente nei testi di legge e raramente viene richiamata dai giuristi, pur se certamente è sottintesa nel loro ragionamento. Un criterio per molti versi equivalente a quello del buon padre di famiglia, cioè della persona diligente e ragionevole, si riscontra nel concetto di Sorgfalt: il § 276 BGB richiede la Sorgfalt necessaria nel traffico giuridico e definisce la negligenza come violazione della necessaria Sorgfalt».

²⁴ La valutazione del danno risarcibile è connessa, in common law, al rispetto del cosiddetto dovere di mitigare il danno sofferto, alla cui stregua il creditore che subisce l'inadempimento deve adottare le misure necessarie per non aggravare gli effetti dannosi del pregiudizio subito, oltretutto per attenuarli. Il dovere di mitigare incombe di regola sul creditore danneggiato, proprio nella misura segnata dalla ragionevolezza, anche quando questa di difficile determinazione in concreto. G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001, ricorda che in *Payzu Ltd. v. Saunders* [1919] 2K.B., in omaggio al principio di ragionevolezza, era stato riconosciuto il diritto del dipendente di rifiutare l'offerta di essere riassunto dallo stesso datore di lavoro che l'aveva licenziato in modo offensivo. Esempio applicativo ulteriore del principio in analisi è fornito in *Wroth v. Tyler* [1974] Ch. 30, in cui la mancata mitigazione del danno viene giustificata dalla indisponibilità economica del creditore danneggiato risultata ostativa per un suo intervento mitigatore.

²⁵ L'impiego pratico del principio si ricollega al differente modo di ragionare del giurista anglosassone e di quello continentale. Se il ragionamento del giurista anglosassone può essere descritto in termini di linearità, quello del giurista continentale si sviluppa in forma strutturata. Se il primo si svolge su di un unico livello ai fini dell'accertamento della liceità del comportamento, il secondo si realizza in due fasi: una tesa ad individuare la norma applicabile prevista in diritto; un'altra tesa invece a qualificare l'atto al fine di restringere l'ambito di tutela della norma stessa. Questo secondo step non avviene nel ragionamento del giurista di common law, il quale procederà direttamente a qualificare la fattispecie attraverso il parametro della ragionevolezza. Non sarà necessario, nel ragionamento del giurista di common law, ricorrere ad un livello di argomentazione aggiuntivo per introdurre criteri di valutazione che restringono l'ambito applicativo della norma. Il concetto di ragionevolezza, dunque, permette di risolvere il caso di volta in volta sottoposto all'esame del giudice utilizzando un solo livello di ragionamento ed evitando il doppio passaggio sentito necessario nei sistemi continentali. Cfr. G. P. FLETCHER, *The Right and the Reasonable*, in 98 *Harvard Law Rev.* 1989, p. 949. Sul punto anche S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, cit. p. 5, per cui si comprende come spesso le decisioni delle corti inglesi si fondino sullo standard of reasonableness. Deve notarsi come la norma di diritto continentale presenti una precisione maggiore e che le formulazioni in termini di assolutezza garantiscano la certezza nei rapporti giuridici. Precisione e assolutezza possono, tuttavia, risultare illusorie, se si considera la necessità di ricorrere a tali correttivi, laddove l'indeterminatezza dei criteri connessi al reasonable o al substantial vengono sapientemente impiegati dal giurista anglosassone per risolvere in forma adeguata la fattispecie sottoposta al suo esame. Certamente ci si astiene dal fornire un giudizio sul diverso modo di operare dei due sistemi, essendo i due metodi di analisi giuridica espressioni di diverse culture giuridiche ugualmente funzionanti.

anni influenzato anche i giuristi continentali, e la conferma deriva dal massiccio impiego del principio nelle disposizioni dei progetti di diritto privato europeo. In proposito è necessario distinguere.

Una prima parte delle disposizioni utilizza il termine in modo che non ne venga modificato il contenuto normativo ed i parametri di valutazione delle disposizioni corrispondenti contenute nei codici civili vigenti²⁶. In un altro gruppo di disposizioni la ragionevolezza diventa un criterio di valutazione, la cui portata è in grado di modificare il proprio dettato normativo rispetto a quello previsto da norme simili contenute nei codici civili europei: in queste ipotesi il riferimento alla ragionevolezza costruisce una previsione elastica, caratterizzata da indeterminatezza, permettendo al giudice di sostituirsi al legislatore sulla formulazione della regola del singolo caso. Esso consente di concretizzare il modo di ragionare e di argomentare del giurista, determinando uno spostamento di potere normativo dal legislatore al giudice.

È quanto accade nei casi di integrazione del contenuto contrattuale previsto dall'art. 74 «Determinazione unilaterale effettuata da una parte» e dall'art. 75 «Determinazione effettuata da un terzo», in cui in caso di prezzo o clausola manifestamente irragionevoli e in caso di indisponibilità di riferimenti applicabili di norma in via sostitutiva, il contenuto (prezzo o clausola) saranno determinati secondo ragionevolezza²⁷.

Lungi dallo stabilire se l'impiego di tale criterio costituisca, in termini di certezza del diritto, un vantaggio oppure una regressione quanto alle esigenze di globalizzazione, si deve prendere atto del fenomeno abituandosi «all'idea che il giurista deve fronteggiare un diritto mobile, in cui rimangono fisse le direttrici rivolte a tutelare i diritti fondamentali e a preservare i capisaldi dello stato di diritto»²⁸.

Resta, tuttavia, da condividere la valutazione di chi ritiene che l'utilizzo del criterio in analisi implichi una rinuncia alla vera armonizzazione data l'assenza di un vero e proprio complesso di regole condivise, in considerazione del fatto che ogni giudice nazionale andrà ad attribuire alla ragionevolezza il senso derivante dalla propria concezione del

²⁶ È il caso dell'art. II.-7:215 DCFR che fa riferimento al termine ragionevole entro il quale agire per annullare il contratto in caso di errore.

²⁷ L'indeterminatezza del concetto viene evidenziato anche dal Comitato economico e sociale il quale, oltre a rilevare la necessità di una definizione obiettiva della ragionevolezza positivizzata nell'art. 5 della CESL, nel punto 5.2.3. del Parere n.800/2012, disponibile su <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.opinions-search>, evidenzia anche che nei contratti a distanza l'obbligo da parte del fornitore di fornire informazioni non possa basarsi sulla individuazione di un termine qualificato solo come ragionevole, essendo richiesta una specificazione ulteriore che indichi con precisione il termine. Lo stesso Comitato economico e sociale sottolinea anche con riferimento all'art. 74 CESL l'opportunità di specificare il significato dell'espressione in esso contenuta «manifestamente irragionevole», lamentando quindi l'eccessiva vaghezza del termine.

²⁸ G. ALPA, La certezza del diritto dell'età dell'incertezza, Lezioni magistrali dell'Università Suor Orsola Benincasa, Napoli, 2006, p. 75.

diritto e dalle regole del proprio ordinamento, con ulteriore difficoltà di delineazione della effettiva *ratio* della normativa protezionistica di matrice comunitaria.

Non è soltanto il problema di attribuire al termine *reasonable*, di origine anglosassone, un nuovo significato nel tessuto normativo di diritto privato europeo. La elaborazione di un codice di civile europeo non dovrebbe connotarsi per l'impiego eccessivo di formule vaghe: il rischio è quello di annullare gli sforzi compiuti in vista di una codificazione quale riferimento normativo sicuro²⁹.

4. L'unificazione dei principi generali di diritto europeo sul piano dei rimedi

L'opera di riconcettualizzazione del contratto, nel sistema di diritto privato europeo, passa anche attraverso un ripensamento del concetto di rimedio, imponendo una verifica critica sul se le categorie concettuali attualmente elaborate possano ritenersi adeguate alla normativa attuale. Tra le principali caratteristiche della scienza privatistica europea rientra infatti l'integrazione tra la tradizionale dogmatica e la categoria dei rimedi.

Prima di analizzare se ed in che misura tale integrazione stia avvenendo, resta opportuno premettere un passaggio circa la reale funzione conferita all'idea di rimedio nell'attuale panorama normativo europeo.

La concettualizzazione europea del contratto implicitamente comporta anche la concettualizzazione del rimedio, che avviene grazie ad un dialogo tra sistemi di *common law* e di *civil law*, al cui esito ai rimedi contrattuali viene progressivamente assegnato il compito di soddisfare i bisogni di tutela connessi alla procedimentalizzazione dell'affare³⁰.

²⁹ S.PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p.20, ribadisce che in talune ipotesi il termine «ragionevole» debba considerarsi un sinonimo di aggettivi presenti nei codici civili europei come adeguato, congruo, per cui non potrebbe parlarsi propriamente di novità nella introduzione del concetto di ragionevolezza. In altre ipotesi, in particolare nel DCFR, sembra superfluo in quanto sottinteso nella valutazione richiesta dalla norma. Per tale ragione il termine non compare nelle corrispondenti norme dei codici civili. Ad esempio, l'affidamento meritevole di tutela deve necessariamente essere ragionevole, dovendo sussistere circostanze tali da giustificare il sorgere di un affidamento in capo ad una persona dotata di buon senso.

³⁰ Cfr. S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa dir. priv.*, 2007, p.585; il dibattito attuale è caratterizzato da un ritorno alle istanze definitorie in cui è possibile ravvisare due concezioni del termine rimedio: a) una prima concezione che assume il rimedio come prospettiva di metodo piuttosto che come figura definita nei suoi contorni; b) una seconda concezione che, ispirandosi ad istanze antiformalistiche, si basa sull'analisi dei diritti della persona e sull'analisi delle tecniche risarcitorie che consentano una concreta comparazione degli interessi del danneggiato e del danneggiante. Da ciò possono trarsi alcune conclusioni. La prima è che il rimedio resta il mezzo preordinato a determinare e dunque a realizzare un interesse in vista di un valore assunto quale principio generale. Il rimedio in questo modo si pone a ridosso dell'interesse e potrà tale definirsi solo attraverso il conseguimento del valore protetto.

Il diritto europeo dei contratti viene infatti progettato allo scopo di instaurare il mercato interno unico e quindi di assicurare il suo funzionamento, proponendosi quale naturale completamento del diritto europeo della concorrenza.

In questo contesto, il contratto non è più soltanto fonte di effetti, ma diventa programma negoziale in cui sono individuate anzitutto le soluzioni che abbiano come scopo preliminare la eliminazione dei conflitti insorti in fase di formazione ed esecuzione del rapporto.

In ciò si manifesta la sintesi del concetto di rimedio effettuata dal dialogo tra sistemi di common law e sistemi di civil law, con la difficoltà, per il giurista di civil law che ragioni nel contesto di diritto europeo, di ricondurre gli interessi coinvolti, tanto sul piano sostanziale quanto su quello procedimentale, nella categoria del diritto soggettivo.

Le soluzioni dal punto di vista giuridico, emergenti in ogni caso da tale dialogo, danno luogo ad una nuova tecnica normativa, qualificabile come rimediale, in cui il “rimedio”, per l'appunto, non è più soltanto ricollegabile alla esigenza di tutela, ma sorge in una fase ancora precedente, e viene riconnesso all'interesse primario formalizzato in un interesse soggettivo, pur presentandosi le tecniche usate nello schema del rimedio *strictu sensu*.

Il rimedio contrattuale rivisita la sua fattispecie strutturale, apportandone dei correttivi senza necessariamente alterarla³¹. Il rimedio di diritto europeo configura un dispositivo tecnico afferente al bisogno di tutela o all'interesse primario, che lascia al legislatore interno e all'interprete il compito di tracciare i percorsi dogmatici affinché essi siano resi compatibili con le fattispecie antecedenti.

Più nello specifico, i rimedi di diritto contrattuale trovano il proprio momento di coesione più in termini funzionali che strutturali in quanto rivolti comunque alla risoluzione di fasi critiche del rapporto contrattuale. Essi a volte verranno congegnati come mere facoltà altre volte come rimedi in senso proprio³².

Ulteriore conseguenza è che il concetto di rimedio non potrà essere identificato con gli strumenti giudiziari in quanto esso trascende il concetto di processo. Il rimedio conosce anche varianti stragiudiziali, e cioè conosce varianti stragiudiziali, cioè strumenti di soddisfacimento di un bisogno di tutela che prescindono dalla mediazione giudiziaria.

³¹ Ne muta, ad esempio la dinamica degli effetti come accade nel caso dell'inibitoria dell'efficacia a carattere non strutturale, ciò che avviene nel recesso di pentimento o nella nullità relativa delle clausole abusive; oppure ne apporta dei correttivi, come accade nel caso del risarcimento del danno.

³² L'idea di congegnare il recesso di pentimento del consumatore come rimedio inteso in senso tradizionale non è condivisa da una parte delle dottrine. La specifica definizione del concetto di rimedio presuppone non soltanto che sia stato leso un interesse giuridicamente protetto della parte tutelata, ma anche che questa lesione possa essere imputata al soggetto responsabile. Il recesso di pentimento riconosciuto in capo al consumatore non sarebbe da ritenere propriamente un rimedio, in considerazione del fatto che esso non solo non è funzionalmente giustificato ma non è neanche strutturalmente collegato alla lesione di un interesse del consumatore che possa essere imputata al professionista. Il recesso di pentimento attribuita dalla legge al consumatore sortisce gli stessi effetti della clausola che le parti possono apporre per riservare al compratore il

L'elemento centrale della categoria del rimedio di diritto europeo sta nell'idea che esso mira a canalizzare l'operazione negoziale posta in essere dalle parti nella realizzazione di un fine più ampio stabilito dal legislatore comunitario nell'ambito della sua logica di mercato. Ancora una volta risulta emblematica la strategia di tutela posta in essere nella vendita dei beni di consumo.

L'assenza di conformità nel bene acquisito dal consumatore fa sì che questo, ai sensi dell'art. 3 della Dir. 99/44/CE possa domandare la sostituzione del bene, la sua riparazione; soltanto nel caso in cui il ricorso a questi rimedi non sia possibile oppure sia sproporzionato, allora il consumatore potrà chiedere la risoluzione del contratto oppure la riduzione del prezzo.

La funzione del rimedio non si esaurirà nella necessità di soddisfare il bisogno di tutela, mirando a perseguire una precisa idea di mercato, dove sia possibile operare una sintesi tra interessi dell'impresa ed interessi del consumatore, tra loro antitetici. La gerarchia dei rimedi così strutturata estrinseca il compromesso tra esigenze della produzione e della distribuzione, in via tendenziale orientate al mantenimento del contratto per ragioni di efficienza economica; ed esigenze del consumatore/acquirente di riappropriarsi della propria libertà di scelta³³.

Le norme del diritto comune europeo della vendita sembrano non smentire la circostanza che il dato normativo di ultima elaborazione sia finalizzato alla realizzazione ad una policy di mercato così spiegata.

non gradimento del bene consegnato dal venditore, in base a quanto previsto dall'art. 1520 co. 3 c.c. Tale tecnica riconosce all'acquirente di provare in via preventiva il bene, realizzando un programmatico contenuto del contratto concluso tra le parti. Cfr. P. SIRENA, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 1.

³³La strategia predisposta dal legislatore esprime così volontà politica di imporre un mercato integrato in senso verticale, «connotato da una distribuzione legata alla produzione e strutturato in modo da realizzare servizi post vendita». Attraverso il rimedio contrattuale il legislatore si sottrae in parte al compito di fornire dettami normativi, attuando l'idea di autoregolazione del mercato, come lucidamente evidenziato da S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 1081. La disciplina del mercato comune viene così livellata su due piani: da una parte si traccia una strategia normativa che persegue una policy di un determinato settore di mercato, assegnando il concreto raggiungimento alla successiva fase della sua articolazione. Dall'altra parte il consumatore, come anche la PMI quale ulteriore soggetto di mercato debole, rappresentano gli attori che, attraverso il sistema del rimedio, in concreto vengono deputati alla realizzazione della macrostrategia di mercato predisposta dal legislatore europeo. Lo strumento tecnico attraverso cui il legislatore europeo ha affidato la realizzazione della creazione di un mercato integrato verso l'alto piuttosto che verso il basso viene rintracciato per L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 199, nella scelta di aggravare il regime del rischio per vizi/difformità del bene fino al punto di escludere del tutto la possibilità del venditore di sottrarsi all'insorgere della obbligazione di ripristino, così come nell'attribuzione al venditore del diritto di regresso. Risulta evidente che il concorso di questi strumenti incentiva l'adozione di moduli organizzativi che siano tesi alla neutralizzazione sistemica del rischio mediante un serrato controllo sul requisito della conformità o attraverso la diretta gestione dell'assistenza.

La CESL fa seguire alla disciplina delle obbligazioni del venditore (capo 10, Parte III) quella dei rimedi del compratore (capo 11, Parte III); alla disciplina delle obbligazioni del compratore (Capo 12, Parte III), segue quella dei rimedi esperibili dal venditore (Capo 13, Parte III).

In tal modo la CESL segue l'impostazione adottata precedentemente con la Convenzione di Vienna, ma soprattutto ricalca il significato sistematico delle discipline rimediali che ciascuna parte contraente può mettere in pratica.

I rimedi esperibili dal compratore risultano essere anche in questo caso organizzati in una scala gerarchica solo apparentemente più flessibile di quella menzionata in riferimento alla Dir. 99/44/CE.

Il compratore può infatti richiedere preliminarmente l'adempimento della obbligazione, attraverso l'esecuzione in forma specifica, la riparazione, la sostituzione del bene. Può certamente rifiutarsi di adempiere alle proprie obbligazioni, ma nella misura giustificata dall'inadempimento dell'altra parte.

Ai sensi dell'art. 111 CESL, nella correzione del difetto di conformità, il consumatore potrà scegliere tra riparazione e sostituzione del bene, purché il rimedio prescelto non sia illecito né gravi il venditore di costi sproporzionati rispetto al rimedio alternativo. Il consumatore, tuttavia, in applicazione del co. 2 del medesimo articolo, non potrà esperire altri rimedi a meno che il professionista ometta di effettuare la riparazione o la sostituzione entro un termine ragionevole e comunque non superiore a trenta giorni³⁴.

Anche il diritto a chiedere la risoluzione, nei contratti di vendita al consumatore in cui l'inadempimento è dovuto a difformità dei beni rispetto al contratto³⁵, è condizionato alla

³⁴ L'art. 111 della CESL, rubricato «Scelta del consumatore tra riparazione e sostituzione», rientra nella sezione relativa alla richiesta di adempimento del Capo 11 e prevede che «1. Nei contratti di vendita al consumatore, se il professionista è tenuto a correggere il difetto di conformità ai sensi dell'articolo 110, paragrafo 2, il consumatore può scegliere tra la riparazione e la sostituzione purché il rimedio prescelto non sia illecito o impossibile né gravi il venditore di costi sproporzionati rispetto al rimedio alternativo, considerando: (a) il valore che il bene avrebbe in assenza del difetto di conformità; (b) l'entità del difetto di conformità; (c) se il rimedio alternativo possa essere esperito senza notevoli inconvenienti per il consumatore. 2. Il consumatore, qualora abbia chiesto la correzione del difetto di conformità mediante riparazione o sostituzione a norma del paragrafo 1, non può esperire altri rimedi a meno che il professionista ometta di effettuare la riparazione o la sostituzione entro un termine ragionevole e comunque non superiore a 30 giorni. Il consumatore può tuttavia rifiutarsi di adempiere in pendenza di tale termine».

³⁵ L'art 110 relativo alla «Richiesta di adempimento delle obbligazioni del venditore» nel precisare che il compratore ha diritto di esigere l'adempimento delle obbligazioni del venditore, aggiunge che l'adempimento esigibile include la correzione, a titolo gratuito, delle prestazioni difformi dal contratto, dunque la correzione del difetto di conformità che il bene ricevuto presenta rispetto a quello oggetto del contratto. È tuttavia singolare la previsione in ordine alla quale l'adempimento non è dovuto se esso è impossibile o è divenuto illecito; oppure se l'onere o il costo dell'adempimento è sproporzionato rispetto al beneficio che il compratore ne trarrebbe. In particolare la valutazione sulla sproporzione tra onere/costo dell'adempimento e beneficio che il consumatore ne trarrebbe tenderebbe ad essere rimessa al venditore piuttosto che alla sua controparte, con effetto preclusivo della scelta a danno di quest'ultima.

circostanza che l'inadempimento stesso non sia di scarsa importanza. In applicazione, ancora, dell'art. 120 co. 3, il compratore che chiede la riduzione del prezzo per aver accettato una prestazione non conforme al contratto, non avrà diritto al risarcimento del danno così compensato, tuttavia conserva il diritto al risarcimento di ogni altro danno subito.

In riferimento al DCFR, la rilevanza della prospettiva dei rimedi viene accentuata dal fatto esso regola non soltanto la responsabilità da inadempimento di un'obbligazione, ma anche la responsabilità da fatto illecito, e l'ambito dell'arricchimento senza causa. Non solo: al suo interno sono presenti specifiche sottosezioni relative ai rimedi nei contratti di vendita, leasing, e donazione.

Si prende, dunque, consapevolezza che la disciplina dei rimedi costituisce una partizione specifica dell'ordinamento giuridico, passibile di una separata formalizzazione rispetto alle tradizionali aree del diritto privato.

Deve rilevarsi come il dovere di buona fede venga oggettivato grazie ad una formalizzazione da parte del DCFR che ne estende l'applicazione anche ai rimedi, prevedendo, con specifica disposizione, che esso venga osservato sia da chi esercita il rimedio sia dalla parte nei confronti della quale tale rimedio venga esercitato³⁶. La norma è stata posta nel Book III, risultando da ciò evidente l'intenzione dei redattori di escluderne l'applicazione ai rimedi della responsabilità da atto illecito e dall'arricchimento senza causa, essendo questi ultimi disciplinati in altri libri dello stesso DCFR³⁷.

³⁶ Il riferimento è all'art. III.-1:103 rubricato «Good faith and fair dealing», in ordine al quale: «1. A person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship. 2. The duty may not be excluded or limited by contract or other juridical act. 3. Breach of the duty does not give rise directly to the remedies for nonperformance of an obligation but may preclude the person in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that person would otherwise have».

³⁷ Particolare rilievo assumono, sempre nel DCFR, altri principi generali, applicabili sempre in materia di rimedi: quello di concorso di rimedi previsto dall'art. III. -3:102 rubricato «Cumulation of remedies»: «Remedies which are not incompatible may be cumulated. In particular, a creditor is not deprived of the right to damages by resorting to any other remedy» e quello che limita la validità di clausole che escludono la responsabilità di abbia agito con dolo o colpa grave prefigurato dall'art. III. -3:105: «Term excluding or restricting remedies» in base al quale: «A term of a contract or other juridical act which purports to exclude or restrict liability to pay damages for personal injury (including fatal injury) caused intentionally or by gross negligence is void. 2. A term excluding or restricting a remedy for non-performance of an obligation, even if valid and otherwise effective, having regard in particular to the rules on unfair contract terms in Book II, Chapter 9, Section 4, may nevertheless not be invoked if it would be contrary to good faith and fair dealing to do so».

5. I rimedi nella vendita dei beni di consumo e l'«obbligazione di saneamento» nell'ordinamento argentino.

Nel sistema argentino, la Ley 24.240 «de defensa del consumidor», dell'ottobre 1993, regola la vendita dei beni di consumo agli artt. 11 e ss., anche attraverso esplicito rinvio alle disposizioni dell'attuale codice civile³⁸.

L'impianto ricalca quello impiegato dal legislatore europeo nella costruzione del sistema dei rimedi della Dir. 99/44/CE, assorbita poi dal diritto comune europeo della vendita.

L'articolo 11 della Ley 24.240 prevede che nei contratti di vendita di beni mobili, secondo la definizione di «bene» accolta dall'articolo 2325 del codice civile³⁹, consumatori ed acquirenti successivi godano di garanzia legale per vizi o difetti di qualsiasi tipo, benché manifesti al momento del contratto, allorquando influiscano sull'identità tra bene offerto e bene consegnato, o influiscano sul suo corretto funzionamento

La garanzia legale è valida per tre mesi, nel caso di beni mobili usati, e sei mesi negli altri casi, a partire dal momento della consegna. Le parti possono scegliere di accordarsi per un periodo maggiore di tempo, attivando una garanzia convenzionale. Nel caso in cui il bene debba essere trasportato in fabbrica o altro laboratorio abilitato, il trasporto verrà effettuato dal responsabile per la garanzia, e sarà responsabile per il costo di trasporto e di assicurazione e ogni altro da realizzare per l'attuazione.

Risulta di particolare importanza il principio previsto dall'art. 13 in ordine al quale sono considerati responsabili solidali della concessione e della esecuzione della garanzia legale i produttori, gli importatori, i distributori ed i venditori al dettaglio dei beni oggetto della garanzia stessa⁴⁰. Inoltre, il periodo durante il quale il consumatore viene privato dell'uso della cosa a titolo di garanzia per qualsiasi motivo relativo alla riparazione, viene

³⁸ Le disposizioni in materia sono state modificate dalla Ley 24.999 del 30 luglio 1998 recante «Modificación parcial de los arts. 11, 13 y 14 del capítulo IV y 40 del capítulo X de la ley n. 24.240»; e dalla Ley 23.361 del 12 marzo 2008 recante «Modificación de la Ley n. 24.240. disposiciones complementarias; sustituyese el texto del artículo 50 de la ley n° 25.065 de tarjetas de crédito; sustituyese el texto de los artículos 22 y 27 de la ley n° 22.802 de lealtad comercial».

³⁹ Art. 2.325. «Son cosas consumibles aquellas cuyas existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad. Son cosas no consumibles las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o de deteriorarse después de algún tiempo».

⁴⁰ Il decreto 1798/94, che regola la Ley 24.240 stabilisce, a proposito dell'art. 12, che il fornitore deve assicurare la somministrazione di parti e scorte nuove durante la validità della garanzia. L'utilizzo di pezzi usati rimane autorizzato unicamente nel caso in cui non esistano nel mercato nazionali pezzi nuovi.

considerato, ai sensi dell'art.16, un prolungamento del periodo di garanzia.

La riparazione, quale principale rimedio invocabile dal consumatore, dovrà essere attestata da un documento che indichi la natura della riparazione, le parti del bene che dovranno essere riparati, la data in cui il bene è stato consegnato dal consumatore e la data in cui lo stesso sarà riconsegnato.

L'art. 17 della Ley 24.240 completa il quadro dei rimedi esperibili. Esso fa esplicito riferimento ad una riparazione che non risulti «satisfactoria» per il consumatore «por no reunir la cosa reparada, las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinada»: in questo caso il consumatore potrà chiedere la sostituzione del bene (in tal caso il termine della garanzia legale comincerà a decorrere nuovamente dalla consegna del nuovo bene), scegliere di restituire la cosa nello stato in cui si trova, in cambio dell'importo pari al corrispettivo pagato, oppure chiedere una riduzione del prezzo.

L'impostazione appare differente da quella dettata dall'art. 3 co. 3 della Dir. 99/44 che dà accesso ai rimedi ulteriori (riduzione del prezzo e risoluzione del contratto) rispetto alla riparazione o alla sostituzione soltanto quando queste ultime siano sproporzionate oppure impossibili⁴¹.

La gerarchia attuativa dei rimedi tracciata dal legislatore europeo non pare dunque muoversi in direzione di una soluzione soddisfacente per il consumatore, il quale, invece, nel sistema argentino ha diritto di optare per una specifica soluzione tra quelle considerate dall'art.17⁴².

La giurisprudenza sembra confermare tale impostazione, sancendo il pieno diritto del consumatore ad ottenere la sostituzione integrale del bene anche in caso di utilizzo prolungato del bene stesso⁴³.

⁴¹ In questo senso l'art. 3 co. 5 e co. 6 della citata Direttiva, che specificano come il consumatore possa chiedere una congrua riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto non ha diritto né alla ripartizione né alla sostituzione; se il venditore non ha esperito il rimedio entro un periodo ragionevole; se il venditore non ha esperito il rimedio senza notevoli inconvenienti per il consumatore. Peraltro, il difetto di conformità minore non conferisce al consumatore il diritto di chiedere la risoluzione del contratto.

⁴² Ai sensi dell'art. 17 della Ley 24.240 il consumatore potrà: «a) Pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características. En tal caso el plazo de la garantía legal se computa a partir de la fecha de la entrega de la nueva cosa; b) devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales; c) obtener una quita proporcional del precio. En todos los casos, la opción por parte del consumidor no impide la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudieren corresponder»

⁴³ Proprio nel senso appena accennato, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, nella sentenza Giorgi Carlos Camilo c/ Ford Argentina S.A. n. 29454, del 12 marzo 2009, <http://www.pjn.gov.ar/>, ha chiarito il rapporto tra l'art. 17 della Ley 24.240 e il Decreto Reglamentario 1798/94 della stessa Ley. I giudici hanno infatti evidenziato il contrasto tra il pieno diritto del consumatore ad ottenere la sostituzione del bene difettato con un altro dotato di identiche caratteristiche previsto dall'art. 17 e l'applicazione restrittiva di tale articolo

Il regime delle garanzie per vizi redibitori viene ampliato dall'art. 11 della Ley 24240. Tale articolo estende infatti la garanzia legale ai difetti e vizi del bene di qualunque tipo, non esigendosi che si tratti di vizi occulti, come previsto dagli artt. 2164 e 2173 del Codice civile argentino⁴⁴.

Nemmeno si richiede che i difetti in questione siano gravi, soltanto che rendano il bene inadeguato all'utilizzo cui è destinato. Inoltre, l'art. 18 della Ley - affermando la inopponibilità al consumatore degli artt. 2170 ed art. 2176⁴⁵ - fa sì che non solo il professionista non possa utilmente eccepire che il consumatore avrebbe dovuto conoscere il difetto in considerazione della professione o mansione svolta, ma anche che il consumatore avrà diritto ad una piena riparazione del danno sofferto ogni volta ogniqualvolta faccia istanza per uno dei rimedi chiesti ai sensi dell'art. 17⁴⁶.

Proprio in materia di vizi redibitori, la recezione dei principi inerenti al diritto dei consumatori ha consentito agli autori del progetto di codice civile argentino una peculiare organizzazione sistematica.

Il Titolo II del Libro III, infatti, oltre a prevedere che il contratto produce un vincolo tra le parti⁴⁷, con possibilità per queste ultime di estenderne le conseguenze anche ai

stabilita dal Decreto Reglamentario, il quale prevede che la sostituzione avvenga tenendo in considerazione lo stato generale del bene ed il periodo di uso di quest'ultimo. Secondo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial «cuando una disposición reglamentaria desconoce o restringe irrazonablemente derechos que la ley reglamentada otorga, o de cualquier modo subvierte su espíritu y finalidad, ello contraría el principio de jerarquía normativa y configura un exceso en el ejercicio de las atribuciones que la Constitución Nacional concede al Poder Ejecutivo..., hipótesis que se configura en la especie porque lo dispuesto por el art. 17 del decreto 1798/94 contraría y altera la sustancia del derecho otorgado al consumidor en el art. 17 de la ley 24.240, introduciendo restricciones ajenas a su espíritu, que no resultan compatibles con su finalidad tuitiva»

⁴⁴ Il Codice civile prevede anzitutto una generale responsabilità del venditore all'art. 1.414 che recita «Debe sanear la cosa vendida, respondiendo por la evicción al comprador, cuando fuese vencido en juicio, por una acción de reivindicación u otra acción real. Debe también responder de los vicios redhibitorios de la cosa vendida». L'art. 2164 prevede inoltre che «Son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella que al haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido, o habría dado menos por ella», mentre l'art. 2173 specifica che «Entre compradores y vendedores, no habiendo estipulación sobre los vicios redhibitorios, el vendedor debe sanear al comprador los vicios o defectos ocultos de la cosa aunque los ignore; pero no está obligado a responder por los vicios o defectos aparentes».

⁴⁵ L'art. 2.170 stabilisce «El enajenante está también libre de la responsabilidad de los vicios redhibitorios, si el adquirente los conocía o debía conocerlos por su profesión u oficio»

⁴⁶ In base all'art. 2176 del codice civile argentino «Si el vendedor conoce o debía conocer, por razón de su oficio o arte, los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, y no los manifestó al comprador, tendrá éste a más de las acciones de los artículos anteriores, el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos, si optare por la rescisión del contrato». L'applicazione a richiesta del consumatore dell'art. 2176, in base all'art. 18 della Ley 24.240, equivale dunque a considerare il professionista in mala fede, secondo anche quanto espresso da Cámara Nacional Civil, sala J, 11 agosto 2005, Villa, Edgardo Mario c/ Diaz, Roberto s/daños y perjuicios, <http://www.pjn.gov.ar/>.

⁴⁷ Art. 1021, «Regla general»: «El contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley».

terzi⁴⁸, espressamente inserisce, in materia di effetti del contratto, una «obligación de saneamiento», l'obbligo cioè di riparare i danni causati all'acquirente di una bene sia a titolo oneroso (art.1033) che a titolo gratuito (art. 1035), per evizione della cosa e vizi occulti della stessa⁴⁹.

Al progetto spetta soprattutto il merito di aver operato una rivisitazione della decorrenza dei termini spettanti alla parte lesa per far valere i propri diritti: l'art.1054 stabilisce che l'acquirente è tenuto a denunciare espressamente l'esistenza del difetto occulto entro il termine di sessanta giorni dalla sua comparsa. L'art. 1055 indica poi che la garanzia per difetti occulti decade, in caso di bene immobile, quando siano trascorsi tre anni dalla consegna; in caso di bene mobile, quando siano trascorsi sei mesi dalla consegna o dalla messa in funzionamento del bene stesso.

La scelta di ricondurre la disciplina sulla evizione e vizi occulti della cosa al tema degli effetti del contratto appare singolare se comparata con quella effettuata in altri sistemi giuridici: il codice civile francese, quello spagnolo e quello italiano⁵⁰ la regolano in riferimento al contratto di vendita, pur essendo le sue regole applicabili anche ad altri contratti in cui trasferisce la proprietà o l'uso del bene.

Nel progetto dunque, l'obbligo del venditore di garantire la controparte dai pregiudizi

⁴⁸ Art. 1025, «Contratación a nombre de tercero», «Quien contrata a nombre de un tercero sólo lo obliga si ejerce su representación. A falta de representación suficiente el contrato es ineficaz. La ratificación expresa o tácita del tercero suple la falta de representación; la ejecución implica ratificación tácita»; Art. 1026 «Promesa del hecho de tercero», «Quien promete el hecho de un tercero queda obligado a hacer lo razonablemente necesario para que el tercero acepte la promesa. Si ha garantizado que la promesa sea aceptada, queda obligado a obtenerla y a responder personalmente en caso de negativa»; Art.1027 «Estipulación a favor de tercero», «Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida. El tercero aceptante obtiene directamente los derechos y las facultades resultantes de la estipulación a su favor. Las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación, y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmiten a sus herederos, excepto que haya cláusula expresa que lo autorice. La estipulación es de interpretación restrictiva».

⁴⁹ Il Capitolo 9, del Titolo II sui contratti in generale, dedicato infatti agli effetti del contratto. Tale capitolo 9 è composto da quattro sezioni: Sección 1^a dedicata a «Efecto relativo», Sección 2^a dedicata a «Incorporación de tercero al contrato», Sección 3^a dedicata a «Suspensión del cumplimiento y fuerza mayor», Sección 4^a dedicata a «Obligación de saneamiento». Quest'ultima diventa parte integrante degli effetti del contratto.

⁵⁰ Il Code civil all'art. 1626 prevede infatti che: «Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente», e dunque che sebbene durante la vendita non sia stata fatta alcuna precisazione sulla garanzia, il venditore è tenuto a garantire all'acquirente dall'evizione totale o parziale della cosa, e dei vincoli che su essa gravino e non dichiarati durante la vendita. Similmente l'art. 1461 del Código civil spagnolo stabilisce che «el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta»; l'art. 1474 del medesimo codice apre la sezione dedicata alla specifica obbligazione di «saneamiento» del venditore, con la previsione del «saneamiento en caso de evicción» (art. 1475 ss.) e del «saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida» (art.1484 ss.). Il codice civile italiano regola l'evizione totale della cosa all'art.148, all'art. 1484 quella parziale, e agli art. 1485 ss. la relativa garanzia che il venditore è tenuto a prestare. La garanzia per vizi della cosa venduta è regolata, invece, agli artt. 1490 ss.

che possono scaturire dalla esecuzione dell'operazione contrattuale diventa oggetto di una riconcettualizzazione da parte legislatore, grazie al quale l'obbligo disciplinato non si caratterizza più in riferimento ad una specifica fattispecie contrattuale, ma assume una connotazione generale, diventando effetto riconducibile a tutti i contratti.

6. Relazione di consumo e contratto nel progetto di codice civile argentino

La tutela del consumatore, oltre a configurarsi come elemento quale elemento di una più generale possibilità di armonizzazione nel quadro dei processi di uniformazione del diritto, si configura quale elemento di integrazione interno al sistema stesso.

È stato precedentemente affermato che le norme in materia di diritto dei consumatori sono state fatte confluire all'interno del progetto di codice civile argentino, il quale si caratterizza proprio per una rinnovata struttura sistematica del Libro III, in cui vengono collocati il Titolo II sui contratti in generale ed il Titolo III sui contratti di consumo.

Proprio il Titolo III si pone a fondamento della tutela normativa in materia, cui dovranno essere aggiunte non soltanto le norme del Titolo II sul contratto in generale - in particolare quelle sui contratti di adesione - ma anche le disposizioni della Ley 24.240 «de defensa del consumidor». Lo sfondo normativo su cui avviene l'interazione tra i blocchi normativi citati è fornito dagli artt. 42 e 43 della Costituzione.

Nel contesto di questa rinnovata struttura sistematica non può fare a meno di notarsi il ruolo operativo giocato da un principio cardine, quello della «relación de consumo»: l'intera disciplina si fonda su tale concetto, non espressamente contemplato dal diritto europeo. Non si tratta, invece, di un principio estraneo all'ordinamento argentino, poiché di esso, già la Ley 24.240 fornisce una definizione in termini vincolo giuridico tra un professionista ed un consumatore⁵¹.

⁵¹ L'art.3 della Ley 24.240 è rubricato «Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia» e recita «Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica». In dottrina non si registrano opinioni uniformi circa l'inclusione della relazione di consumo all'interno del progetto di codice civile, soprattutto in merito alla sua collocazione all'interno del Titolo III. Ragioni di metodo favorirebbero l'inclusione della relazione di consumo all'interno del Titolo I circa le obbligazioni in generale, in quanto trattasi di un principio che eccede la materia contrattuale estendendosi agli atti giuridici unilaterali e ricomprendendo gli atti di consumo. La relazione di consumo sarebbe una specie di una più ampia categoria, quella della relazione giuridica. Si tratta di un vincolo giuridico che unisce creditore e debitore su una prestazione di contenuto patrimoniale

A suo completamento l'art. 1092 del progetto aggiunge che è considerato consumatore la persona fisica o giuridica che acquista o utilizza il bene o il servizio come destinatario finale, per un vantaggio proprio oppure da destinare al gruppo familiare o sociale di appartenenza e sempre che non vi sia alcun legame con la propria attività commerciale, industriale, artigianale o professionale.

Il concetto di relazione di consumo non era originariamente previsto dalla Ley 24.240: esso viene introdotto solo a seguito di una riforma sulla normativa speciale in materia di consumo operata con la Ley 23.361⁵², a seguito della quale la categoria del consumatore è stata ampliata in considerazione della non unicità del contratto quale fonte del vincolo giuridico da cui origina il rapporto tra «consumidor» e «proveedor».

Dopo la riforma del marzo 2008, la relazione di consumo si riferisce al vincolo che viene stabilito tra un consumatore o usuario e chi in forma professionale, anche occasionalmente, produca, importi, distribuisca o commercializzi beni oppure presti servizi ai consumatori o usuari.

La determinazione della relazione di consumo permette di individuare anche i soggetti rientranti della tutela normativa offerta dall'art. 1 della Ley 24.240: «La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo».

Risulta dunque, *in primis*, parte contraente chi acquisti un bene o un servizio, agendo come destinatario dello stesso, tanto nel caso di contratto a titolo oneroso quanto nel caso di contratto a titolo gratuito. È il caso del «consumidor en sentido estrictu», col quale viene direttamente instaurata una relazione contrattuale, seppure attraverso il medio dei

all'interno di una relazione giuridica connotata da disuguaglianza strutturale a carattere giuridico/economico. Cfr. E. J., ARIAS CÁU, M.L ESTIGARRIBIA BIEBER., *El consumidor como sujeto de derecho. Analisis de la conveniencia de su posible incorporacion alCodigo Unificado*, relazione presentata nell'ambito delle XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, svoltesi in S. Miguel de Tucuman, disponibile su [http://ideconsultora.com.ar/bcderehocivil2011/ponencias2011/C8/C8-036.pdf\(código\(C8-036\)\)](http://ideconsultora.com.ar/bcderehocivil2011/ponencias2011/C8/C8-036.pdf(código(C8-036))).

⁵² Ley 26.361 «Modificación de la Ley n. 24.240. Disposiciones complementarias» del 12 marzo 2008

contratti di massa e/o adesione⁵³.

Agli effetti della tutela giuridica prevista per la relazione di consumo risultano, però, sottoposti anche i soggetti che utilizzano il bene o il servizio anche senza essere parte sostanziale della relazione di consumo, essendo invece legati al soggetto diretto acquirente in quanto componenti della sua cerchia familiare e/o sociale.

La dottrina colloca in questa categoria l'«utente», che pur non essendo controparte contrattuale del professionista, può rientrare nella cerchia familiare o sociale del consumatore e si caratterizza per essere l'immediato fruitore del bene o del servizio⁵⁴.

La terza categoria di consumatore è quella più peculiare: godono della tutela prevista dalle norme sul contratto coi consumatori, infatti, coloro che sono esposti ad un pericolo derivante dalla stessa. La nozione ricomprende, tra le altre, i soggetti esposti agli effetti di pratiche commerciali sleali e quelli esposti alle conseguenze dannose dei difetti in termini di sicurezza dei prodotti e servizi immessi sul mercato dal professionista.

È questo il caso dei terzi esterni alla relazione di consumo, che subiscono un danno come conseguenza oppure in occasione della relazione di consumo «por causa de la acción de cualquiera de los proveedores, sus dependientes, las personas que se encontraren bajo su tutela o cuidado y los consumidores en la relación de consumo»⁵⁵.

Dal raffronto con il progetto di diritto comune europeo della vendita emergono due sostanziali tratti distintivi.

Il primo sta in ciò, che il consumatore del diritto europeo della vendita è soltanto la persona fisica che agisce per finalità che non rientrano nel quadro delle sue attività commerciali, industriali, artigianali o professionali⁵⁶, così presentando un ambito applicativo maggiormente ristretto rispetto a quello del progetto argentino. Con riferimento alla nozione di consumatore, la peculiarità più evidente del sistema argentino è che in essa non rientra solo la persona fisica, ma anche le persone giuridiche⁵⁷.

⁵³ C.A. HERNANDEZ, S. A. FRUSTAGLI, *Proyecciones del Regimen de Proteccion al consumidor sobre el derecho privado*, Ponencia XXII Jornadas Nacionales de Derecho civil, Comision de Derecho Interdisciplinario, Cordoba, 2009, 5, p. 30.

⁵⁴ C.A. HERNANDEZ, S. A. FRUSTAGLI, *Proyecciones del Regimen de Proteccion al consumidor sobre el derecho privado*, cit., p. 32

⁵⁵ L. GARRIDO CORDOBERA, S. S. BAROCELLI, *El sujeto expuesto a una relación de consumo*, Ponencia XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión de Derecho Interdisciplinario, Córdoba, 2009, 5, p. 31.

⁵⁶ Cfr. art. 2 lett. f) della Proposta di Regolamento per un diritto comune europeo della vendita.

⁵⁷ La inclusione delle persone giuridiche nel concetto di consumatore è stato un dato sempre pacifico nella legislazione speciale argentina in materia di consumatore. Vanno, tuttavia, segnalate delle sfumature apportate dalle diverse riforme effettuate sulla Ley 24.240. Quest'ultima recitava, nella sua versione originale, all'art. 1 «La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios; c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de

Non c'è dubbio che la linea guida prevista dal legislatore speciale nell'art. 1 della Ley 24.240 e dai redattori del progetto di codice civile nell'art. 1092, ai fini della individuazione di quando la persona giuridica possa beneficiare della tutela, sia rappresentata principalmente dalla finalità dell'atto di consumo, inteso come destinazione del bene o del servizio per un utilizzo finale personale o del gruppo familiare o sociale.

Orbene, il riconoscimento di tale finalità è avvenuta in modo da verificare non tanto ciò che l'individuo intende realizzare, tramite l'atto di consumo, dal punto di vista soggettivo, quanto piuttosto verificando ciò che l'atto oggettivamente concretizza in base alla finalità assegnatagli.

Nel caso della persona fisica risulta più semplice definire la qualità di consumatore o utente finale in base al criterio esposto. Al contrario, nel caso delle persone giuridiche la oggettivizzazione di detto parametro non risulta di facile configurazione.

Il punto di partenza della dottrina argentina, nella riflessione sul punto, permane la caratteristica della debolezza strutturale tipica dei contratti di adesione. Nella individuazione dei parametri oggettivi che consentano di determinare quando una persona giuridica possa essere definita o meno un consumatore, la dottrina ha evidenziato specifici criteri per agevolare la riflessione in questo senso.

Viene preliminarmente precisato che quello di consumatore non è uno *status* soggettivo permanente, ma una qualificazione specifica conferita a chi agisce secondo modalità che vanno identificate e ricostruite di volta in volta, in base al caso specifico, essendo il consumatore un destinatario «fático y económico, sea el una persona jurídica o física»⁵⁸.

Rileva, certamente, *in primis* la destinazione dell'atto, in ordine alla quale l'assenza di

terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminadas». Con la menzionata Ley 26.361 vengono introdotte alcune modifiche importanti che hanno confermato l'inclusione delle persone giuridiche nella nozione di consumatore secondo il criterio della destinazione dell'atto e che hanno condotto alla attuale formulazione dell'art. 1 della Ley 24.240. Tale attuale formulazione fa riferimento all'acquisto di «bienes» o di «servicios», laddove la formulazione originaria faceva riferimento solo a «cosas» espressione, che conformemente alla definizione del Codice civile, ricomprende gli oggetti materiali suscettibili di avere un valore. Detta terminologia è stata rimpiazzata con quella di beni essere comprensiva degli oggetti immateriali suscettibili di valore, ed ugualmente delle cose. Ugualmente viene inserita la locuzione «servizi» per eliminare ogni dubbio rispetto al fatto che la legge avesse come finalità la protezione dei consumatori e degli utenti o unicamente quella dei primi. Allo stesso modo nemmeno si dubita che la tutela prevista dalla legge abbracciasse tanto i consumatori di beni come agli utenti di servizi, essendo uno degli obiettivi principali della riforma quello di assicurare una finita ed adeguata protezione agli utenti dei servizi pubblici, anche attraverso l'inclusione di tutte le tipologie di contrattazione, sia quella a titolo oneroso che quelle a titolo gratuito. Cfr. A. V. ABATE, *La categoría jurídica del consumidor. ¿Un concepto en plena expansión?*, relazione presentata nell'ambito delle XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, svoltesi in S. Miguel de Tucuman, disponibile su <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C8/C8-020.pdf>.

⁵⁸C. LIMA MÁRQUEZ, R. L. LORENZETTI, *Las normas de protección al consumidor*, in *Contratos de Servicios a los consumidores*, 2005, p. 503.

incorporazione del bene o del servizio nel processo di produzione o commercializzazione permette l'estensione della tutela fornita dalla Ley 24.240 e dunque la ricomprensione nella nozione di consumatore⁵⁹.

La destinazione dell'atto sarebbe poi determinata dalla circostanza che non tutti gli atti realizzati dal soggetto possono qualificarsi come professionali ma solo quelli con cui vengano tecnicamente perseguiti interessi della professione.

Ritorna quindi utile la distinzione tra atti relativi alla professione ed atti della professione. La realizzazione dei primi (atti relativi alla professione), concretizzandosi nell'acquisto di beni o nell'utilizzo di specifici servizi nell'esercizio della propria professione, non può escludere la qualifica di consumatore del soggetto che li compie, perché con essi non sono realizzati obiettivi professionali, ma piuttosto esigenze di matrice domestica o privata.

Nel caso degli atti della professione, invece, non può parlarsi di consumatore essendo realizzati atti con cui il contraente esercita e persegue interessi della sua attività professionale o imprenditoriale. È evidente, perciò, come gli scopi non professionali non si identifichino con le mere finalità domestiche o familiari del contraente, ma piuttosto con «esigenze di consumo in senso lato», che possono essere soddisfatte anche con acquisti semplicemente strumentali alla professione⁶⁰.

La riflessione permette così di far rientrare nella categoria di consumatori anche quei soggetti che operano nell'ambito ma non nell'esercizio di un'attività professionale⁶¹.

Ulteriore criterio attraverso cui verificare l'inclusione delle persone giuridiche nella nozione di consumatore consiste, secondo la dottrina, nella mancanza di idoneità tecnica

⁵⁹ R. L. LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, 1, 2004, p. 152.

⁶⁰ L. GATT, sub art. 1469 bis, 2° co. (*Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*), in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F. Busnelli, Milano, 1997, p. 151 ss.

⁶¹ Restrittiva è la posizione della Corte di Giustizia CE, 20.1.2005, causa C-464/01, in *Foro it.*, 2005, IV, 124 ss.; in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2005, p. 473 ss.; in *Corriere giur.*, 2005, p. 1381 ss., con nota di R. CONTI. Per la Corte, il soggetto che stipula un contratto avente ad oggetto un bene destinato in parte ad un uso professionale ed in parte ad un utilizzo estraneo alla sua attività, non può essere definito consumatore, a meno che l'uso professionale non sia del tutto marginale nell'ambito dell'intera operazione negoziale. Nello specifico la Corte di Giustizia, chiamata ad interpretare gli artt. 13-15 della Convenzione di Bruxelles del 1968 in tema di contratti conclusi dai consumatori, rileva che nella suddetta Convenzione la regola generale è quella prevista dall'art. 2, 1° co., che sancisce la competenza del giudice dello Stato contraente sul cui territorio è residente il convenuto. Gli artt. 13-15 derogano a tale regola, individuando la competenza del giudice dello Stato di residenza dell'attore: si tratta di norme che intendono tutelare il soggetto contrattuale che si trova in una situazione economica e giuridica di debolezza, ed è evidente, allora, che chi intenda avvantaggiarsene dovrà dimostrare che nell'atto con finalità promiscua le ragioni extralavorative sono predominanti mentre ruolo marginale hanno le motivazioni professionali. Spetterà poi al giudice verificare quanto siano effettivamente trascurabili tali motivazioni, considerando la natura del contratto, le sue finalità e le circostanze in cui esso è stato concluso.

e dunque in una debolezza strutturale del «proveedor»⁶², anche concepita in termini di mancanza di professionalità⁶³.

Ai fini della determinazione di una persona giuridica come consumatore rientra anche il cosiddetto «dimensionamento empresario» quale capacità del professionista di stare sul mercato e di negoziare alle medesime condizioni della controparte, in considerazione anche della mancanza di conoscenze tecniche nel settore in cui avviene l'attività di negoziazione⁶⁴.

Il secondo tratto distintivo concerne la definizione di contratto.

Quella tracciata nella CESL è una definizione generica, essendo il contratto qualificato solo come l'accordo diretto a creare obbligazioni o a produrre altri effetti giuridici - non espressamente individuati⁶⁵ - e pur essendo esso inserito in un articolato normativo destinato a regolare una fattispecie particolare quale la vendita. Il progetto argentino si segnala al contrario per la specificità delle disposizioni che distinguono il contratto discrezionale da quello di consumo.

Desumibile in precedenza soltanto dalle disposizioni della Ley 24.240, il progetto regola il contratto di consumo in una nozione cardine nel contesto della disciplina in materia, definendolo all'art. 1093 quale quello «celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con un empresa productora de bienes o presta dora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial o artesiana o profesional»⁶⁶.

⁶² J. MOSSET ITURRASPE, J. H. WAINTRAUB., *Ley de defensa del consumidor, ley 24.240 y modificatorias. Protección procesal de usuarios y consumidores*, Osvaldo Alfredo Gozáni, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 40.

⁶³ Sul punto cfr. anche F. JUNYENT, M.C. GARZINO, *La categoría jurídica de "consumidor" en especial con relación a las personas jurídicas* relazione presentata nell'ambito delle XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, S. Miguel de Tucuman, disponibile su <http://ideconsultora.com.ar/bcderehocivil2011/ponencias2011/C8/C8-003.pdf>, p.8: questa caratteristica permetterebbe il riconoscimento di carattere di consumatore alla persona giuridica, in quanto il carattere della professionalità del fornitore appare spesso un requisito assente e la relazione di consumo nel senso di una debolezza strutturale si configura alla medesima maniera delle persone fisiche. L'ampiezza del concetto di consumatore non è data solo da questo rapporto strutturale della relazione di consumo: la disuguaglianza congenita al giuridico rappresenta un elemento che deve essere rafforzato, nel caso specifico, nella misura in cui le imprese che contrattano in maniera massiccia abbiano imposto la propria idoneità tecnica.

⁶⁴ F. JUNYENT, M.C. GARZINO, *La categoría jurídica de "consumidor" en especial con relación a las personas jurídicas*, cit., p. 9, avvertono che questo requisito permette di verificare in termini sostanziali la forza economica del contraente ai fini di una sua qualificazione o meno come consumatore.

⁶⁵ Cfr. art. 2 lett. a) della Proposta di Regolamento per un diritto comune europeo della vendita.

⁶⁶ La Ley 24.240 contiene invece una esplicita definizione di consumatore e di professionista. Il suo art.1, rubricato «Objeto. Consumidor. Equiparación», nel definire il concetto di consumatore così recita: «La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física

La peculiarità dell'istituto fa sì che i due criteri che ne determinano il regime della interpretazione, il principio di protezione e quello in base al quale il contratto deve essere interpretato nel senso più favorevole per il consumatore, vengano altresì resi norma positiva, rispettivamente dall'art. 1094 «Interpretacion y prelacion normativa» e dall'art. 1095 «Interpretacion del contrato de consumo».

Tutte le norme previste nel Titolo III sono dettate allo scopo di garantire un trattamento degno del consumatore, in esecuzione del quale la dignità della persona venga rispettata conformemente ai criteri previsti nei trattati che garantiscono i diritti umani.

La centralità della persona viene assicurata, dunque, anche nell'attività negoziale tra professionista e consumatore, il quale sarà tutelato soprattutto nel caso di esercizio di pratiche abusive poste in essere dal professionista nei suoi confronti.

Il nucleo della disciplina è certamente rappresentato dalle modalità di formazione del consenso e quindi di conclusione del contratto. I redattori del progetto, dopo aver sinteticamente premesso un divieto di pratiche abusive nella formazione del consenso del consumatore (Titulo III, Capitulo 2, Seccion 1) e dopo aver sancito espressamente un obbligo di trasparenza nelle informazioni che il professionista è tenuto a fornire al consumatore (Titulo III, Capitulo 2, Seccion 2), introducono regole di principio quanto alle modalità specifiche di conclusione del contratto e cioè: a) contratti conclusi fuori dai locali commerciali, art. 1104⁶⁷; b) contratti a distanza, art. 1105, la cui peculiarità è quella di essere perfezionato mediante l'utilizzo di un mezzo di comunicazione a distanza⁶⁸.

o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo».L'art. 2 contempla invece la definizione di professionista, definito come «Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación».

⁶⁷ Con ciò intendendosi, secondo l'art. 1104, il «contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales del proveedor el que resulta de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio concluido en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia, los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio»

⁶⁸ In base all'art. 1105 sono contratti a distanza quelli «celebrados a distancia son aquéllos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En

La disciplina prevista dal progetto si presta ad integrare quella già risultante dagli artt. 32 e ss. della Ley 24.240, la quale, si presenta abbastanza scarna e lacunosa. Il progetto contempla anzitutto uno specifico obbligo in capo al professionista non soltanto di informare il consumatore non soltanto del contenuto minimo del contratto o del diritto di recesso, ma anche e soprattutto di metterlo al corrente di tutti gli elementi conoscitivi che gli consentano al meglio l'utilizzo del mezzo elettronico scelto quale mezzo di comunicazione per la conclusione del contratto a distanza⁶⁹.

Centrale è la disciplina del diritto di recesso, il cui esercizio non comporta alcun tipo di spesa per il consumatore e dovrà avvenire entro dieci giorni decorrenti dalla conclusione del contratto.

Anche rispetto al recesso sussiste l'obbligo del professionista di fornire tutte le informazioni necessarie secondo le modalità espressamente indicate nell'art. 1111, per le quali esso deve essere incluso in caratteri distaccati in qualsiasi documento presentato al consumatore nelle varie fasi della contrattazione o nel contratto concluso, ubicato come disposizione immediatamente anteriore alla firma del consumatore o utente.

La mancata informazione sull'esistenza del diritto di recesso non comporta la sua estinzione. Esso andrà notificato al professionista per iscritto o tramite mezzi elettronici o altro, ma anche tramite la restituzione del bene entro il termine di dieci giorni. L'impossibilità di restituire il bene non priva chiaramente il consumatore del diritto di recedere e lo obbliga nei confronti del professionista alla restituzione del valore di mercato che la prestazione aveva al momento in cui il recesso veniva esercitato⁷⁰.

especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa».

⁶⁹ Art. 1107 «Información sobre los medios electrónicos»: «Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos»

⁷⁰ L'art. 1116 prevede le ipotesi in cui il consumatore, salvo patto contrario, non potrà esercitare il diritto di recesso. In particolare esse riguardano i contratti che a) si riferiscono a prodotti confezionati conformemente alle specificazioni somministrate per il consumatore o chiaramente personalizzati o che, per loro natura, non possono essere restituiti o possano deteriorarsi velocemente; b) che si riferiscono alla fornitura di registrazioni sonore o di video, di dischi e di programmi informatici che sono stati decodificati dal consumatore, come di schedari informatici, somministrati per via elettronica, suscettibili di essere scaricati o riprodotti con carattere immediato per il suo uso permanente; c) che si riferiscono alla fornitura di quotidiani, pubblicazioni e riviste.

7. La disciplina della clausole abusive e controllo giudiziale nel progetto di codice civile argentino

L'intervento della Ley argentina 24.240 sulla tutela del consumatore è teso principalmente a tutelare l'attuazione del dovere di buona fede nella fase precontrattuale. La scelta dei redattori del codice di dettare una disciplina sulla contrattazione per adesione, basata sul collegamento sistematico tra norme sul contratto in generale e quelli sul contratto coi consumatori, sembra confermare questo dato⁷¹.

La disciplina delle clausole abusive, con specifico riferimento ai contratti coi consumatori, è contenuta nel Capítulo 4, Título III, Libro III del progetto di codice civile argentino: come premesso anche dall'art. 1117, le norme in materia sono completate da quelle sui contratti per adesione previsti dagli artt. 984, 985, 986, 987, 988; nonché dagli artt. 37, 38 e 39 della Ley 24.240 che regolano espressamente tipiche ipotesi di clausole abusive.

La regola generale è posta dall'art. 1119 che definisce abusiva la clausola che ha come oggetto o come effetto quello di provocare uno squilibrio significativo tra i diritti e gli obblighi tra le parti, con pregiudizio per il consumatore.

Il collegamento tra le norme del titolo sui contratti in generale e quello sui contratti con i consumatori ha indotto la dottrina a ribadire la necessità di non confondere il contratto per adesione con il fenomeno della clausola abusiva inserita nei contratti tra professionista e consumatore, non essendo quest'ultima una "patologia" riconducibile soltanto al primo e potendo ben essere inserite anche in regolamenti negoziali a carattere discrezionale⁷².

⁷¹ Un'analisi dell'intero articolato normativo dimostra in ogni caso che l'attenzione del legislatore argentino va oltre l'art. 37 citato. I diritti di cui il consumatore gode ai sensi degli artt. 12-18 della Ley 24.240 rappresentano un esempio di come la buona fede abbia una incidenza che va oltre la sfera precontrattuale, come attesta anche la possibilità, in tema di rimedi nella vendita di beni mobili, di scegliere tra la sostituzione della cosa e la restituzione del prezzo pagato, allorquando la riparazione del prodotto non sia soddisfacente. Parte della dottrina ritiene infatti che la scelta alternativa, in mancanza di una espressa previsione normativa in materia, sia da considerarsi di pertinenza del consumatore; cfr. J.M. FARINA, *Defensa del consumidor y del usuario: comentario exegético de la ley 24240 y del decreto reglamentario 1798/94*, Buenos Aires, 1995, p.157.

⁷² La questione riguarda anche le clausole non oggetto di trattativa individuale, rispetto alle quali ci si chiede se il giudizio di vessatorietà possa investire quelle clausole predisposte dal professionista, le cui conseguenze giuridiche siano state comunicate al consumatore, allorquando esse siano state sottoscritte ed alcuna modifica sia stata apportata dopo la trattativa. Si deve dunque comprendere se l'esigenza di trattativa individuale possa dirsi esaurita nella sola illustrazione delle menzionate conseguenze giuridiche oppure se la partecipazione da parte del consumatore debba necessariamente palesarsi nella modifica della clausola predisposta unilateralmente. L'impostazione adottata dal DCFR nell'art. II-9:402, rubricato «Duty of transparency in

L'art. 985 prevede che le clausole generali predisposte all'interno dei contratti per adesione necessitano del requisito della comprensibilità e dell'autosufficienza.

La redazione delle stesse dovrà essere chiara, completa, facilmente intellegibile, per cui non saranno ritenute come negoziate le clausole che effettuino un rinvio a testi o documenti che non possano essere consultate dall'aderente prima o contestualmente alla conclusione del contratto. I medesimi requisiti di chiarezza e facilità nella consultazione sono richiesti anche per i contratti da concludersi mediante strumenti elettronici.

L'art. 37, rubricato «Interpretación», elenca le ipotesi in cui sono da ritenersi abusive, pertanto come non apposte, le clausole contenute all'interno di contratti coi consumatori: «a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor».

A questo elenco se ne aggiungerebbe uno ulteriore, ampliato dall'art. 988, in base al quale si ritengono abusive, dunque «non convenidas», non soltanto le medesime tipologie di clausole già individuate dall'art. 37 della Ley 24.240 ma anche le clausole contenute in contratti per adesione che per contenuto, redazione o presentazione non siano ragionevolmente prevedibili dall'altra parte.

La tecnica parzialmente differente utilizzata per la regolamentazione della materia che emerge dal raffronto con i progetti di diritto europeo attualmente elaborati spiega la scelta dei redattori del progetto di codice civile argentino di proporre una disciplina del contratto dei consumatori da intendersi quale norma di principio alla quale vanno ad aggiungersi quelle contenute nella legislazione speciale.

Peraltro, anche nell'analisi delle norme speciali, emerge come il legislatore argentino,

terms not individually negotiated», prevede formalmente cinque ipotesi, sebbene soltanto due attengano alla specificazione del suo significato, mentre le altre concernono l'onere probatorio. Viene previsto che non è oggetto di trattativa individuale: a) la clausola sulla cui formulazione l'altra parte non abbia potuto esercitare alcuna influenza; b) la clausola scelta dall'aderente, nell'ambito di un insieme di possibili clausole alternative predisposte dalla controparte. Simile impostazione viene adottata nell'art. 7 CESL sulle «clausole non negoziate individualmente». All'interno delle due disposizioni sembra potersi cogliere una nozione di trattativa individuale in base alla quale, almeno in linea di principio, è l'avvenuta modifica delle clausole originariamente predisposte che preclude il giudizio di vessatorietà. Tale nozione di trattativa individuale non convince A. SCARSO, *Unfair Terms*, in *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, cit., p. 219, secondo il quale essa sarebbe in contrasto con la nozione di autonomia contrattuale come accolta nella maggior parte dei Paesi membri UE quale libertà di concludere il contratto anche a fronte di un contenuto negoziale sbilanciato ma in ogni caso accettato dal consumatore. Inoltre, l'accoglimento di una simile impostazione urterebbe con esigenze di certezza e celerità nelle contrattazioni. Con riferimento alle clausole individualmente negoziate l'art. 986 del progetto di codice civile argentino «Cláusulas particulares», si limita a stabilire che in caso di contrasto tra clausola generale e clausola particolare prevarrà quest'ultima

nella individuazione dei casi in cui una clausola deve ritenersi abusiva, impieghi un criterio ampio e generalista, laddove il diritto comune europeo della vendita schematizza le ipotesi normative di clausole a contenuto abusivo, non solo operando una distinzione tra rapporti tra professionisti (art. 86) e rapporti tra professionisti e consumatori (art. 82 e ss.), ma, con riferimento a questi ultimi, anche applicando il criterio che distingue tra clausole da considerarsi abusive in qualunque circostanza (art. 84) ed altre che si presumono abusive (art.85)⁷³.

La mancata riproduzione, da parte del legislatore argentino, del ristretto numero di ipotesi contemplate dall'art. 37 della Ley 24.240 risponde all'esigenza di favorire un rapido adeguamento della realtà normativa a quella economica, laddove la necessità di una costante rivisitazione dei casi di clausole abusive può essere soddisfatto solo mediante una revisione della legislazione speciale piuttosto che con la revisione dell'impianto normativo codicistico.

Tanto il controllo giudiziale, quanto quello sulla incorporazione di ulteriori clausole ad un contratto di consumo⁷⁴ avviene proprio attraverso i criteri desumibili dalle ipotesi contemplate dall'art. 37 della Ley 24.240.

Quest'ultimo stabilisce che «cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato si ello fuera necesario», poiché è espressamente riconosciuta al consumatore la facoltà di chiedere l'annullamento del contratto o di alcune sue clausole allorquando «en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial».

Il controllo giudiziale sulle clausole abusive è anche previsto dall'art. 989 che prevede che «Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad. La aprobación administrativa

⁷³ Il criterio impiegato dal legislatore argentino, fissato nella Ley 24.240, si caratterizza per individuare clausole definite «abiertas» ed altre a carattere abusivo. La clausola abierta è, secondo R.S. STIGLITZ, *Contrato de consumo y clausolas abusivas*, in *Contexto*, 4, 1999, p. 47, una disposizione legale a carattere imperativo che realizza un controllo di legittimità sull'esercizio del principio di autonomia privata. Il suo contenuto trova fondamento nella tutela dell'equità e del principio in buona fede, nell'equilibrio del sinallagma, nelle regole essenziali che governano il diritto dispositivo, nell'intangibilità dei diritti dei consumatori, ritenuti soggetti deboli e nella finalità stessa del contratto così come le parti l'hanno stabilita nella conclusione del contratto. L'art. 37 osserva il suddetto criterio, individuando come clausole aperte quelle che denaturalizzano gli obblighi, in base all' art. 37, lett. a, della Ley 24.240; e quelle che importino rinuncia o restrizione ai diritti dei consumatori, in base all' art. 37, lett. b, della Ley 24.240. Sono da considerarsi abusive quella che limitino la responsabilità per danni, in base all'art. 37, lett.a, Ley 24.240 e quella che impongano l'inversione dell'onere della prova in danno al consumatore in base all'art. 37 lett. b, Ley 24.240.

⁷⁴ L'art. 1118 «Control de incorporación», così recita «Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor».

de las cláusulas generales no obsta a su control judicial». La medesima attività è prescritta dall'art. 1122 lett. c) del progetto⁷⁵.

Le clausole menzionate nel testo della Ley 24.240 come «no convenientes», in particolare quelle che limitano la responsabilità del professionista per danno al consumatore e quelle che prevedono un'inversione dell'onere della prova a carico del consumatore, inesorabilmente saranno dichiarate nulle.

Rispetto alle altre, quelle che denaturalizzano gli obblighi del professionista o che importano restrizione o rinuncia dei diritti del consumatore, il giudice sarà chiamato ad operare un confronto tra la clausola la cui legittimità venga contestata e le norme costituzionali, ordinarie, così come i principi generali del diritto

Proprio il carattere non manifestamente abusivo delle clausole in oggetto farà scattare il controllo da parte del giudice, il quale sarà simultaneamente chiamato a verificare i margini della integrazione del contenuto contrattuale⁷⁶.

L'integrazione dovrà essere basata su presupposti specifici, quali la pratica finalità che le parti intendevano perseguire con il contratto; l'incidenza del principio di conservazione del contratto⁷⁷.

È dunque esplicitamente riconosciuta alla buona fede una funzione attraverso cui il rapporto giuridico economico posto in essere dalle parti viene riequilibrato in modo da poterlo mantenere in vita, con effetti positivi sia per le parti che per altri rapporti.

La comprensione del ruolo integrativo riconosciuto al principio di buona fede si aggancia, ancora una volta, al dovere di solidarietà sociale ed alla funzione sociale riconosciuta al contratto.

È su questi fattori che il compito di governare il rapporto obbligatorio tra le parti viene riconosciuto. Alle disposizioni richiamate è riconosciuto un ruolo di centralità, che si suddivide tra individuazione/integrazione degli obblighi contrattuali e loro bilanciamento/riequilibrio di interessi contrapposti, realizzato dal giudice attraverso un

⁷⁵ Proprio l'art. 1122, disciplinando il controllo giudiziale sulle clausole a contenuto abusivo contenute nei contratti tra professionista e consumatore, precisa le ulteriori regole in base alle quali tale controllo dovrà avvenire. In primis, un'autorizzazione amministrativa sul contratto o sulle clausole in esso contenute non ostacolerà il controllo, e soprattutto, ad esito della valutazione del giudice, le clausole che per oggetto ed effetto provocano uno squilibrio tra diritti e doveri di cui le parti sono titolari, saranno ritenute come non convenute, dunque ritenute come improduttive di nessun effetto.

⁷⁶ Cfr. R.S. STIGLITZ, *Contrato de consumo y clausulas abusivas*, cit., p. 50, «Como consecuencia de la declaración de nulidad parcial, el juez “simultáneamente integrará el contrato, si ello fuere necesario” (art. 37 in fine). En cuanto a la posibilidad material o efectiva de aplicación de la nulidad parcial el Código civil su ministra una pauta (nulidad completa o parcial) pero no un criterio apto para ese propósito».

⁷⁷ Il principio della incomunicabilità della nullità ad altre parti del contratto e quello della divisibilità della prestazione sono le ulteriori linee guida perseguibili dal giudice nel suo controllo finalizzato alla integrazione del contenuto contrattuale, cfr. M. RUIZ MUÑOZ, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid, 1993, p. 300.

governo giudiziario della discrezionalità contrattuale.

Tale criterio permette di contemperare gli interessi contrapposti delle parti e di sindacare gli atti di esercizio dei diritti in termini di congruità del mezzo rispetto al fine.

Si avrà pertanto abuso del diritto quando il titolare di un diritto, anche in assenza di un formale divieto, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede.

Ricorrendo questi presupposti, al giudice sarà consentito di sindacare e di dichiarare nulle le clausole apposte in violazione del divieto di abuso del diritto: il principio di buona fede consentirà al giudice di intervenire sul contenuto contrattuale di cui sia stata dichiarata la nullità parziale ed in questo modo non soltanto di ripristinare l'equilibrio tra le parti ma anche di riaffermare la finalità originariamente assegnata allo strumento negoziale.

In questo modo, la regola di correttezza, distinta rispetto a quella di validità, piuttosto che fattore di nullità del rapporto tra le parti, diventa fonte di riequilibrio, oltre che fattore di interpretazione e di integrazione del rapporto stesso da mantenere in vita anche se modificato⁷⁸.

Il riconoscimento del vincolo giuridico della buona fede soprattutto rispetto all'attività di controllo effettuata dal giudice svolge una funzione di "norma di chiusura del sistema", in quanto riconosce legittima l'interferenza al fine di un riequilibrio del rapporto, sia da un punto di vista interpretativo ed integrativo che da quello di una riduzione e bilanciamento delle posizioni giuridiche ed economiche delle parti, tese al mantenimento in vita del rapporto.

⁷⁸ Cfr. V. CARBONE, *La regola di correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente*, in *Corriere giur.*, 2012, p.161, per il quale l'asimmetria dei rapporti contrattuali viene governata dalla regola della buona fede nel corso dell'intera durata degli stessi, dalle trattative all'interpretazione, dall'integrazione alla esecuzione allo scopo di bilanciare il rapporto giuridico economico, evitandone la caducazione.